

ЗАПАДНАЯ
ТРАДИЦИЯ
ПРАВА:
эпоха
формирования



Harold J. Berman

LAW
and
REVOLUTION

The Formation of the
Western Legal Tradition

HARVARD UNIVERSITY PRESS
Cambridge, Massachusetts and London,
England

Гарольд Дж. Берман

ЗАПАДНАЯ
ТРАДИЦИЯ
ПРАВА:
эпоха
формирования

2-е издание

Издательство
Московского университета
Издательская группа
ИНФРА • М — НОРМА
1998

УДК 34
ББК 67.3
Б 50

Берман Г. Дж.

Б50 Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. — 2-е изд. — М.: Изд-во МГУ: Издательская группа ИНФРА•М —НОРМА, 1998. — 624 с.

ISBN 5-211-03624-7

В книге дана чрезвычайно интересная, нетрадиционная картина возникновения правовых понятий и правовых учреждений Нового времени, корни которых уходят на девять веков назад, в Папскую революцию. Именно тогда западная церковь отстаивала свое политическое, правовое единство и свою независимость от императоров, королей и феодалов. Используя оригинальный подход, автор показывает, как в результате этого переворота родилось западное представление об интегрированных правовых системах, которые сознательно развиваются на протяжении веков и поколений. Книга снабжена указателем.

Для правоведов, историков, философов, а также интеллектуального читателя интересующегося историей западного права.

УДК 34
ББК 67.3

ISBN 0-674-51776-8 (англ.)

© 1983 by the President and
Fellows of Harvard College

ISBN 5-211-03624-7 (рус.)

© Перевод Н. Р. Никоновой
при участии Н. Н. Деева, 1994
© Оформление Издательство
МГУ, 1998

ОГЛАВЛЕНИЕ

<i>Предисловие к русскому изданию</i>	8
<i>Предисловие</i>	15
<i>Введение</i>	19
Право и история	28
Право и революция	35
Кризис западной традиции права	48
К социальной теории права	55

Часть I

ПАПСКАЯ РЕВОЛЮЦИЯ И КАНОНИЧЕСКОЕ ПРАВО

1. Предыстория западной традиции права: народное право	61
Племенное право	63
Динамичные элементы в германском праве: христианство и королевская власть	72
Книги покаяний и их отношение к народному праву	79
2. Истоки западной традиции права в Папской революции	93
Церковь и империя: клюнийская реформа	95
“Диктаты папы”	101
Революционный характер Папской революции	106
Социально-психологические причины и последствия Папской революции	112
Возникновение государства Нового времени	118
Возникновение систем права Нового времени	120
3. Происхождение западной юридической науки в европейских университетах	124
Юридическая школа в Болонье	127
Программа и метод обучения	131
Схоластический метод анализа и синтеза	135
Отношение схоластики к греческой философии и римскому праву	136
Применение схоластической диалектики к юридической науке	146

Право как прототип западной науки	153
4. Теологические источники западной традиции права	165
Страшный Суд и чистилище	166
Таинство покаяния	171
Таинство причащения	172
Новая теология — доктрина искупления Св Ансельма	173
Правовые последствия доктрины искупления	177
Теологические источники западного уголовного права	179
Каноническое уголовное право	183
5. Каноническое право: первая западная система права Нового времени	195
Отношение канонического права к римскому праву	199
Конституционные основания системы канонического права	201
Корпоративное право как конституционное право церкви	209
Ограничения на церковную юрисдикцию	215
6. Структурные элементы системы канонического права	218
Каноническое брачно-семейное право	219
Каноническое наследственное право	223
Каноническое право собственности	229
Каноническое договорное право	236
Процедура	241
Систематический характер канонического права	244
7. Бекет против Генриха II: соперничество параллельных юрисдикций	246
Кларендонские постановления	247
Привилегия духовенства и двойная ответственность	249
Церковная юрисдикция в Англии	251
Запретительные ордера	255

Часть II

ФОРМИРОВАНИЕ СВЕТСКИХ ПРАВОВЫХ СИСТЕМ

8. Концепция светского права	261
Возникновение новых теорий светского управления и светского права	263
Иоанн Солсберийский — основатель западной политической науки	264
Теории юристов римского и канонического права	275
Верховенство права	278
9. Феодальное право	281
Феодальный обычай на Западе до XI века	283
Возникновение системы феодального права	288
10. Манориальное право	300
Объективность и универсальность	304
Взаимность прав помещиков и крестьян	306
Коллективное правосудие	307
Интеграция и рост	310
11. Торговое право	315
Религия и возникновение капитализма	318
Новая система торгового права	320
12. Городское право	336
Причины подъема новых городов	338
Происхождение городов Западной Европы	342
Пикардия (Франция) Камбре, Бове, Лан	342
Франция Лорри, Монтобан	346
Нормандия Верней	347
Фландрия Сент-Омер, Брюгге, Гент	348

Германия Кельн, Фрайбург, Любек, Магдебург	349
Англия Лондон, Ипсвич	356
Итальянские города	362
Гильдии и гильдейское право	365
Главные характеристики городского права	367
Город как историческая общность	373
13. Королевское право: Сицилия, Англия, Нормандия, Франция	378
Норманское Сицилийское королевство	383
Норманское государство	387
Личность Рожера II	390
Норманнская правовая система	392
Рост королевского права в норманнской Италии	396
Англия	407
Личность Генриха II	410
Английское государство	411
Английское королевское право (“общее право”)	417
Наука английского “общего” права	428
Нормандия	430
Франция	432
Личность Филиппа-Августа	434
Французское государство	435
Французская система королевского правосудия	438
Французское королевское гражданское и уголовное право	444
Французское и английское королевское право в сравнении	448
14. Королевское право: Германия, Испания, Фландрия, Венгрия, Дания	452
Германия	452
Имперское право	453
Личность и мировоззрение Фридриха Барбароссы	457
Императорские статуты мира (Landfrieden)	463
Саксонское зеркало (Sachsenspiegel)	472
Право княжеств	474
Испания, Фландрия, Венгрия, Дания	479
Королевское право и каноническое право	484
Заключение	501
За пределами Маркса, за пределами Вебера	514
<i>Послесловие автора</i>	534
<i>Сокращения</i>	535
<i>Примечания</i>	537
<i>Литература</i>	602
<i>Именной указатель</i>	619

ПРЕДИСЛОВИЕ К РУССКОМУ ИЗДАНИЮ

Русский читатель не удивится, что в этой книге история рассматривается как периодический процесс, имеющий свои собственные законы, протекающий на протяжении длительных промежутков времени и имеющий повторяющиеся черты. Ему не покажется также странным, что эта книга стремится раскрыть истоки и корни наших исторических традиций для того, чтобы суметь понять наше нынешнее нелегкое положение. В самом конце книги я цитирую высказывание Октавио Паса: "Каждый раз, когда общество оказывается в кризисе, оно инстинктивно обращает свои взоры к истокам и ищет там знамение". Эта книга — книга о знамениях.

Так как наша эра подходит к концу, мы можем разглядеть ее начало. Сейчас перед нашими глазами предстает весь жизненный путь человека Запада. Перед нами раскинута полотно, изображающее наше прошлое, и мы теперь можем докопаться до корней этого прошлого, ибо знаем, что же за корни нас интересуют.

Эра, которая подходит сейчас к концу на Западе, — это эра, начало которой лежит в Европе конца XI—XII вв. Немецкий историк и философ Ойген Розеншток-Хюсси назвал то время в своей книге "Die europäischen Revolutionen", опубликованной в 1931 г., "die Papstrevolution", т. е. Папской революцией. Впоследствии так стали называть это время и другие ведущие историки. Сегодня большинство специалистов в области так называемого высокого Средневековья присоединяются к мнению, которое Розеншток высказал одним из первых, что нынешние политические институты и политические представления, теология, правовые учреждения у нас на западе берут начало в той эпохе, которую тогда называли Реформацией, а в последнее время стали именовать григорианской реформой (по имени папы

Григория VII). Это столь трудно поддающееся определению понятие, “новое время”, родилось не вместе с Лютеровой Реформацией, как нас когда-то учили, а четырьмя веками раньше, на волне григорианской реформации, в самой середине того периода, который позже назвали средними веками.

Так как мы сами сейчас выходим из революционного периода, нам легче увидеть революционные периоды в прошлом. Каждой великой революции для прохождения своего пути потребовалось не одно поколение, и за каждой из них следовал длительный период эволюции. Наиболее значимое выражение эта эволюция, как мне представляется, всякий раз находила в развитии права. Каждая из великих революций создавала новое право, каждая из них переделывала существующий правовой порядок. Таким образом, сама западная традиция права носит следы целого ряда революций. Она является продуктом взаимодействия революции и эволюции. Начиная с XI—XII вв. история Запада характеризуется чередованием периодов обновления и преемственности. Бурные революционные перевороты сменяются периодами мирного развития, когда рожденные революцией перемены встраиваются в существующую традицию и в то же время преобразуют ее. Однако даже в периоды эволюции под спудом тлеет искра апокалипсиса, время от времени вспыхивающая новыми революциями. Так что существует определенное диалектическое взаимодействие между великими революциями прошлого: революцией в Германии XVI в., которая была лютеранской и княжеской; революцией в Англии XVII в., которая была пуританской и парламентской; революциями во Франции и Америке XVIII в., которые были деистическими и демократическими; революцией в России XX в., которая была атеистической и социалистической.

Главная линия моей книги — это история формирования западной традиции права на протяжении XII и XIII вв. под влиянием Папской революции. Это история создания первой правовой системы нового времени, в роли которой выступило каноническое право церкви, и возникновения первых светских правовых систем, возникших вслед за каноническим правом, — феодального права, манориального, торгового, городского и разных систем королевского или княжеского права. Эти новые системы права развились в XII и XIII вв. в Сицилийском королевстве норманнов, в Англии, Франции, германской империи и германских землях.

Папская революция, начало которой ознаменовано в 1075 г. Диктатами папы Григория VII, а кульминация — в 1122 г. Вормским конкордатом, совершалась во имя так называемой свободы церкви. Это была революция против подчинения духовенства императорам, королям и феодальным баронам, за утверждение римской церкви как независимого, корпоративного политического и юридического образования под эгидой папства. Церковь, которую теперь впервые стали воспринимать прежде всего как сообщество священников, учила, что церковная иерархия будет трудиться ради спасения мирян и улучшения мира и что можно добиться такого улучшения через церковное и светское право. Это и были два меча, духовный и мир-

ской, которые, по мнению некоторых, оба должны были находиться в распоряжении папы, хотя папа и передавал бы мирской меч в руки светской власти. Это и была изначальная радикальная идея Папской революции.

Однако на деле, как и во всех великих революциях, самым радикальным притязаниям пришлось уступить и пойти на компромисс. На деле доктрина двух мечей привела еще и к тому, что укрепилась власть императоров и королей в светских делах. У Папской революции были и другие стороны: огромное расширение торговли, подъем городов, колонизация Восточной Европы, крестовые походы, переориентация Европы с оси север—юг на ось восток—запад. Это был тотальный переворот, оборот германо-франкского мира на 180 градусов.

Правовая юрисдикция церкви ограничивалась так называемыми духовными делами. Тем не менее дела эти охватывали громадную сферу отношений. Они включали все дела, касающиеся церковной собственности, а церковь владела третью всей земли в Европе; они включали все преступления, совершенные мирянами против собственности и служителей церкви, равно как и другие виды совершаемых мирянами преступлений. Это были идеологические преступления, такие, как ересь и богохульство, а также половые преступления и многие другие. К духовным делам относились и правовые вопросы брачно-семейных отношений, завещаний, всех клятвенных договоров, то есть таких, где стороны приносили религиозную клятву выполнить договор, и масса прочих дел.

Таким образом, церковь, впервые за всю свою историю действуя через систему профессиональных судов, дела которых рассматривала по апелляциям папская курия в Риме, осуществляла громадную юрисдикцию. В ходе осуществления своих полномочий церковь начиная с конца XI и в XII в. разработала первую сложную систему канонического права. Появились профессиональные юристы и юридические трактаты. Первый в Европе университет, Болонский, был основан именно в это время (около 1087 г.) специально для изучения юридических текстов, составленных византийским императором Юстинианом. Не случайно именно в это время, после пяти веков забвения, эти тексты были заново открыты в Италии и послужили источником почти всей терминологии и многих понятий, которые понадобились для систематизации и канонического и светского права.

Двойственность церковной и светской юрисдикции и множественность светских юрисдикций создавали острое соперничество, из которого вышло не только правление законом (rule by law), но и господство права (rule of law). В своих притязаниях каждая юрисдикция встречала препятствия со стороны других юрисдикций. Думаю, что это основная черта западной традиции права, черта, которая в той или иной форме сохранялась на протяжении восьмисот лет. Она являлась источником развития права и источником свободы.

Господство права основывалось не только на множественных юрисдикциях, но и на дуализме светской и духовной сфер. Ведь подразумева-

лось, что сама история требует искупления светского порядка и что закон может сыграть роль в этом искуплении.

Бог был Богом закона. “Бог сам — закон”. Так говорит Саксонское зеркало, первый германский свод права, написанный около 1220 г. “Бог сам — закон, и потому закон дорог ему” — это прямое выражение философии Папской революции. Такое возвышение права мы вновь и вновь встречаем в это время во всех странах Европы и во всех европейских городах. Через несколько десятилетий после Саксонского зеркала великий английский юрист Брактон писал, что “закон делает короля” и что Англия живет “не под властью человека, а под властью Бога и закона” — “*non sub homine sed sub deo et lege*”.

Западная традиция права коренится именно в этом убеждении. Это убеждение выражается и в дуализме светской и духовной юрисдикции, и во множественности светских юрисдикций, и в самом представлении об автономности светской сферы.

Другая часть западной традиции права происходит из представления о праве как самостоятельном предмете. Впервые на Западе право рассматривалось отдельно от теологии и экономики и политики; впервые появилось нечто определенное, заслуживающее название “право”. Это право имело собственных профессиональных опекунов, именуемых юристами, и собственную литературу. До 1050 г. не существовало в Европе ни сборников права, ни юридических трактатов, хотя встречались сборники обычаев или канонов. Не было законодательного процесса в нынешнем смысле, хотя короли время от времени издавали законы. Первое систематическое законодательство появилось в церкви. Потом и короли тоже стали регулярно издавать законы. Когда начали создаваться книги по праву, право стали изучать в университетах и появилась профессия юриста. Именно юристы должны были охранять и развивать право, то есть правовые институты и науку права, на протяжении веков и поколений. Возобладало представление о праве как едином целом. Масса правовых норм и мнений, составлявших книги Юстиниана, впервые получила название “организма”, свода права — *corpus iuris*. Более того, считалось, что этот организм растет и сознательно развивается на протяжении жизни поколений.

Живой пример этого странного и удивительного представления о том, что право растет и сознательно развивается людьми на протяжении столетий, можно найти в конституционном праве США. Двести лет назад отцы-основатели написали, а Штаты ратифицировали Конституцию Соединенных Штатов. Например, там сказано, что нельзя применять жестокое и необычное наказание. Никому из тех, кто сочинял и принимал конституцию, не приходило в голову, что впоследствии этот принцип может быть отнесен к суровым условиям тюрьмы или даже к смертной казни. Однако понемногу, на протяжении веков и поколений, люди, которые толковали конституцию, сознательно наполняли выражение “жестокое и необычное наказание” новым и притом переменным содержанием. Но это не какое попало содержа-

ние; это то содержание, которое развилось не из понятия как такового, а из всей государственной жизни страны. За этим стоит представление, что эти старые правовые понятия необходимо сохранять, сознательно приспособивая их к новым обстоятельствам. Эта довольно загадочная — или по меньшей мере удивительная — мысль родилась в каноническом праве XI—XII столетий. Папы постоянно издавали новые декреты, принимали решения по новым делам, создавали новые законы. При всем этом они стремились сохранить преемственность по отношению к прошлому. В 1140 г. Грациан написал первый великий трактат, первый в истории систематический всеобъемлющий анализ свода права. Название его характерно — “Согласование разноречивых канонов”. Последователь Грациана Гугуччио дополнил и развил трактат. Например, у Грациана сказано, что папа может быть низложен за ересь (поразительное заявление!), а Гугуччио заявляет, что под словом “ересь” Грациан имел не только ересь как таковую, но и другие подобные ереси проступки, включая нравственные, например блуд. Таким образом, создавалось представление о законе как о предмете, который не только расширяется, но и растет и развивается на протяжении жизни поколений, причем более поздние его истолкования сознательно основываются на более ранних и заменяют их.

Тем не менее время от времени в европейской истории случались перевороты, в ходе которых люди такую преемственность штурмовали и разрушали. На сцену выступали какие-нибудь революционеры и заявляли: “Убейте юристов. Избавьтесь от этой правовой системы. Она не выполняет той мечты, на которой основана. Она не может реализовать свой идеал и цели. Придется все делать заново”. В конце концов буря утихла, старое право восстанавливалось, но оно было уже не то, что раньше. Часть его оставалась прежней, а часть изменялась. Происходило новое рождение или перерождение правового сознания. Однако в итоге ощущение общей традиции права восстанавливалось и даже укреплялось.

Эта книга посвящает всего несколько страниц (во “Введении” и в “Заключении”) влиянию, которое оказали на западную традицию права другие великие революции в Европе, последовавшие за Папской революцией. Это — революция в Германии в XVI в., революция в Англии в XVII в., революция во Франции и Америке в XVIII в., революция в России в XX в. Мало сказано и о кризисе западной традиции права в XX в. Все это — предмет последующих томов. Каждая из этих великих национальных революций была и европейской революцией; каждая из них готовилась в разных странах Запада, и отзвуки ее были слышны везде, хотя буря бушевала всего сильнее в какой-то одной стране. Каждая из этих революций ознаменовала фундаментальные перемены, стремительные перемены, насильственные перемены, прочные перемены в общественном строе этой страны в целом; каждая из этих революций искала легитимации в фундаментальном праве, отдаленном прошлом, апокалипсическом будущем; каждой понадобилось не одно поколение, чтобы пустить корни; каждая в конце концов

произвела на свет новую систему права, которая воплотила некоторые важнейшие черты революции и изменила западную традицию права, но осталась в итоге в рамках этой традиции.

Мысль, что западная традиция права в XX в. переживает кризис, равного которому еще не было, никак нельзя научно доказать. Это интуитивное ощущение. Я могу только засвидетельствовать, что я чувствую, что человек Запада находится в гуще беспрецедентного кризиса правовых ценностей и правовой мысли. Ставится под вопрос вся наша традиция права — и не только так называемые либеральные идеи последних двух столетий; поколебалось само здание западной законности, постройка которого началась еще в XI—XII столетиях.

Это в первом приближении кризис концепции Запада. До 1914 г. Запад был центром мира, можно даже сказать, Запад его и создал, ибо именно Запад первым понял, что существует такая вещь, как весь мир, и послал своих солдат и миссионеров на его покорение. Но в 1993 г. вне всякого сомнения мир становится центром, а Запад превращается в его составную часть, в одного из партнеров в постепенном создании глобальной технологии, глобальной экономики, глобальной культуры и глобального правового порядка.

Второй кризис произошел в концепции права. Запад возвышал Право. Сам Бог, по словам Эйке фон Репгау, и есть Право. Неужели Запад все еще верит в это? А Восток? А Юг?

И наконец, третий кризис — кризис концепции традиции, в особенности традиции права. Запад теряет, а может быть, уже потерял свою веру в то, что его право развивается постоянно, органично, последовательно, через прошлые поколения в будущее. Напротив, право становится все более прагматичным и политическим. Никто уже не думает, что корни закона — в нравственном порядке вселенной. Более того, апокалипсическая мечта Запада о спасении мира через прогресс права, порожденная христианскими понятиями о чистилище и Страшном суде, мечта, которая за века своего существования постепенно приняла мирской характер и в своей высшей точке произвела на свет коммунистический идеал совершенной справедливости в бесклассовом обществе, — эта мечта уже не работает. Сверх того, право все меньше воспринимается с точки зрения истории и все больше — с точки зрения политики или нравственности, в то время как историческая юриспруденция, которая одна способна объединить юридический позитивизм и теорию естественного права, почти исчезла из нашей философии права.

В этом предисловии для русского читателя я пытался обрисовать некоторые из главных мыслей моей книги. Но я должен добавить, что моя книга не является в первую очередь книгой по философии права. Она рассказывает историю формирования западной традиции права, и притом весьма подробно. Некоторые рецензенты обратили внимание только на основные идеи и совсем не обратили внимания на подробности. Другие заметили только подробности и упустили главные мысли. Я надеюсь, что русский чи-

татель увидит взаимосвязь одного с другим. Быть может, вы припомните высказывание, повторенное великим историком XIX в. Леопольдом фон Ранке: “Бог — в подробностях”. Это не означает, что важны только подробности или что они важны только сами по себе. Напротив, это значит, что подробности, частности важны, когда мы видим в них отражение универсальных реалий, как в капле воды отражается небо. Итак, я попытался увидеть отражение нашей человеческой судьбы в истории формирования и реформирования нашей традиции права.

Гарольд Дж.Берман

Атланта, Джорджия, США

Март 1993 г.

ПРЕДИСЛОВИЕ

Это история истоков, история “корней”, а также и “дорог”, тех путей, по которым мы пришли туда, где сейчас находимся. Скептик, быть может, прочтет эту книгу с ностальгией, мысленно проходя опять весь тот путь, который привел его к отчуждению, а тот, кто сохранил веру, может надеяться, что найдет в этой книге руководство на будущее. “Прошлое открыло мне, как строится будущее”, — писал Тейяр де Шарден.

А мной руководит несколько более отчаянная потребность. Говорят, что перед взором утопающего за несколько последних секунд проносится вся его жизнь. Наверное, так человек бессознательно пытается отыскать в своем жизненном опыте способ выпутаться из ситуации, грозящей ему неизбежной гибелью. Так и мне пришлось посмотреть на западную традицию права и законности, порядка и правосудия, в очень отдаленной исторической перспективе, с самого начала, для того чтобы найти выход из нашего нынешнего состояния. Никак не поддается научному доказательству тот факт, что мы находимся в конце определенной эры. Человек это либо ощущает, либо нет. Человек интуитивно знает, когда старые образы, как говорит Арчибальд Маклиш в своей “Метафоре”, теряют смысл.

Мир окончен, когда умерла его метафора.

*An age becomes an age, all else beside,
When sensuous poets in their pride invent
Emblems for the soul's consent
That speak the meanings men will never know
But man-imagined images can show:
It perishes when those images, though seen,
No longer mean.*

Именно потому, что эпоха кончается, мы в состоянии разглядеть ее начало. В середине же эры не видно ее конца и начало тоже спрятано от нашего взора. В такие моменты история поистине, по выражению Мейтленда, выглядит как бесшовная паутина. Однако теперь, когда вся наша цивилизация лежит перед нами, мы можем раскрыть ее истоки, потому что знаем, какие именно истоки мы ищем.

Точно так же, именно потому, что мы сейчас выходим из революционного периода, нам легче определить революционные эпохи в прошлом. История плавно нарастающих изменений, “гладкая” история, была характерна для исторических сочинений эпохи дарвинизма. Катастрофическая же история, в которой преобладает социальный конфликт, — вот та история, которая характерна для исторических сочинений начала и середины XX столетия. Теперь мы впервые начинаем видеть не одну только эволюцию и не одну только революцию, но взаимодействие их как доминирующую тему истории Запада.

Невозможно не чувствовать той социальной дезинтеграции, того распада сообществ, которые произошли в Европе, Северной Америке и других частях цивилизации Запада в XX в. Узлы расы, религии, почвы, семьи, класса, соседства и трудового сообщества во всевозрастающей степени вырождаются в абстрактные и поверхностные национализмы. Это тесно связано с утратой единства и общности цели в западной цивилизации в целом. Однако есть и некоторые признаки роста. Может быть, самая обнадеживающая перспектива — это экономическая, научная и культурная взаимосвязь как на региональной, так и на всемирной основе.

А какое, скажете Вы, это имеет отношение к праву? Самое прямое. Ведь традиционные символы общества на Западе, традиционные образы и метафоры, всегда были в первую очередь религиозными и правовыми. В XX столетии, однако, впервые религия стала в значительной степени частным делом, а закон — преимущественно вопросом практической целесообразности. Связь между метафорой религии и метафорой права была разорвана. Ни та ни другая не выражают более представление общества о своем будущем и прошлом; ни та ни другая больше не обладают страстной преданностью этого общества.

Ни к чему оплакивать эти перемены. Возможно, они к лучшему. Вне сомнения, они неизбежны. В любом случае они знаменуют конец эпохи, и, так как возврата нет, остается единственный вопрос: “Как идти вперед?” Возможно ли найти в групповой памяти о прошлом опыте те ресурсы, которые помогут преодолеть препятствия, преграждающие нам дорогу в будущее?

Что это за препятствия, можно косвенно узнать из этой книги. Среди них узость и компартиментализация как мысли, так и действия в отношении самого права. Нам необходимо преодолеть сведение права к набору технических приемов для делания дел; преодолеть разделение права и истории; отождествление всего нашего права с национальным правом и всей

нашей истории права с национальной историей права; заблуждение относительно исключительно политической и аналитической юриспруденции (“позитивизм”), или исключительно философской и моральной юриспруденции (“теория естественного права”), или исключительно исторической и социально-экономической юриспруденции (“историческая школа”, “социальная теория права”). Нам нужна юриспруденция, которая интегрирует все три традиционные школы и выходит за их пределы. Такая единая юриспруденция подчеркивала бы, что в право надо верить, иначе оно не будет работать; а это включает не только разум, но также чувства, интуицию и веру. Это требует полного общественного осознания.

В периоды кризиса нам требуется более широкий взгляд. Однажды Оливер Уэнделл Холмс-младший сказал классу студентов-юристов: “Ваше дело как юристов — видеть связь между вашим конкретным фактом и зданием всей вселенной”. За этим утверждением Холмса лежит трагическое видение мира, порожденное Гражданской войной между Севером и Югом. Он-то знал, сколь шатки отдельные факты вне всеобщего контекста.

Узость наших концепций права не дает нам видеть не только право, но и историю. Сегодня люди воспринимают право преимущественно как массу законодательных, административных и судебных правил, процедур и технических приемов, действующих в данной стране. Взгляд на историю, сопровождающий подобное восприятие права, жестко ограничен более или менее недавним прошлым и определенной страной. Более того, это бывает взгляд даже и не на историю, а только лишь на текущую политику и ценности. По контрасту, давайте подумаем об историческом смысле концепций права, которые преобладали в прошлом, например в Англии XVIII в., в книге Блэкстона “Комментарии к законам Англии”, написанной не только и не столько для юристов, а для всех образованных людей. По Блэкстону, в Англии преобладали следующие виды права: естественное право, божественное право, право наций, английское общее право, местное обычное право, римское право, церковное право, торговое право, статутное право и право справедливости. В этом списке имплицитно содержится взгляд на историю, не ограниченный своей страной или недавним прошлым, — это картина пересекающихся линий истории. Здесь и история христианства и иудаизма, история Греции, история Рима, история церкви, местная история, национальная история, международная история и еще многое другое. Такой взгляд, связывая читателей Блэкстона с разными прошедшими временами, освобождал их от прикованности к какому-то единственному прошлому, как и к прошлому в целом, в некотором абстрактном кантIANском смысле. Блэкстон позволял своим читателям предвкушать не какое-то единственное будущее и не абстрактное “будущее вообще”, а опять же разные будущие времена. Сам Блэкстон был “очень англичанин” и во многих отношениях весьма консервативен, но, признав многоформность традиции права в Англии, он признавал и многоформность самой истории.

Иногда отмечалось, что слишком узкий взгляд на право не дает возможности эффективно изучать его представителям других дисциплин — ис-

торикам, политологам, социологам, философам. Если относиться к праву всего лишь как к господствующим нормам, процедурам и приемам, оно и вправду представляет мало интереса для историков общества или гуманитариев. Следует также отметить, что теряют от этого не только сами юристы, но и историки общества и другие гуманитарии, которые таким образом лишаются одного из богатейших источников понимания своих собственных дисциплин. Если наши общественные и гуманитарные науки и стали чрезмерно бихевиористскими и фрагментарными, а историография, в особенности, превратилась в чрезмерно националистическую и чрезмерно привязанную к относительно коротким отрезкам времени дисциплину, то причина этому и в том, что такова теперь наша правовая мысль. А будучи такой, правовая мысль ушла из кругозора профессионального ученого и вместе с тем образованной публики.

Конечно, куда проще пожаловаться на компартиментализацию знания, чем сделать что-нибудь конструктивное для преодоления этого. Всякая попытка вернуть права гражданства прошедшим временам скорее всего будет понята и оценена в терминах господствующих категорий и концепций. Пытаться представить историю права на Западе как метафору нашей эпохи — значит слишком многого ожидать от наших читателей, воспитанных в совершенно иных представлениях об истории, праве и Западе. Однако без восстановления прошлого в его правах нет пути назад и не будет дороги в будущее.

Вот какую историю рассказывает эта книга. Была однажды такая цивилизация, и называлась она “западная”; она создала “законные” институты, ценности и понятия; эти западные законные, правовые институты, ценности и понятия веками сознательно передавались из поколения в поколение, и так из них получилась “традиция”. Западная правовая традиция произошла от “революции”, а потом в течение многих столетий другие революции периодически прерывали и изменяли ее. В XX в. западная традиция права переживает величайший за всю свою историю революционный кризис, да такой, который, по мнению некоторых, с ней практически покончил.

Не все захотят выслушать эту историю. Многим сюжет покажется неподходящим; они сочтут его фантазией. Некоторые скажут, что и не было никогда никакой западной традиции права, другие — что западная правовая традиция дожила до конца двадцатого века в полном здравии.

И даже те, кто признает, что история эта правдива и необходимо принять ее всерьез, сильно разойдутся во мнениях о том, как понимать слова “западный”, “правовой”, “традиция”, “революция”. Одна из моих целей и есть раскрытие смысла этих терминов, их значения в повествовательном контексте, то есть во временном измерении. С этой точки зрения попытка заранее дать определения этих понятий обречена на поражение. Как однажды сказал Фридрих Ницше, ничему, имеющему историю, нельзя дать определение. Тем не менее, если пишешь не роман лучше сразу признаться в своих предрассудках и заодно устранить некоторые недоразумения.

То, что в этой книге называется “Западом”, — это особая историческая культура, или цивилизация, которую можно охарактеризовать многими способами в зависимости от цели, какая перед нами стоит. Раньше Запад называли “Occident” и под ним понимали все те культуры, которые наследовали культуру Древней Греции и Рима, противопоставляя ему “Orient”, который состоял в ос-

новном из мира ислама, Индии и “Дальнего Востока”. А со времени окончания второй мировой войны слова “Восток” и “Запад” часто использовали для обозначения коммунистических и некоммунистических стран: в торговле между Востоком и Западом партия товаров из Праги в Токио — это с Востока на Запад.

Существует и другое разделение Востока — Запада, менее известное сегодня: это разделение между восточной и западной христианскими церквями, которое в первые века христианской эры соответствовало границе раздела между восточной и западной частями Римской империи. Хотя разногласия между восточной церковью и западной церковью существовали с давнего времени, окончательно раскололись они только в 1054 г. Этот раскол совпал с западным движением за передачу единовластия над церковью епископу Рима, выведение духовенства из-под контроля императора, королей и феодалов и резкое отграничение церкви как политического и правового организма от светской политики. Это движение достигло кульминации в так называемой григорианской реформации и борьбе за инвеституру (1075—1122)¹ и породило первую правовую систему Запада нового времени, “новое каноническое право” (*jus novum*) римско-католической церкви, а впоследствии и новые светские системы права — королевское, городское и др.

Термин “западная” в выражении “западная традиция права” относится к тем народам, чьи правовые традиции проистекают из этих событий. В XI и XII вв. это были народы запада Европы, от Англии до Венгрии и от Дании до Сицилии. Такие страны, как Россия и Греция, которые остались в восточной православной церкви, равно как и большие области Испании, находившиеся под властью мусульман, были в то время исключены из этого процесса. Позже частью Запада стали не только Россия, Греция и Испания, но и Северная и Южная Америка и другие области.

Итак, Запад определяется не по компасу. Географические границы помогают найти его, но со временем они меняются. “Запад” скорее культурный термин, но с очень значимым диахроническим измерением. Запад, однако, не просто идея; это — общество. Понятие Запада подразумевает как историческую структуру, так и структурированную историю. На протяжении многих столетий его можно было определить просто как “народы западного христианства”. В самом деле, с XI по XV век общность этих народов выражалась в их общей преданности единственной духовной власти, римской церкви.

Как историческую культуру, как цивилизацию Запад надо отличать не только от Востока, но и от “дозападных” культур, к которым Запад “возвращался” в разные периоды “возрождения”. Такие возвраты и возрождения характерны для Запада. Их не следует смешивать с теми моделями, к которым они обращались за вдохновением. Израиль, Греция, Рим стали духовными предками Запада не потому, что Запад пережил их или является их потомком, а в результате того, что он их взял в приемные родители, принял их как предков. Более того, он их принял избирательно — частями и в разное время. Коттон Мэтер был все не древний еврей. Эразм отнюдь не был греком. Римские юристы Болонского университета не были римлянами.

Какая-то часть римского права сохранилась в германских варварских правдах и, что более важно, в церковном праве; в церкви сохранилась частично и греческая философия; ну а древнееврейская Библия сохранилась,

разумеется, в виде Ветхого завета. Но эти примеры прямого “выживания” не объясняют огромного влияния этих традиций на западное право, западную философию и западную теологию. Влияние это распространялось через новое обращение к древним текстам, новое их прочтение, новое восприятие. Даже при том, что древнее знание, можно сказать, дошло до наших дней не прерываясь, оно неизбежно трансформировалось. Эта мысль особенно важна для понимания того, как было заново открыто и возрождено римское право: ведь ни при каком полете воображения нельзя систему права, скажем, вольного города Пизы XII в., которая восприняла многие правила римского права, содержащиеся во вновь открытых текстах византийского императора Юстиниана, приравнять к правовой системе той империи, которой правил Юстиниан. Одинаковые формулы несли весьма различное содержание.

И в этой перспективе Запад — не Греция, не Рим и не Израиль, но народы Западной Европы, обратившиеся за вдохновением к греческим, римским и древнееврейским текстам и приспособившие их так, что это повергло бы в изумление их авторов. И разумеется, ислам ни в коей мере не является частью Запада, хотя и наблюдалось сильное арабское влияние на западную философию и науку (однако не на западные правовые институты).

В самом деле, каждая из древних составляющих западной культуры трансформировалась путем смешения ее с другими двумя ингредиентами. Самое удивительное здесь то, что столь антагонистичные элементы вообще удалось свести в единое мировоззрение. Древнееврейская культура не потерпела бы ни греческой философии, ни римского права; греческая культура не принимала римского права или древнееврейской теологии; римская культура не терпела древнееврейской теологии и сопротивлялась значительной части греческой философии. При этом Запад в конце XI и начале XII в. соединил все эти три элемента и этим трансформировал каждый из них.

Несколько более спорный вопрос — различие между Западом и культурой германцев и других варварских племен Европы до XI в. Если бы Запад был только географическим понятием, тогда эту более раннюю культуру надо было бы включить в это понятие. Более того, как делают большинство исследователей европейской истории, следовало бы начать с галльских войн Цезаря, с завоевания Римской империи германцами, с возникновения Франкской монархии, Карла Великого и Альфреда Великого, прежде чем перейти к григорианской реформации, борьбе за инвеституру и тому периоду, который обычно называют высоким средневековьем или Возрождением XII в. (хотя оно в действительности началось во второй половине XI). Наверное, странно звучит для некоторых, когда германские народы Европы называются “дозападными”. Однако существует резкий разрыв преемственности между Европой периода до 1050—1150 гг. и Европой периода после 1050—1150 гг.

И наконец, необходимо сказать в связи со значением слова “западный”, что, по крайней мере в целях анализа и объяснения правовых институтов, не следует проводить резкого различия между словами “западный” и “новый” (“относящийся к новому времени”). Следует также различать термин “новое время”, как относящийся к периоду до двух мировых войн, и термин “современный”, как относящийся к периоду после 1945 г. Одна из задач настоящего исследования — показать, что на Западе новое время — не только правовые институты и правовые ценности нового времени, но также

и государство нового времени, церковь, философия, университет, литература и многое другое, относимое нами к новому времени, — берет начало в период 1050 — 1150 гг. и не ранее.

Как и понятие “западный”, понятие “правовой” тоже имеет свою историю. “Право” в настоящее время обычно определяется как “корпус правил”. А правила, в свою очередь, обычно считаются производными от статутов и там, где признается судебное законотворчество, от решений судов. Однако с этой точки зрения не существует такой вещи, как “западное право”, потому что нет западного законодательного органа или суда. Точно так же не может существовать “американское право”, а только федеральное право Соединенных Штатов и законодательство каждого из пятидесяти штатов. Такое определение права чересчур узко для такого исследования, которое охватывает системы права всех стран Запада во все периоды западной истории и интересуется не только правом в книгах, но и правом в действии. Право в действии включает правовые учреждения и процедуры, правовые ценности и правовые понятия и образ мыслей, равно как и правовые правила. Оно включает то, что иногда называют “правовым процессом”, или по-немецки *Rechtsverwirklichung* (“реализация права”).

Лон Л. Фуллер определил право как “предприятие по подчинению человеческого поведения руководству правил”². Это определение справедливо подчеркивает примат правовой деятельности над правовыми правилами. Однако я бы пошел еще дальше и добавил, что цель этого предприятия — не только создание и применение правил, но и другие способы руководства, включая подачу голосов, выдачу ордеров, назначение официальных лиц и вынесение суждений. У права есть и другие задачи, кроме руководства в обычном смысле этого слова: право — это предприятие по облегчению добровольных договоренностей через переговоры по сделкам, выпуск документов (например, кредитных или документов на право владения) и другие акты правового характера. Право в действии состоит из людей, занимающихся законотворчеством, отправлением правосудия, вынесением судебных решений, переговорами и другими правовыми действиями.

Такое широкое понятие права необходимо для того, чтобы сравнить в единых рамках те многие конкретные правовые системы, которые существовали на Западе на протяжении веков. Оно необходимо и для того, чтобы исследовать взаимоотношения этих систем с другими политическими, экономическими, общественными институтами, ценностями и понятиями.

Я позволил себе определить право в общих терминах, без отсылки к конкретным правовым институтам, ценностям и понятиям, существующим на Западе уже многие века. Поступая так, я ставил своей целью ответить тем, кто, определяя право слишком узко, то есть как корпус правил, не позволяют нам понять зарождение западной традиции права, влияние на нее великих революций западной истории, а также ее нынешнее трудное положение. Понятие права как особого рода предприятия, в котором правила лишь играют определенную роль, приобретает смысл в контексте действительного исторического развития права данной культуры.

Говорить о “традиции” права на Западе — значит привлекать внимание к двум важнейшим историческим фактам. Первый состоит в том, что начиная с конца XI и в XII в., кроме определенных периодов революционных перемен, правовые институты на Западе непрерывно и последовательно раз-

вивались на протяжении веков, причем каждое последующее поколение сознательно продолжало работу предыдущего. Второй факт заключается в том, что этот сознательный процесс последовательного развития воспринимается (или воспринимался когда-то) как процесс не только перемен, но и органичного роста. Даже великие национальные революции прошлого — Русская революция 1917 г., Великая французская и Американская революции 1789 и 1776 г., Английская революция 1640 г., Реформация в Германии 1517 г. — в конце концов примирились с той традицией права, которую они или некоторые их лидеры собирались уничтожить.

Концепцию сознательного органичного развития в XI и XII вв. можно применить к учреждениям. Здесь термин “учреждения” обозначает структуры, предназначенные для выполнения конкретных общественных задач. Например, университеты — это учреждения для распространения высшего образования и подготовки специалистов; финансовые и судебные отделы в правительстве — это учреждения для осуществления соответственно налогообложения и правосудия. Правовая система — это стройная система мероприятий, одна из главных целей которой — дать руководство разным отделам правительства, равно как и людям вообще, относительно того, что разрешено и что запрещено. На Западе в XI и XII вв. не только недавно созданные университеты, казначейства, суды и правовые системы рассматривались как развивающиеся учреждения, но так же стали рассматриваться и церковь, светские структуры, такие, как городские и королевские правительства. Эти различные учреждения были задуманы как имеющие продолжающийся характер, ожидалось, что они постепенно будут приспосабливаться к новым ситуациям, реформироваться, расти в течение длительных промежутков времени. Частично такой рост был запланирован: например, многие соборы предполагалось строить на протяжении веков и поколений, бюджет строительства был рассчитан в буквальном смысле на тысячелетие. А иногда такой рост бывал не столько запланирован, сколько подстроен: администраторы и законодатели пересматривали работу своих предшественников, ученики задавались целью улучшить работу мастеров, за “глоссаторами” следовали “комментаторы”. Рост также бывал и не запланирован, и не подстроен, а просто случаен: например, архитекторы “соединили” романский стиль с нормандским, в результате чего родилась ранняя готика, которая потом развилась в позднюю готику и т.п.

Как говорит Роберт Нисбет, никто не видит, как общество “растет”, или “развивается”, или “загнивает”, или “умирает”³. Это все метафоры. И тем не менее убежденность живущих в определенном обществе людей в том, что оно в самом деле растет, развивается, загнивает или умирает, — вещь весьма реальная. В эпоху формирования западной традиции права старая мысль Августина о том, что общество, “град земной”, постоянно гниет, разлагается, была смягчена новым представлением о том, что общественные институты способны к рождению, росту и размножению. Более того, считалось, что это такой процесс, в котором поколения людей сознательно и активно участвуют. Как сказал Гете, традицию нельзя унаследовать — надо ее заработать.

Великий английский историк Ф.У.Мейтленд использовал биологическую метафору роста для описания перемен, происшедших в английском праве, в отношении форм судебного иска в XII в. и далее. Он писал: “Наши формы судебного иска и не просто рубрики, и не мертвые категории; они не являются конечным результатом процесса классификации, приложенного к

изначально данным материалам. Они — институты права; они, не побоимся этого слова, — живые существа. Каждое из этих существ живет своей собственной жизнью, переживает свои приключения, более или менее длительное время наслаждается своей силой, полезностью и популярностью, а потом, вполне возможно, впадает в немощную и одинокую старость. Некоторые из них — мертворожденные, другие бесплодны от рождения, а остальные доживают до того, чтобы увидеть высокое положение своих детей и детей своих детей. Среди них происходит острая борьба за жизнь, и выживают только самые приспособленные⁴.

Так, иск из причинения вреда (trespass), который Мейтленд назвал “плодовитой матерью исков”, как считается, “породил”, или “явился источником”, или “выделил” — в зависимости частично от вашего вкуса к метафоре, частью от вашего понимания органичной последовательности — иск об оскорблении действием, иск о нарушении владения движимым имуществом с причинением вреда, иск о нарушении владения недвижимостью с причинением вреда и многие другие иски из причинения вреда. Он также явился “источником” деликтного иска по конкретным обстоятельствам дела, хотя здесь отпрыск весьма отличался от своего родителя⁵. Ученые даже нарисовали дерево, представляющее формы иска, со стволом, ветвями и датами, вроде генеалогического. Что это, просто педагогический прием? А может, форма анимизма?

Полезно было бы провести аналогию между развитием права в таком его понимании и развитием музыки. Начиная с XI и в XII в. одноголосная музыка, представленная в основном григорианским хоралом, постепенно заменялась полифонической музыкой. Развивалась двухголосная, трехголосная и, в конце концов, четырехголосная музыка. Контрапунктный стиль, представленный мотетом XIII в., развился к XIV в. в гармонический стиль *ars nova*, представленный балладой. В конце концов контрапункт и гармония соединились. XVI век стал свидетелем развития великих немецких протестантских хоралов, а те вместе с итальянскими и английскими мадригалами и другими музыкальными формами явились основой оперы, которая и появилась впервые в Италии в конце XVI — начале XVII столетия. Впоследствии музыка Возрождения уступила место музыке барокко, а та — музыке классицизма и т. д. Ни один серьезный музыкант, будь он хоть каким авангардистом, не может позволить себе не знать этой истории. И недалеко еще ушло то время, когда точно так же от хорошего юриста требовалось знание развития правовых институтов.

Конечно же, не всякую перемену нужно рассматривать как рост. Некоторые перемены буквально обрубают растущие побеги. Например, нельзя сказать, что судебное разбирательство путем испытания или поединка явилось источником суда присяжных или что гражданский иск о нарушении владения недвижимостью с причинением вреда вырос из апелляции о фелонии. Испытание, поединок и апелляция о фелонии были по природе своей племенными и феодальными институтами, а вот жюри присяжных и иск из причинения вреда — королевскими. Более того, первые едва пережили введение вторых, в то время как понятие органичного роста предполагает, что родитель продолжает свою жизнь наряду с отпрыском.

В то же время сознательный рост не обязательно означает целенаправленное движение к определенным идеальным целям. Это нечто меньшее, чем моральный прогресс, однако и нечто большее, чем просто изменение или накопление. Правовая реформа, вне всякого сомнения, является повторяющейся чертой западной традиции права начиная с эпохи ее формирования. Однако же сама реформа рассматривается как часть того, что я назвал продолжающимся характером традиции, ее осознанной непрерывностью во времени.

Основные характеристики западной традиции права можно предварительно суммировать так:

1. Относительно резкое различие проводится между правовыми институтами и учреждениями (включая правовые процессы, такие, как законодательство и вынесение судебных решений, равно как и правовые правила и понятия, создаваемые в ходе этих процессов) и другими типами учреждений. Хотя право остается под сильным влиянием религии, политики, морали, обычая, однако его можно аналитически отличить от них. Например, обычай в смысле привычных образцов поведения отличается от обычного права в смысле обычных норм поведения, считающихся юридически обязывающими. Точно так же политика и мораль могут определять закон, однако они не мыслятся как сам закон, что имеет место в некоторых других культурах. На Западе, хотя, конечно, не только там, считается, что право имеет свой собственный характер, обладая определенной относительной автономией.

2. С резкостью этого различия связан и тот факт, что управление правовыми учреждениями в западной традиции права доверено специальному корпусу людей, которые занимаются правовыми действиями на профессиональной основе в качестве своей более или менее основной работы.

3. Эти профессионалы, именуются ли они адвокатами, как в Англии и Америке, или юристами, как в большинстве других стран Запада, специально обучаются в отдельном разделе высшего образования, определяемом как юридическое образование, имеющем свою собственную профессиональную литературу и профессиональные школы или иные места обучения.

4. Та сумма юридических знаний, которую получают специалисты в области права, находится в сложном, диалектическом отношении к правовым учреждениям, потому что, с одной стороны, юридическая литература описывает эти учреждения, а с другой стороны, сами эти учреждения, которые иначе были бы несоразмерны и неорганизованы, концептуализируются и систематизируются, таким образом трансформируясь в соответствии с тем, что говорится о них в ученых трактатах, статьях. Другими словами, право включает в себя не только правовые учреждения, правовые требования, правовые решения и тому подобное, но и то, что правоведы (включая иногда и законодателей, судей, других официальных лиц, когда они выступают как правоведы) говорят об этих правовых учреждениях, требованиях и решениях. Право содержит в себе и науку о праве — правоведение, то метаправо, с помощью которого его можно и анализировать, и оценивать.

Первые четыре характерные черты западной традиции права разделяет и традиция римского права, которая развивалась в Римской республике и Римской империи со II в. до н.э. по VIII в. н.э. и позднее. Однако эти черты не разделяются многими современными незападными культурами, не было

их и в правовом порядке, господствовавшем среди германских народов Западной Европы до XI столетия. Германское право коренилось в политической и религиозной жизни и в обычае и морали точно так же, как и сегодня это происходит во многих неформальных сообществах — в школе, городском квартале, в деревне, на фабрике. Ни во франкском государстве, ни в англосаксонской Англии, ни в иных местах в Европе в то время не делалось особенного различия между правовыми нормами и процедурами, с одной стороны, и религиозными, моральными, экономическими, политическими и другими нормами и практикой — с другой. Разумеется, были законы, а то и своды законов, изданные королями, однако не было профессиональных юристов или судей, не было профессиональных правоведов, как и юридических школ, юридических книг, самой науки правоведения. Это же справедливо и в отношении церкви: каноническое право было сплавлено с теологией, и за исключением нескольких довольно примитивно организованных сводов канонов и монашеских книг наказаний за грехи, не было ничего, что можно было бы назвать литературой церковного права.

5. В западной традиции права закон воспринимается как связанное целое, единая система, “организм”, который развивается во времени, через века и поколения. Можно подумать, что понятие права как *corpus juris* незримо присутствует во всякой традиции права, в которой право рассматривается как отличное от морали и обычая. Часто предполагается, что такое понятие не только скрыто присутствовало, но и было открыто изложено в римском праве Юстиниана. Однако же фраза *corpus juris Romani* была в употреблении отнюдь не у римлян, а у европейских специалистов канонического и римского права XII и XIII вв., перенесших это понятие из работ тех ученых, которые одним-двумя столетиями ранее обнаружили старые тексты эпохи Юстиниана и преподавали их в европейских университетах. Именно схоластическая техника XII в., которая примиряла противоречия и выводила общие понятия из правил и казусов, позволила впервые упорядочить и объединить римское право Юстиниана⁶.

6. Жизнеспособность понятия организма, “корпуса”, или системы права, зависела от уверенности в продолжающемся характере права, его способности расти на протяжении веков и поколений, — уверенности, свойственной исключительно Западу. Организм права продолжает жить только потому, что в нем есть встроенный механизм органичных изменений.

7. Представляется, что рост права имеет внутреннюю логику; изменения — это не только приспособление старого к новому, но и часть общей модели изменений. Процесс отражает некую внутреннюю необходимость. В западной традиции права предполагается, что изменения не происходят случайно, а путем нового истолкования прошлого стремятся удовлетворить потребности сегодняшнего дня и будущего. Право не просто продолжается; оно имеет историю. Оно рассказывает историю.

8. Историчность права связана с понятием его превосходства над политическими властями. Развивающийся организм права как в любой данный момент, так и в длительной перспективе в понимании некоторых — хотя и не всех, и даже не обязательно многих — является обязывающим для самого государства. Хотя слово “конституционализм” было придумано Американской

революцией, однако с XII в. во всех странах Запада, даже при абсолютных монархиях, широко высказывалась и часто принималась мысль о том, что в некоторых важных аспектах право переступает границы политики. Говорится, что монарх может творить закон, но он не может творить его произвольно, и до тех пор, пока он не переделает его, законным же образом, он связан им.

9. Возможно, самая яркая черта западной традиции права — это существование и соревнование внутри одного общества различных юрисдикций и различных правовых систем. Именно этот плюрализм юрисдикций и правовых систем и делает превосходство закона необходимым и возможным.

Правовой плюрализм проистекал из дифференциации церковной власти от светских властей. Церковь объявила свою свободу от светского контроля, свою исключительную юрисдикцию по некоторым вопросам и совместную юрисдикцию по другим. Миряне, хотя ими и управлял в целом светский закон, подлежали церковному праву и юрисдикции церковного суда в вопросах брачно-семейных отношений, наследства, духовных преступлений, договорных отношений, когда было дано слово, и некоторых других. И наоборот, духовенство, в целом управляемое каноническим правом, подлежало светскому закону и юрисдикции светского суда в отношении определенных видов преступлений, определенных типов имущественных споров и т.п. Само светское право разделялось на разные соперничающие виды, включая королевское право, феодальное право, манориальное право, городское право и торговое право. Один и тот же человек мог подлежать церковному суду по одному делу, королевскому суду по другому, суду своего лорда по третьему, быть подсуден манориальной курии по четвертому делу, городскому суду по пятому, купеческому — по шестому.

Сама сложность общего правового порядка, содержащего разнообразные правовые системы, обеспечивала правовую изоэдренность. Какой из судов обладает юрисдикцией в данном случае? Какой закон применим? Как примирить правовые разногласия? За этими техническими вопросами лежали важные политические и экономические соображения: церковь против короны, корона против города, город против феодала, феодал против купца и т.д. Право было способом разрешения этих политических и экономических конфликтов. Но оно же могло послужить и их обострению.

Этот плюрализм права на Западе, который отражал и одновременно укреплял плюрализм политической и экономической жизни Запада, являлся, или когда-то являлся, источником развития, или роста — правового, равно как и экономического и политического. Он также стал, или когда-то был, источником свободы. Серв мог прибегнуть к городскому суду за защитой от своего помещика. Вассал мог прибегнуть к суду короля за защитой от своего сеньора. Клирик мог прибегнуть к церковному суду за защитой от короля.

10. Существует напряженность между идеями и реальностью, между динамическими качествами и стабильностью, между трансцендентностью и имманентностью западной традиции права. Эта напряженность периодически приводила к насильственному свержению правовых систем путем революции. Несмотря на это, сама традиция права, которая больше любой из составляющих ее правовых систем, выжила и даже обновилась в ходе этих революций.

Право и история

Проследить историю западной традиции права и принять ее — значит повернуться лицом к открытым теориям и права, и истории, которые уже не являются широко принятыми, во всяком случае в университетах. Те же теории, которые преобладают, представляют собой серьезные препятствия на пути оценки нашей истории.

Традиционно принятое понятие права как корпуса правил, производных от статутов и решений судов, отражающее теорию воли законодателя (государства) как высшего источника права, совершенно непригодно для того, чтобы поддержать исследование транснациональной правовой культуры. Говорить о западной традиции права — значит постулировать понятие права не как корпуса правил, но как процесса, предприятия, в котором правила имеют смысл только в контексте институтов и процедур, ценностей и образа мышления. При таком более широком взгляде источники права включают не только волю законодателя, но также разум и совесть общества и его обычаи и привычки. Это не преобладающий взгляд на право. Однако его ни в коем случае нельзя назвать неортодоксальным — не так давно говорилось, что у права четыре источника: законодательство, прецедент, право справедливости и обычаи⁷. В эпоху формирования западной традиции права далеко не было такого количества законодательной деятельности или прецедентов, как в последующие века. Большая часть права происходила от обычая, который рассматривался в свете права справедливости, определяемой как разум или совесть. Необходимо признать, что обычай и право справедливости в той же мере являются правом, что и статуты и решения, если мы вообще хотим проследить и принять западную традицию права.

В дополнение к этому необходимо признать, что право на Западе сформировано в единые правовые системы, в каждой из которых разнообразные ее составляющие обретают смысл как часть системы в целом. Далее, каждая система задумана как развивающаяся; следовательно, смысл каждого составного элемента складывается не только из того, чем эта система была в прошлом, но и из того, чем она станет в будущем. Это тоже не общепринятые истины преобладающей “аналитической юриспруденции”, которая постулирует некоего государя, который отдает повеления в форме правил и налагает санкции за их неисполнение “по его воле”, то есть то, что Макс Вебер называл “формальным рационализмом” или “логическим формализмом” западного права. И это широко распространенное представление как среди противников формализма, так и среди его сторонников. Вебер считал, что оно объясняет полезность права для развития капитализма. Такая концепция права является мощным препятствием на пути понимания истории западной традиции права, родившейся в то время, которое обычно считают эпохой феодализма, и коренившейся в отделении церкви от светского порядка. Тот факт, что новая система канонического права, созданная в конце XI и в XII вв., составила первую на Западе правовую систему нового времени, обычно не замечался, скорее всего просто потому, что он никак не вписывался в господствующие теории природы права.

Если аналитическая юриспруденция, или, как теперь часто говорят, юридический позитивизм, не является достаточной теоретической базой для понимания хода развития правовых институтов на Западе, какая же теория

или теории лучше послужат этой задаче? Западная философия права предлагает две главные альтернативы: “теория естественного права” и “историческая юриспруденция”. Недавно в дополнение к ним на первый план вышла новая теория под названием “социологическая юриспруденция”. Все они имеют, конечно, множество вариантов. И все же каждая теория в отдельности сосредоточивается на каком-то одном из аспектов истины. Ни одна из этих теорий сама по себе не дает основы для понимания истории права на Западе. История западной традиции права частью сама является историей появления и столкновения этих разнообразных школ философии права. Последние не объясняют истории, наоборот, это история объясняет их, почему они возникли и почему в разное время в разных местах господствовали разные школы.

В эпоху формирования традиции права на Западе преобладала теория естественного права. По общему представлению, человеческий закон являлся производным от разума и совести, в итоге разумом и совестью, и следовало его почитать. Согласно не только философии права того времени, но и самому действующему праву, всякий действующий закон, как утвержденный, так и обычный, должен соответствовать естественному праву, иначе ему будет недоставать законной силы и им можно будет пренебречь. Эта теория имела основу как в христианской теологии, так и в аристотелевской философии. Но она имела основу и в борьбе между церковными и светскими властями, и в политике плюрализма. Ее можно сравнить с теорией, обосновывающей право США, по которой всякий действующий закон должен соответствовать конституционным требованиям “надлежащей законной процедуры”, “равной защиты”, “свободы”, “тайны частной жизни” и т.п., или же он теряет законную силу. “Надлежащая законная процедура” — это, на самом деле, английское выражение XIV в., обозначающее естественное право. Эта теория естественного права вписана в действующее право Соединенных Штатов. Однако это не удерживает нас от того, чтобы дать этому и политическое (“позитивистское”) объяснение. Легко показать, что государство, или власть имущие, или правящий класс, выигрывают от параграфа о должном процессе и “велят” ему быть.

Точно так же историческая юриспруденция, то есть теория о том, что право получает свой смысл и авторитет от прошлой истории того народа, которому оно принадлежит, от обычаев этого народа, от гения его институтов, от его исторических ценностей, от прецедентов, была встроена в английскую систему права со времен Английской революции XVII в. Однако английская философия права постоянно металась между позитивизмом и теорией естественного права, а у исторической юриспруденции было сравнительно мало приверженцев — во всяком случае в XX в. Родным домом исторической юриспруденции стала Германия — та Германия, которая в отличие от Англии создала свое собственное национальное право, причем не столько из своих исторических правовых институтов, сколько из воспринятого ею “чуждого” римского права. Во имя исторической юриспруденции величайшие немецкие юристы возносили хвалу немецкому праву как отражению духа немецкого народа.

Таким образом, западная история права послужила питомником разнообразных школ философии права, из которых одни господствовали в одних

местах, а другие — в других и в другое время, часто по парадоксальным причинам, словно являясь идеологической реакцией на существующую правовую реальность. Исследователи истории права на Западе должны поэтому остерегаться ограниченности каждой отдельной школы. Было бы лучше и более “по-западному” пользоваться ими всеми как экранами и по очереди рассматривать через них исторический опыт, вместо того чтобы пытаться использовать историю в качестве подпорки для какой-либо из них.

Если уж разные школы теории права служат препятствиями для понимания или принятия повествования о развитии западной правовой традиции, то разные теории истории, включая историю права, представляют собой куда более серьезные барьеры. Эти теории рассматривают такие вопросы, как: есть ли у истории смысл или направление; оправдана ли периодизация истории и если да, то на какой основе; можно ли говорить о “законах истории” или исторической причинности в любом смысле; на несколько низшем уровне обобщения это вопросы об отношении истории отдельной нации к истории Запада в целом; какова роль великих революций в истории Запада; смысл таких понятий, как “средневековый” и “новый” (“относящийся к новому времени”), “феодализм” и “капитализм”.

Хотя историю происхождения и раннего этапа развития западной традиции права можно рассказать, и не пытайтесь решить эти крупные историографические проблемы, все же необходимо кратко коснуться нескольких теоретических вопросов истории вообще и западной истории в частности, в особенности, чтобы рассеять распространенные предвзятые представления.

Вопросы смысла и направления в истории и связанные с этим вопросы периодизации неизбежно возникают из тех драматических обстоятельств, при которых родилась западная традиция права. Актеры в этой драме ни минуты не сомневались, что выполняют историческое предназначение. Конечно, сама по себе их уверенность не опровергает позицию тех многих, кто сегодня считает, что история не имеет смысла, что исторические перемены случайны, что периодизация произвольна. Однако те, кто заходит столь далеко, чтобы отрицать всякий смысл в истории, всякое направление и всякую периодизацию, не должны возражать против нашего повествования сильнее, чем против более традиционных рассказов, тех, которые просто придают тем же самым событиям и фактам меньше смысла, меньше направления и видят в них менее строгую периодизацию. Если всякая периодизация произвольна, то анализ появления “характерных для нового времени” правовых и политических учреждений “в конце XI в.” не более произволен, чем традиционный анализ, который настаивает, что все, существовавшее до “XVI в.,” “средневековое” и что не было разрыва преемственности в период от 1050 г. до 1150 — или 1200 г. Точно так же люди, считающие, что в историческом развитии учреждений на Западе не было модели, не должны огорчаться от нашего повествования, которое описывает взаимодействие между революцией и эволюцией на протяжении поколений и столетий, больше, чем от повествований, описывающих только революцию или только эволюцию.

Труднее всего воспринимать нашу историю будет тем, кто никогда прямо не сталкивался с проблемами смысла, направления и периодизации, но некритически принимает традиционную историографию, которая преподается как общепринятая, с XVI в. Этот традиционный взгляд просто принимает

за данность, что история Запада делится на три периода: древний, средневековый и новый. Древняя история — это история Древней Греции и Рима. Упадок Рима из-за нашествий варваров привел к средневековью, которое продолжалось примерно с V по XV в. Потом начались новые времена: одни считают, что с эпохи Возрождения, другие — что с эпохи Реформации, третьи — что с них обеих. Те, кто считает, что с эпохи Реформации, расскажут эту историю немного иначе. В картину древнего мира будет включен древний Израиль. Средние века будут определены как лежащие между раннехристианской церковью и разрывом Лютера с Римом. Протестанты, однако, объединятся с гуманистами, считая, что западное искусство и философская мысль имеют истоки в Древней Греции, а политика и право — в Древнем Риме. Наконец, под влиянием Просвещения, все согласятся, что хотя Древняя Греция и Рим и, возможно, древний Израиль составляют историческую базу западной цивилизации, по-настоящему важная история — это история отдельных государств, особенно Соединенных Штатов Америки, Англии, Франции и Германии.

В этой концепции прошлого имеется большое количество смысла, явная направленность и сколько угодно периодизации. Однако она совсем не совпадает с лучшими историческими исследованиями последних пяти десятилетий. Эти исследования отодвинули конец “темных веков” с 1450—1500 к 1050—1100 гг. Даже самые консервативные историки сейчас проводят резкое различие между низким средневековьем и высоким средневековьем.

Далее, ранее постулированная преемственность истории германских народов в низком средневековье по отношению к истории Римской империи и римской и греческой истории вообще, в основном отвергнута. Крупномасштабное возрождение древнегреческой философии и римского права в конце XI, в XII и XIII вв., как показали исследователи, было частью критического поворотного пункта в истории западной церкви и европейских народов и было связано также с подъемом европейских городов и другими базовыми общественными и экономическими переменами.

Здесь, какие бы мы ни привели доказательства, многие испытают сомнения и разочарование. Может быть, они скажут себе: “Модели, правильность в истории, наверное, необходимы, хотя это выходит за пределы фактов, потому что без них не было бы истории. Но разрывы не нужны и даже неестественны. “Природа не совершает прыжков”. Даже если история Запада и совершала иногда прыжки, как в Русскую революцию, Французскую революцию и протестантскую Реформацию, все-таки сказать, что произошел разрыв в преемственности в самой середине средних веков не только неестественно, но и странно. Это кажется совершенной несуразицей в свете того, чему нас учили про Век Веры. Почему, собственно, нам нельзя продолжать думать, что отличия европейского общества 1500 г. от общества 500 г. явились результатом накопления маленьких последовательных изменений, когда были некоторые периоды ускорения, но без всяких потрясающих перемен в одном поколении или одном веке? Почему нельзя и дальше пребывать в уверенности, что города основывались (или возрождались) постепенно, на протяжении десяти, пяти или по меньшей мере трех столетий, а не вдруг за восемьдесят — девяносто лет; что папа получил власть верховного судьи и законодателя церкви постепенно, по прошествии десяти столетий, а не вдруг

в течение жизни трех поколений; что император и короли Европы постепенно лишились своих сакральных функций и чудотворных свойств не в результате открытого политического и религиозного конфликта, а в результате мельчайших сдвигов в мировоззрении?”

Исследование истоков западной традиции права должно исправить эту идеологическую пристрастность в пользу постепенно накапливающихся изменений. Так как право изменяется медленнее, чем большинство других политических институтов, исследователь обычно не ожидает увидеть в правовой системе стремительных и драматичных перемен. И все же при изучении любой из правовых систем Европы сначала в период 1000—1050 гг., а затем в период 1150—1200 гг. мы обнаруживаем огромную перемену. Это справедливо прежде всего в отношении права церкви.

Разумеется, как только мы начинаем говорить о революционной перемене внутри римской католической церкви, мы бросаем вызов ортодоксальному взгляду на структуру католической церкви как результат развития элементов, присутствовавших в ней с самых давних времен. Таков и был взгляд католических реформаторов конца XI — начала XII в.: они всего лишь возвращаются назад, утверждали они, к более ранней традиции, которую предали их непосредственные предшественники. Миф о возвращении к прежним временам поистине является печатью всех европейских революций. Лютер ведь тоже проповедовал возврат к раннему христианству, которое было предано папством. Английские пуритане при Кромвеле провозглашали восстановление “древних английских свобод” после полутораветковой деспотии Тюдоров. Французская революция вернулась к античности и природному состоянию, чтобы победить феодализм и привилегии аристократов. Большевики в России проповедовали возврат к бесклассовому обществу первобытных племен, существовавшему еще до эпохи собственности.

Однако радикальная трансформация правовой системы — вещь парадоксальная, так как одна из фундаментальных целей права — обеспечение стабильности и преемственности. Более того, право — во всех обществах — получает свой авторитет извне, и если правовая система подвергается быстрому изменению, неизбежно возникают вопросы законности источников этого авторитета. В области права крупномасштабное внезапное изменение — революционное — в самом деле “неестественно”. Когда это случается, надо что-то предпринять, чтобы этого не случилось снова. Новый закон должен быть утвержден прочно, его надо защитить от опасности другого разрыва преемственности. Дальнейшие перемены надо ограничить постепенными небольшими изменениями.

По крайней мере, таков был путь развития права на Западе в кильватере крупномасштабных революционных перемен, которые время от времени захлестывали его начиная с конца XI — начала XII в. Новая система права, установленная революцией, получает историческое измерение. Во-первых, считается, что эта новая правовая система исторически коренится в тех событиях, которые ее создали. Во-вторых, считается, что правовая система изменилась не только в ответ на новые обстоятельства, но также в соответствии с некой исторической моделью. Право считается историческим феноменом, оно обладает тем, что можно назвать историчностью. Оно не только должно эволюционировать, но надо видеть, как оно эволюционирует.

Все же историчность западного права не смогла предотвратить случившихся время от времени насильственных революций, которые, правда, в конце концов возвращались к исторической традиции права, но предвзительно изменив ее и наметив новые направления.

Несмотря на это, историчность западного права не следует путать с историзмом в смысле привязанности к “слепой силе” (по выражению Ницше) прошлого. Не только приверженец исторической школы философии права, но и позитивист и сторонник теории естественного права или, если уж на то пошло, циник, который убежден, что право — это просто закон сильнейшего, все они видят перед собой правовые учреждения и процедуры, правовые ценности, правовые понятия и правила, которые действительно имеют историческое измерение. Все эти элементы имеют смысл, который частично является производным от их истории. Ни в одной правовой системе Запада недостаточно пытаться интерпретировать или объяснить правовое правило (или понятие, ценность или учреждение) сугубо с помощью логики, политики или справедливости; чтобы преуспеть, надо обратиться и к тем обстоятельствам, которые породили его, и к тем событиям, которые влияли на него со временем. Догматический метод, политический метод, метод справедливости всегда следует дополнять историческим методом интерпретации. Множественность источников права защищает, таким образом, историчность и в то же время помогает предупредить слепой историзм.

Слепой историзм тоже терпит поражение благодаря множественности тех перекрещивающихся историй, из которых состоит западная цивилизация. Историческое измерение права состоит не столько из “прошлого” в некотором монолитном смысле, сколько из прошлых времен разных сообществ, в которых живет человек, и разных правовых систем, созданных этими сообществами. Только тогда, когда все разные правовые режимы этих сообществ — местных, региональных, национальных, этнических, профессиональных, политических, интеллектуальных, духовных и других — бывают поглощены правом национального государства, “история” приобретает тираническую власть.

В этом и состоит на самом деле величайшая опасность современного национализма. Нации Европы, которые возникли во взаимодействии друг с другом в контексте западного христианства, все более и более отдалялись друг от друга в XIX в. Первая мировая война привела к насильственному разрыву и уничтожила те узы, которые их раньше связывали, пусть и слабо. А в конце XX в. мы все еще страдаем от националистической историографии, которая родилась в XIX в. и способствовала разрушению единства западного правового наследия.

Появление в XIX в. так называемой научной истории, иначе говоря, систематического и тщательного исследования фактов с целью показать, по знаменитому выражению Ранке, *wie es eigentlich gewesen ist* (как это было на самом деле), совпало с возникновением самого глубокого национализма, который до тех пор переживала Европа. Попросту стало считаться, что история обозначает национальную историю. Истории полагалось быть объективной, но это должна была быть история одной нации. В XX в. в этом отношении произошли некоторые перемены. Обществоведы и специалисты в области экономической истории первыми сломали национальный барьер и начали писать о Западе как о едином целом. После второй мировой войны не-

которые исследователи распространили этот подход на политическую историю. Даже европейская история права стала рассматриваться под транснациональным углом, хотя английская и американская истории права остались в какой-то странной изоляции.

Печально, что почти не делалось попыток интегрировать историю английского и американского права в общую панораму западных правовых систем. Это было тем более трудно, что историки права в Англии и США отличались крайней инсулярностью, да еще и поделили содержание своих дисциплин так, чтобы повергнуть в полную растерянность любопытного чужака. Даже при описании того периода, когда все страны Запада, включая Англию, входили в область римской католической церкви и не только существовали при одной системе церковного права, но и имели самые тесные интеллектуальные, культурные и политические связи друг с другом, английское право все равно рассматривается многими историками права так, как если бы оно было вне европейской истории. Этим историкам удается сохранить свою национальную ориентацию путем сосредоточения на так называемом общем праве, то есть праве, применявшемся в королевских судах — Суде общегражданских исков и Суде королевской скамьи. При этом они игнорировали другие разделы права и другие юрисдикции, которые существовали в Англии в то же самое время. Но ведь даже английское общее право в этом узком смысле во многих отношениях было одинаково с королевским или княжеским правом Сицилии, Франции, германских княжеств и других стран Европы.

Эдмунд Берк как-то сказал: “Законы всех государств Европы взяты из одного источника”. Для него Англия была частью Европы. Однако к тому времени, когда история права стала предметом научного рассмотрения, исторические узы, связывавшие Англию с континентом, уже были разорваны. Это привело к преувеличенному вниманию к тем правовым учреждениям, ценностям, понятиям и правилам, которые отличают английское право от других правовых систем Запада. Теперь же, когда Англия вошла в Европейское экономическое сообщество, может произойти пересмотр английской истории права с упором как раз на те правовые учреждения, процедуры, ценности, понятия и правила, которые роднят английское право с другими правовыми системами Запада.

В 1888 г. в своей инаугурационной лекции в качестве профессора истории английского права Кембриджского университета Мейтленд поднял вопрос о том, почему не написана история английского права. Он дал такой ответ: во-первых, “из-за традиционной изолированности исследований английского права от всяких других исследований”, а во-вторых, потому, что “история подразумевает сравнение, а английский юрист, не зная и не желая знать ничего ни о какой системе, кроме своей собственной, едва ли мог приблизиться к мысли об истории права”. Он добавил: “Одна из причин того, что так мало было сделано для нашего средневекового права, я уверен, в нашем полном и освященном традицией невежестве в области французского и немецкого права. Английские юристы уже в течение последних шести веков преувеличивают уникальность нашей истории права... Я знаю достаточно, чтобы с уверенностью утверждать следующее: существуют огромные массы средневекового права, чрезвычайно сравнимого с нашим”⁸.

Право и революция

Шесть великих революций изменили западную традицию права в ходе ее развития. Три из них — Русская, Французская и Американская — были названы революциями самими их участниками, хотя в каждом случае слово “революция” содержало различный смысл. Четвертая из них, Английская, была впервые названа революцией тогда, когда она уже подходила к концу, в 1688—1689 гг. (Славная революция). Начальный же этап ее (1640—1660) враги называли Великим мятежом, друзья⁹ — “восстановлением свободы”; второй этап (1660—1685) в то время называли Реставрацией, хотя некоторые современные авторы называли его также революцией. Впервые слово “революция” было использовано в современном смысле для обозначения крупного политического переворота, однако имелся в виду поворот колеса истории назад к прежней системе правления. Таким образом, явление, которое большинство историков сейчас называют Английской революцией, состояло из трех последовательных “реставраций”¹⁰.

Пятая великая революция, если идти дальше в глубь времени, — это протестантская Реформация, которая в Германии приняла характер национальной революции, началась с нападков Лютера на папство в 1517 г. и закончилась поражением императора в 1555 г. силами протестантского союза и установлением религиозного мира среди немецких княжеств. Шестая, Папская революция 1075—1122 гг., которая является предметом настоящего исследования, также в то время называлась реформацией, *Reformatio*. Ее проводил папа Григорий VII. Обычно ее название переводится на новые языки как “григорианская реформа”, что затемняет ее революционный характер.

Можно возражать против того, чтобы называть Реформацию в Германии революцией, несмотря на то что так ее часто называют историки революций (включая и немарксистов). Еще более сильные возражения можно выдвинуть против того, чтобы называть революцией григорианскую реформацию, да и слово “реформация” может вызывать сомнения. Поэтому настал момент объяснить употребление слова “революция”.

История Запада отмечена повторяющимися периодами мощных переворотов, когда вся ранее существующая система политических, правовых, экономических, религиозных, культурных и других общественных отношений, институтов, убеждений, ценностей, целей свержалась в пользу установления новой. Никакой точной симметрии нет в этих периодах великих исторических перемен; и все же есть определенные модели и повторяющиеся черты. Каждый такой переворот знаменовал фундаментальные перемены, стремительные перемены, насильственные перемены, прочные перемены в общественной системе в целом.

Каждый из этих переворотов искал легитимации в фундаментальном законе, отдаленном прошлом, апокалипсическом будущем.

Каждому потребовалось более одного поколения, чтобы укорениться. Каждый в конце концов породил новую систему права, которая воплощала некоторые из главных целей революции и которая изменила западную традицию права, но в итоге осталась в рамках этой традиции.

Эти перевороты не были, с одной стороны, государственными переворотами или восстаниями, а с другой стороны, они не являлись длинными сериями постепенно накапливавшихся изменений, принятых существующей системой.

Они были фундаментальными превращениями, которые осуществлялись довольно быстро, в острой борьбе и со страстью.

Вполне допустимо применять слово “революция”, невзирая на все оскорбления, которым подверглось это слово¹¹, для обозначения таких эпохальных периодов, особенно в свете коннотации насильственности, которая всегда присутствует при разговоре о революциях последних двух столетий (особенно Русской, Французской и Американской). Здесь имеется в виду не законное принуждение, проводимое законным правительством через полицию или армию, а незаконная сила, применяемая индивидами и группами людей против власти. С точки зрения западной истории права особенно важно признать, что в истории Запада периодически такая незаконная сила применялась для свержения установленного порядка и что в конце концов люди, пришедшие к власти в результате этого свержения, создавали новые прочные системы правления и права. Система правления и права всех государств Запада берет начало в такой революции.

Термин “революция” используется не только применительно к начальным насильственным действиям, с помощью которых вводится новая система, но также и применительно ко всему периоду, необходимому для укоренения этой системы. Как подчеркнул Ойген Розеншток-Хюсси, требуется больше одного поколения, чтобы сделать настоящую революцию¹².

Все перечисленные шесть великих революций были “тотальными” в том смысле, что они создали не только новые формы правления, но и новые структуры общественных и экономических отношений, новые структуры отношений между церковью и государством и новые структуры права, а также новые взгляды на общество, новые воззрения на историю и новые системы универсальных ценностей и убеждений¹³. “Переделка (“реформация”) мира”, провозглашенная Папской революцией, имела место почти в каждой из остальных революций. Разумеется, значительная часть старого мира сохранялась, а через какое-то время количество возвращенного старого даже увеличивалось, но в каждой революции целое — сама парадигма — было новым.

Таким образом, каждая из этих шести революций порождала новую или значительно обновленную систему права, находящуюся в контексте представлений о полном изменении общества. Более того, та степень, в которой эта цель в конце концов отражалась в новом законе, служит показателем успеха революции.

Каждая революция представляет собой и отказ от старой правовой системы, которую эта революция заменила или радикально изменила. От этих систем отказались не только в том смысле, что их в самом деле заменили или радикально переделали. Один из первых декретов большевиков в 1917 г. гласил, что вся дореволюционная правовая система отменяется. Вследствие этого применять надлежало только декреты нового правительства, а пустоты следовало заполнять “революционным правосознанием”. Французская революция тоже сначала отбросила систему законодательства, отправления правосудия и вынесения судебных решений старого режима. В Америке после завоевания независимости демократы боролись против принятия английского права федеральными судами и судами штатов. В Англии Долгий парламент (1640—1641) упразднил Звездную палату,

суд Верховного комиссара и другие королевские “прерогативные суды”, а парламент Карла II в 1660 г. повторил это решение вместе с верховенством парламента; сильно переделанное общее право стало неписаной конституцией Англии. Лютер сжигал книги канонического права. Папа Григорий VII отменил императорские и королевские законы, которые управляли церковью, — законы, которые разрешали светским властям назначать епископов и священников, позволяли покупать церковные должности и духовенству жениться.

Старый закон отказывал и в другом смысле. он оказывался неспособен вовремя откликнуться на перемены, происходившие в обществе. Если бы царское правительство ввело эффективную конституционную монархию и перераспределило землю, если бы Бурбоны отделили церковь от государства, отменили пережитки феодализма и разрешили создание демократических институтов, если бы король Георг III даровал американским колонистам все права своих английских подданных и в дополнение разрешил им ввести демократические учреждения; если бы первые Стюарты приняли верховенство парламента; если бы каноническое право в XV в. поддавалось примирительству и другим обстоятельствам, толкавшим его к реформе; если бы императоры и короли в XI в. вовремя отказались от своего главенства над церковью, — словом, если бы все они могли предвидеть неизбежное и произвести необходимые фундаментальные изменения в рамках существующего правового порядка, тогда, наверное, революций можно было бы избежать. Измениться вовремя — вот ключ к жизнеспособности любой системы права, которая испытывает неодолимое давление меняющихся обстоятельств. В историческом смысле революция — это стремительная, прерывная, насильственная перемена, от которой лопаются по швам правовая система.

Может быть, неумение предусмотреть фундаментальные изменения и вовремя внести их обусловлено внутренним противоречием в природе западной традиции права, одна из целей которой — сохранение порядка, а другая — осуществление правосудия. Сам порядок понимается как содержащий внутреннюю напряженность между потребностью в переменах и потребностью в стабильности. Правосудие также рассматривается в терминах диалектики, ведь существует напряженность между правами отдельного человека и благополучием общества. Реализация справедливости всегда провозглашалась как мессианский идеал самого права; сначала она ассоциировалась (во время Папской революции) со Страшным Судом и царствием Божьим, потом (во время революции в Германии) — с христианской совестью, позже (во время Английской революции) — с общественным духом, справедливостью и традициями прошлого, еще позже (во время Французской и Американской революций) — с общественным мнением, разумом и правами человека и, наконец, совсем недавно (во время Русской революции) — с коллективизмом, плановой экономикой и социальным равенством. Более всего и прежде всего именно этот мессианский идеал справедливости нашел свое выражение в великих революциях. Свержение существующего закона как порядка оправдывалось восстановлением более фундаментального закона как справедливости. Именно убеждение, что закон предал свою высшую цель и миссию, приводило к каждой из великих революций.

Томас Кун объяснял великие революции в науке, такие, как Коперникова, Ньютонова или Эйнштейнова, как результат кризисов, которые пе-

риодически возникают тогда, когда выясняется, что явления, не объяснимые из устоявшихся научных постулатов и потому принимаемые как аномалии, на самом деле требуют новых основных постулатов. Как показывает Кун, новые постулаты, формулируемые так, чтобы они объясняли как “нормальное” то, что считалось просто “аномальным”, и становятся ядром новой научной “парадигмы”¹⁴. Взаимодействие революции и эволюции в западном праве демонстрирует впечатляющую параллель взаимодействию революции и эволюции в западном естествознании. В западном праве, как и в западных естественных науках, подразумевается, что будет происходить изменения в данных условиях, что эти изменения будут ассимилированы в существующую систему или парадигму, что если они не ассимилируются, то их примут как аномалии, но если слишком много изменений не смогут ассимилироваться, тогда в какой-то момент сама система потребует коренного изменения. В науке старой истине придется уступить место новой. В праве старому правосудию, возможно, придется уступить место новой справедливости.

Так, великие революции политической, экономической и социальной истории Запада представляют собой взрывы, происшедшие в тот момент, когда правовая система оказалась слишком неподатливой и не смогла ассимилировать новые условия. Некоторые авторы относятся к этим историческим взрывам как к чему-то вроде “возвратного рака” в западном обществе, как к “лихорадке”, которой надо переболеть¹⁵. Однако это лишь одна сторона дела, и не самая важная. Эти исторические взрывы несли массу энергии, выход которой, хотя и уничтожил большую часть прошлого, но зато создал новое будущее. В конечном счете каждую великую революцию можно рассматривать не столько как слом, сколько как переделку. Каждая из них должна была найти компромисс с прошлым, но каждая также преуспела в создании нового права, которое воплощало многие из тех главных целей, за которые эта революция сражалась.

Если мы так подчеркиваем правовое измерение великих революций — отвержение ими существующего порядка и в итоге создание нового закона, то не для того, чтобы преуменьшить, а, напротив, чтобы ярче осветить важность других общественных измерений этих переворотов: политического, экономического, религиозного, культурного. Фундаментальные перемены в праве неизбежно переплетались с фундаментальными переменами в других структурных элементах общественной жизни. Например, во время Папской революции конца XI — начала XII в. реформа права была тесно связана с целым рядом “очень глубоких и очень широких перемен” того времени, говоря словами великого историка общества и экономики Марка Блока, которые “охватили одну за другой почти все сферы общественной жизни”¹⁶. Более того, если мы называем эту всеобъемлющую трансформацию Папской революцией, то это не означает, что ее масштаб ограничен такими вопросами, как борьба за контроль папства над церковью и за свободу церкви под руководством папства от светского господства, а, напротив, ее размах включает все взаимосвязанные перемены, происходившие в это время. Новая папская концепция церкви, как сказал Джозеф Р.Стрейер, “почти что требовала изобретения концепции Государства”¹⁷.

Революция в праве была тесно связана с революцией в церкви, которые, в свою очередь, были тесно связаны с революцией в сельском хозяйстве

и торговле, подъемом городов и королевств как самостоятельных территориальных владений, подъемом университетов и схоластической мысли и другими важными переменами, которые сопровождали рождение Запада в том виде, как он себя мыслил (и как мыслили его другие) на протяжении следующих восьми с лишним столетий. Название “Папская революция” не стоит понимать узко, как и название “Пуританская революция” в применении к истории Англии с 1640 по 1660 г., оно ведет дальше, за свой предел.

Временная протяженность Папской революции не ограничена относительно коротким периодом в несколько лет, когда она была, так сказать, в расцвете, то есть во время понтификата папы Григория VII. Русская революция ведь тоже не ограничивается теми несколькими годами, когда Ленин привел большевиков к власти. Можно датировать начало Папской революции 1075 годом, когда Григорий провозгласил главенство папы над всей церковью, церковную независимость от светской власти и верховенство церкви над ней, а конец — 1122 годом, когда был достигнут окончательный компромисс между папской и императорской властями. Однако, отзвуки ее на этом не затихли: силы, приведенные тогда в движение, продолжали действовать еще многие века.

Многие историки чуждаются объяснений, которые включают столь длинные промежутки времени. Эти ученые с куда большим удовольствием приписывают данные условия причинам либо современным им, либо непосредственно им предшествующим. Но если поставить этот вопрос остро, трудно отрицать, что текущие условия часто в значительной степени определяются событиями, которые произошли за несколько столетий до этого. Например, если попытаться объяснить кризис расовых отношений в Соединенных Штатах Америки во второй половине XX в., то нельзя будет обойтись без Декларации независимости 1776 г., решения вопроса о рабстве в Конституции США 1789 г., Гражданской войны 1861—1864 гг. Несомненно, именно Американская революция запустила тот механизм, который потом обеспечил освобождение рабов и в конце концов привел к борьбе за гражданские права.

Западный характер национальных революций. Как и протестантская Реформация в Германии, Английская революция, Американская революция, Французская и Русская были, конечно же, национальными революциями. Напротив, Папская революция носила транснациональный характер. Она захватила всю Европу и проводилась от имени духовенства, руководимого папой, против императорского, королевского и феодального господства. Ясно, что Папскую революцию можно назвать западной, или европейской, но правомерно ли также характеризовать и национальные революции? В связи с этим вопросом следует сделать два замечания, которые имеют прямое отношение к пониманию Папской революции.

Во-первых, все национальные революции, начиная с XVI в., за исключением Американской, были направлены отчасти против католической (в России — русской православной) церкви, и все они перенесли большие разлады канонического права из церкви в национальное государство, таким образом секуляризуя их. Следовательно, при изучении правовых систем, как церковных, так и светских, созданных в конце XI, в XII и XIII вв. под влиянием Папской революции, следует иметь в виду, что многие элементы этих систем постепенно перешли в светское право всех европейских госу-

дарств под влиянием национальных революций. В этом отношении национальные революции носили интернациональный характер.

Во-вторых, все великие национальные революции Запада были также по самой своей природе западными революциями. Каждая из них готовилась в нескольких странах. Протестантская Реформация, прежде чем разразиться в Германии, подготовлялась Уиклифом в Англии и Гусом в Богемии, а также множеством активных реформаторских течений во всех странах Европы. Пуританское движение в Англии не только основывалось на учении швейцарского реформата Жана Кальвина, но и имело тесные связи с кальвинистскими течениями в Голландии и других странах континента. Просвещение XVIII в. было явлением общезападного масштаба; оно создало идеологическую основу не только для Американской и Французской революций, но и для агитации за радикальные перемены в Англии и других странах. Русская революция родилась внутри международного коммунистического движения, основанного двумя немцами, а корни ее лежат в Парижской коммуне 1870 г.

Точно так же эти национальные революции, начавшись, немедленно находили отклик в масштабе всего Запада. Непосредственной реакцией на их начало были страх и враждебность — страх перед распространением революционной заразы, враждебность к стране, являющейся ее переносчиком. Наконец, лет через двадцать-тридцать, когда революция на своей родине уже затихала, соседи принимали ее в смягченной форме. Так, после того как утихла лютеровская Реформация в Германии, в Англии, Франции и других странах появились абсолютные монархии с сильной государственной службой, после спада пуританской революции в Англии на европейском материке в конце 1600-х — начале 1700-х гг. возникли конституционные монархии и квазипарламентские учреждения, когда затихли Французская и Американская революции, англичане в 1832 г. расширили контингент избирателей и включили в него средний класс, а после того как утихла революция в России, в Западной Европе и США в 1930-х гг. появились правительства “социалистов” или “нового курса”.

Еще более важно, что правовые учреждения разных народов Европы, хотя они и приобретали, начиная с XVI в., все более национальный и все менее европейский облик, тем не менее сохранили свой западный характер. Это справедливо, несмотря на то что светские суды и светское право все более стесняли рамки юрисдикции церковных судов и канонического права, да и сама католическая церковь все больше национализировалась.

И тем не менее существовали многочисленные узы между разными национальными системами права. Все эти системы разделяют некоторые основные способы категоризации. Например, все они находят равновесие между законодательством и вынесением судебных решений, а в вынесении решений — баланс между законами и иными нормативными актами и судебными прецедентами. Они проводят резкую границу между гражданским правом и уголовным правом. Во всех этих системах преступления анализируются, как впервые сделал Абельяр в начале XII в., с точки зрения деяния, умысла или небрежности, причины, обязанности и других сходных понятий. В целом гражданские обязательства кодексом или фактически подразделяются на договор, деликт и неосновательное обогащение (квазидоговор). За этими и многими другими сходными категориями анализа лежат общая политика и общие ценности. Например, когда в 1930 г. в национал-социалистской Германии

был принят законодательный акт, по которому преступлением считалось всякое деяние, которое “заслуживает наказания согласно здоровому народному чувству (*gesundes Volksgefühl*)”, в других странах это восприняли как нарушение традиционной западной концепции законности. Постоянный международный суд отменил аналогичный закон вольного города Данцига, основанный на немецком акте, как противоречащий верховенству права, правому государству (*Rechtsstaat*).

В погоне за тысячелетием. Важный элемент каждой из великих революций западной истории — это апокалипсическое видение будущего. Каждая из них была больше чем политической программой, даже больше чем страстной борьбой за переделку, исправление мира. Каждая великая революция являла собой приверженность эсхатологическим убеждениям — мессианской вере в конец времен, убежденности в том, что история движется к развязке. В католической, лютеранской и пуританской революциях эта эсхатология была выражена в библейской терминологии. Христианские революционеры предвидели “новые небеса и новую землю”. Они мечтали об исполнении пророчества о тысячелетнем мире на земле между Вторым пришествием и Страшным Судом. “И увидел я новое небо и новую землю, ибо прежнее небо и прежняя земля миновали... И я, Иоанн, увидел святой город Иерусалим, новый, сходящий от Бога с неба... И сказал сидящий на престоле: се, творю все новое” (Откр. 21,1-5). В случае Американской, Французской и Русской революций эсхатология носила светский характер: новая, заключительная эра свободы и равенства, конец долгой истории угнетения человека, заря справедливого общества.

В своей книге “В погоне за тысячелетием” Норман Кон написал о другом виде явления, которое он назвал “революционным милленаризмом”. Он сосредоточил свое внимание на многочисленных хилиастических движениях среди “лишенных корней бедняков” Западной Европы с XI по XVI в. Эти движения включали народные крестовые походы, движения флагеллантов, ересь свободного духа, некоторые крестьянские восстания, движение таборитов. Почти все они были слабо организованы, спонтанны и носили либо анархистский, либо коммунистический характер, либо тот и другой вместе. “Для такого рода движений характерно, — пишет Кон, — что его цели и исходные посылки не имеют границ. (Участники) рассматривают социальную борьбу не как борьбу за определенные, ограниченные цели, а как... катаклизм, из которого мир должен выйти полностью исправленным и искупившим грехи”¹⁸.

Разница между явлением, описанным Коном, и апокалиптизмом великих революций — великих успешных революций — в истории Запада состоит в том, что цели и посылки последних были одновременно и безграничны, и конечны; их задачи были не только универсальны и неограниченны, но в то же время определены и ограничены. Это были революции милленаризма, но они были также хорошо организованы и политически изощренны. Живое и тонкое описание милленаристских движений особого типа, сделанное Коном, привело его и других исследователей к сравнению их с современными революционными движениями, как левыми, так и правыми¹⁹. Однако исторические корни по крайней мере некоторых из этих современных движений, в особенности коммунистического “милленаризма” XIX и XX вв., надо искать

не в описанных Коном “диких” движениях, а в успешных революциях, на окраинах которых они возникли.

Эти успешные революции основывались на христианской эсхатологии, а та, в свою очередь, на представлении иудаизма о движении истории к своему высшему откровению, к развязке. В отличие от других индоевропейских народов, включая греков, считавших, что время движется вечно повторяющимися циклами, древние евреи воспринимали время как непрерывное, необратимое и историческое, ведущее в конце к итоговому искуплению грехов. Однако они также считали, что внутри времени есть периоды. Время не циклично, но его можно прервать или ускорить. Оно развивается. Ветхий Завет — это не только история перемен, но история развития, роста, движения к мессианской эре. Движение это, правда, неровное, со многими откатываниями назад, но все-таки это движение вперед. Важный элемент к иудаистскому понятию времени добавило христианство: элемент превращения старого в новое. Еврейская Библия стала Ветхим Заветом, ибо смысл ее был трансформирован осуществлением ее предсказаний в Новом Завете. В истории Воскресения смерть превратилась в начало. Время не только ускорилося, но и обновилось. Благодаря этому возникла новая структура истории, в которой имелось фундаментальное превращение одной эры в другую. Считалось, что такое превращение может произойти только единожды: жизнь, смерть и воскресение Христа мыслились единственным значительным перерывом в ходе линейного времени от сотворения мира до его полного конца.

Таким образом, христианская концепция обновления основана на убеждении в конечности мира. Она также основана на убеждении, что конец неотвратим, он “грядет”. “Христианское чувство истории, — пишет Норман О.Браун, — это ощущение жизни в последние дни. Дети, настал последний час. Христианская эра вся целиком находится в этих последних днях... Христианин молится о конце света: чтобы он пришел скоро. Цель — привести этот мир к концу. Вопрос только — как? Ведь ошибка здесь может дорого обойтись”²⁰.

Розеншток-Хюсси показал, как вера в конец времен, конец света, повлияла на великие революции в истории Запада. Каждая из этих революций переводила состояние смерти и возрождения в иную концепцию государства и церкви²¹. Когда Просвещение и либеральная теология в XVIII—XIX вв. отвергли христианскую эсхатологию, ее место заняла светская эсхатология. “Ни один народ, — пишет Розеншток-Хюсси, — не в состоянии жить без веры в окончательную победу над чем-нибудь. Так что, пока теология спала, миряне устремились к иным источникам Последнего” — к эсхатологии Карла Маркса, с одной стороны, и Фридриха Ницше — с другой²².

До великого реформаторского движения XI в. церковь и на Востоке, и на Западе учила, что конец времен настанет не в этом мире, материальном, а в духовном; не в историческом времени, а в вечности. У Св.Августина это один из важнейших моментов противоположности между градом земным и градом Божьим. Град земной находится в постоянном разложении. Те, кто живет в конце времен, уже не от мира сего. Для Августина понятия “мир” и “время” обозначались одним словом — *saeculum*. Для *saeculum* не было надежды искупления: его можно было только покинуть ради области духа. Св.Августин и церковь вообще на протяжении первых десяти веков были про-

тив революционных миллениаристских движений вроде описанных Коном, которые пытались превратить экономические реалии “здесь” и “сейчас” в небесное царство духа. Считалось, что второе рождение верующего христианина, равно как и возрождение всего человечества, относится только к вечной душе, которая переживает такое второе рождение или возрождение, только “умерев для этого мира” прежде всего через монашество.

Точно так же, когда христианство впервые пришло к германским народам Западной Европы, оно предстало как вера иного мира, касающаяся священного и святого и имеющая мало что сказать о существующих военных, политических, экономических порядках, разве что обесценить их.

В конце XI и начале XII в. впервые оказалось, что возрождение можно применить и к светскому обществу. Реформаторы поместили себя в начало и конец нового светского времени, они протянули руку назад в прошлое, чтобы достичь будущего. Они видели себя на поворотном пункте истории, в начале новой эры, которая, как они думали, является последней перед Страшным судом. Это был новый перелом в христианской эре, он сочетал древнегреческую идею циклических возвратов, древнееврейскую мысль о линейном движении к предначертанному концу и раннехристианское представление о духовном рождении или возрождении.

Каждая из великих революций, начиная с Папской революции 1075 г., проводила резкую границу между тем, что было до нее, “старым”, и тем, что пришло с ней и после нее, “новым”. Каждая из них также помещала исторически старое и новое в рамки исходного создания, природного состояния, и заключительного конца, окончательной победы. Без веры в то, что этот мир, эти времена, эти светские учреждения человеческого общества можно возродить и что такое возрождение поведет к исполнению высшей судьбы человечества, не было бы великих революций Запада.

В более конкретном плане вера в то, что человек способен возродить мир и что ему необходимо это сделать для исполнения своего высшего предназначения, создала основу и для сознательной атаки на существующий порядок, и для сознательного установления нового порядка. Священное употреблялось в качестве меры светского порядка. Так, реформаторы XI в. стали судить императоров, королей и феодалов согласно принципам, взятым из божественного и естественного права. Партия папы осудила императора за то, что он предал должность правителя церкви, и обвинила его в том, что у него нет права на эту должность. Так бросил вызов Даниил Навуходносору: “И вот что начертано: мене, мене, текел, упарсин. Вот и значение слов... текел — ты взвешен на весах и найден очень легким” (Дан.5,25-27). “Свобода церкви”, лозунг Папской революции, оправдывалась Божьей волей. Точно так же было и в последующие великие революционные эпохи истории Запада: против существующей властной структуры привлекались высшие стандарты. Когда Карл Маркс, цитируя Прудона, сказал: “Собственность — это воровство”, он изъяснялся в западной миллениаристской традиции: вся экономическая и политическая система была взвешена на весах конца времен, *eschaton*, и найдена очень легкой.

Революционное право. Революционная вера в конец времен, в заключительное тысячелетие, помогает нам понять, как не только свергается старое право, но и воплощается революция в новой системе права. Это не могло

произойти сразу. Ни одной из великих революций не удалось отменить до-революционные законы в первый же день и установить новую прочную систему революционного права во второй. Например, большевики в 1917 г. объявили, что отменяют наследование, но одновременно приняли декрет, по которому имущество размером до 10 тысяч рублей золотом продолжало переходить к наследникам, пока не будет разработана система управления меньшими наследствами. Однако оказалось невозможно выработать систему, по которой государство могло бы эффективно наследовать корову, домашнюю мебель, предметы искусства и даже деньги. Затем выход увидели в очень высоком налоге на наследство; но эта мера в конце концов вступала в конфликт с попытками обеспечить стабильность семьи, а кроме того, ее легко было обойти подарками в предвидении смерти наследодателя.

Каждая из революций переживала промежуточный период, когда новые законы, декреты, инструкции, приказы стремительно рождались и так же стремительно исправлялись, отменялись или заменялись. Однако в конце концов каждая из этих революций примирялась с дореволюционным правом и восстанавливала многие его элементы путем включения их в новую систему, отражавшую основные цели, ценности и убеждения, ради которых совершалась революция. Так, новые системы права, установленные великими революциями, изменяли традицию права, в то же время оставаясь внутри нее.

Лютеранская Реформация и революция немецких княжеств, которая ее воплотила, разрушили католический дуализм церковного и светского права путем отнятия юридических свойств у церкви. Там, где победило лютеранство, церковь стала считаться аполитичной, внеправовой; единственным сувереном, единственным законом в политическом смысле стал закон светского королевства или княжества. Ведь непосредственно перед этим временем Макиавелли употребил слово “государство” в новом смысле, для обозначения чисто светского общественного порядка. Лютеранские реформаторы были в каком-то смысле макиавеллистами: они скептически относились к способности человека создать такой человеческий закон, который отражал бы закон вечный, и активно отрицали, что создание человеческого закона является задачей церкви. Этот лютеранский скептицизм позволил возникнуть теории права — юридическому позитивизму, который принимает закон государства как морально нейтральный, средство, но не цель, орудие для выражения воли суверена и обеспечения покорности ей. Но секуляризация права и появление позитивистской теории права составляют лишь одну сторону вклада Лютеранской Реформации в западную традицию права. Есть и вторая важная сторона: освободив право от теологической доктрины и прямого церковного влияния, Реформация позволила ему пережить новый, великолепный расцвет. По словам великого немецкого юриста и историка Рудольфа Зоме, “Лютеранская Реформация была обновлением не только веры, но и мира: мира духовной жизни и мира права”²³.

Ключом к обновлению права на Западе, начиная с XVI в., стала лютеранская концепция способности индивида по Божьей милости изменять природу и усилием своей воли создавать новые общественные отношения. Лютеранская концепция индивидуальной воли стала центральной для развития права собственности и договорного права в новое время. Разумеется, развитое и изощренное право собственности и договорных отношений существовало

уже в течение нескольких веков как в церкви, так и в торговом сообществе, но в лютеранстве старые правила сплывались в новую конструкцию. Природа стала собственностью. Экономические отношения стали договором. Совесть стала волей и намерением. Завещание, которое в предшествующей католической традиции было средством спасения душ через благотворительные дары, стало преимущественно средством управления социальными и экономическими отношениями. Обнажив перед смертью свою волю, свое намерение, завещатели могли распорядиться своей собственностью после смерти, а предприниматели могли устроить свои деловые отношения по договору. Имущественные и договорные права, созданные таким образом, объявлялись священными и нерушимыми, если только они не шли вразрез с совестью. Совесть придавала им святость. И таким образом, секуляризация государства в ограниченном смысле снятия с него церковного контроля сопровождалась одухотворением, даже освящением собственности и договора.

Поэтому несправедливо говорить, что лютеранство не поставило преград неограниченной политической власти абсолютных монархов, правивших в Европе в XVI в. Считалось, что создание действующего права всецело лежит на государе, однако предполагалось, что при употреблении своей воли он будет считаться с индивидуальной совестью подданных, то есть будет уважать их собственность и договорные права. Это предположение базировалось на, прямо скажем, шатком основании из четырех веков истории, за которые церковь сумела весьма значительно христианизировать право (особенно, если вспомнить первоначальный уровень культурной жизни германских народов). Так, лютеранский позитивизм, который отделяет право от морали, отказывает церкви в законодательной роли и находит высшую санкцию права в политическом принуждении, тем не менее предполагает существование христианской совести у народов и государств, управляемых христианскими монархами.

Немного более поздняя форма протестантизма — кальвинизм — также оказал глубочайшее влияние на развитие права на Западе, особенно в Англии и Америке. Пуритане подхватили лютеранскую концепцию святости индивидуальной совести, а также, в области права, святости индивидуальной воли, отраженной в правах собственности и договорных правах. Но они подчеркнули два элемента, которые занимали в лютеранстве подчиненное положение. Это, во-первых, вера в то, что не только христианские правители, а все христиане должны исправлять мир²⁴, а во-вторых, убеждение в том, что местная конгрегация под предводительством выборных священника и старейшин является средоточием истины, “братством активных верующих” и стоит выше, чем любая политическая власть²⁵. Активные пуританские конгрегации, имевшие твердое намерение перевоспитать мир, готовы были бросить вызов самым высоким властям церкви и государства, отстаивая свою веру, что они и делали на основании индивидуальной совести, а также апеллируя к божественному праву, ветхозаветному Моисееву закону и концепциям естественного права, воплощенным в средневековой традиции права.

Как раннехристианские мученики основали христианскую церковь благодаря тому, что они ослушались римского закона, так и пуритане XVII в., среди которых были такие люди, как Джон Хэмпден, Джон Лилберн, Уолтер Удалл и Уильям Пенн, благодаря своему открытому непослушанию англий-

скому закону заложили фундамент английского и американского законодательства гражданских прав и свобод, выраженных в конституциях обеих стран: свободы слова и печати, свободы отправления религии, непринуждения к даче невыгодных для себя показаний, независимости жюри от предписания судьи, права не быть заключенным в тюрьму без причины и многих других прав и свобод²⁶. Кальвинистский конгрегационализм также обеспечил религиозную основу таких возникших в новое время понятий, как общественный договор и правительство с согласия управляемых²⁷.

Пуританизм в Англии и Америке и пиеизм, его брат на Европейском континенте, были последними крупными движениями внутри институциональной церкви, которые сколько-нибудь значительным образом повлияли на развитие западного права. Конечно, в XVIII и XIX вв. и католическая церковь, и различные лютеранские деноминации продолжали оказывать давление на право в разных направлениях. Несомненно, пророческое христианство продолжало играть чрезвычайно важную роль в осуществлении реформы права, например в отмене рабства, защите труда, вообще в развитии законодательства по защите неимущих слоев населения. А с другой стороны, несомненно, что организованная религия продолжала поддерживать статус-кво, каким бы он ни был. Но важный фактор в этом отношении и в XIX в., и даже еще больше в XX, тот, что традиционная религия очень постепенно сводилась на уровень личного, частного дела, без всякого общественного влияния на развитие права, в то время как другие системы убеждений — новые светские религии — поднялись на уровень страстной веры, за которую люди были готовы не только коллективно умереть, но и жить новой жизнью.

Именно Американская и Французская революции подготовили почву для новых светских религий, то есть для того, чтобы влить в светские политические и общественные движения религиозную психологию вместе с множеством религиозных идей, которые раньше выражались в разных формах католицизма и протестантизма. Сначала некая религиозная ортодоксия сохранялась в деистической философии. В последней, впрочем, было мало той психологии, которая является сердцем религиозной веры. По-настоящему религиозной была у великих революционных умов конца XVIII—начала XIX в. (таких, как Руссо и Джефферсон) как раз не вера в Бога, а вера в Человека, отдельного Человека, его Природу, его Разум, его Права. Политические и социальные философии, выросшие из Просвещения, были религиями, потому что они приписывали высший смысл и святость индивидуальному разуму и, следует тут же добавить, нации. Век индивидуализма и рационализма был также веком национализма — индивид был гражданином, и общественное мнение оказалось вовсе не мнением человечества, а мнением французов, мнением немцев, мнением американцев.

Индивидуализм, рационализм, национализм — это триединое божество демократии — нашли юридическое выражение в превознесении роли законодательного органа и последующем сокращении (кроме, как в США) законотворческой роли судебных органов; в освобождении действий индивида от контроля общества, особенно в экономической сфере; в требовании кодификации уголовного и гражданского права; в попытке сделать предсказуемыми право-

вые последствия индивидуальных действий (опять-таки в экономической сфере). Эти “правовые постулаты”, как назвал бы их Роско Паунд²⁸, считались не только полезными, но и справедливыми и не только справедливыми, но и составляющими часть естественного порядка вселенной. Казалось, сама жизнь получает смысл с помощью этих и сходных с ними принципов правовой рациональности, чьи исторические истоки в теологических доктринах естественного права очевидны.

Первой великой светской религией на Западе стала либеральная демократия. Это была первая идеология, которая рассталась с традиционным христианством и в то же время взяла от традиционного христианства его чувство священного и ряд его основных ценностей. Но, став светской религией, либеральная демократия очень скоро встретила соперника — революционный социализм. А когда после сотни лет революционной активности в Европе коммунизм наконец захватил власть в России в 1917 г., его доктрины приобрели святость не терпящего возражений откровения, а его руководители — ореол высших священнослужителей. Более того, коммунистическая партия обладала аскетизмом монашеского ордена. Не случайно во время чисток после второй мировой войны верные коммунисты в Европе говорили: “Нет спасения вне партии”.

Правовые постулаты социализма, хотя они и отличаются во многих отношениях от либерально-демократических, имеют с ними общего предка в мире христианства. Советский “Моральный кодекс строителя коммунизма”, например, который советские школьники должны были учить наизусть и который брался за основу советской правовой политики, содержит среди прочих такие принципы: “сознательный труд на благо общества — кто не работает, тот не ест”; “забота каждого о сохранении и приумножении общественного богатства”; “коллективизм и товарищеская взаимопомощь — один за всех и все за одного”; “честность и правдивость, моральная чистота, скромность, нетребовательность в общественной и личной жизни”; “бескомпромиссное отношение к несправедливости, паразитизму, нечестности, карьеризму, стяжательству”; “бескомпромиссное отношение к врагам коммунизма”; “братская солидарность с трудящимися всех стран и со всеми народами”²⁹. Советские законы поразительно напоминают пуританский кодекс Массачусеттской колонии, “Корпус свобод” 1641 г., в его наказании идеологических отклонений, безделья и личной аморальности³⁰. Советская система активно подчеркивала воспитательную роль закона и всенародное участие в юридических процедурах и наблюдении за исполнением законов — через товарищеские суды, народную дружину и путем отдания людей на поруки коллективу предприятия или квартала. Более того, все это делалось во имя эсхатологии, которая предвидит окончательное исчезновение принуждения и самого права, когда будет создано коммунистическое общество, в котором каждый человек будет относиться к другому опять же, по выражению “Морального кодекса строителя коммунизма”, как “друг, товарищ и брат”. То, что для достижения этой утопической мечты используются сильные меры принуждения и официального права, никак не расходится с ней.

Кризис западной традиции права

Никак нельзя научно доказать тот факт, что западная традиция права, да и западная цивилизация в целом переживают в XX в. величайший в своей истории кризис. Этот факт из разряда тех, которые чувствуешь интуитивно. Я могу только засвидетельствовать, так сказать, собственное ощущение, что мы находимся в середине беспрецедентного кризиса правовых ценностей и правовой мысли, кризиса, в котором ставится под сомнение вся наша традиция права — не только так называемые либеральные концепции последних нескольких столетий, но сама структура западного правового порядка, корни которого находятся в XI и XII вв.

Этот кризис зародился как внутри западного опыта, так и вне его. Изнутри общественные и экономические и политические перемены беспрецедентного размаха вызвали огромное напряжение в правовых институтах, правовых ценностях, правовых понятиях буквально всех стран Запада. Однако и в прошлом бывали периоды революционных переворотов, угрожавшие уничтожить основные элементы западной традиции права, но традиция выжила. Новое сегодня то, что испытанию подвергается традиция права в целом, а не просто отдельные ее элементы или аспекты; и это проявляется прежде всего в конфронтации с западными цивилизациями и западными философиями. В прошлом Человек Запада уверенно нес с собой свой закон по всему миру. Однако сегодня мир подозрительно относится к западной “законности”, еще подозрительнее, чем раньше. Человек Востока и Человек Юга предлагают иные альтернативы. Да и сам Запад засомневался в универсальной пригодности своего традиционного представления о праве, в особенности для незападных культур. Право, раньше казавшееся “естественным”, оказывается всего лишь “западным”. А многие говорят, что оно и для Запада устарело.

Иногда этот кризис рассматривается в несколько менее апокалиптических терминах: дескать, под сомнение ставятся не фундаментальные принципы законности, как она понимается на Западе уже девять столетий, а скорее применение таких принципов к новым обстоятельствам XX в., и уж в крайнем случае — определенные “либеральные” или “буржуазные” варианты законности, преобладавшие начиная с XVIII или, возможно, XVI или XVII в. Говорят, что во всех странах Запада право уходит от индивидуалистских посылок, сопровождавших перемену от “средневекового” к “новому” политическому, экономическому и социальному порядку, в направлении того или иного рода коллективизма. С этой точки зрения кризис права в XX в. сравним по масштабу с предшествующими кризисами западной традиции права, такими, какие происходили после Французской революции 1789 г., Английской революции 1640 г. или революции в Германии 1517 г. Говорится, что как эти революции возвестили новую эру, заменив “феодальное” право “капиталистическим”, так Русская революция 1917 г. ввела новую эру, в которой “социалистическое” право заменяет собой буржуазное, или капиталистическое.

Несомненно, что в XX в. буквально все нации Запада пережили введение всепроникающего контроля правительства над основными аспектами экономической жизни. Многие страны национализировали промышленное производство и ввели единое государственное экономическое планирование.

Другие страны приняли государственный капитализм, когда непосредственная ответственность за производство, распределение и вложение капитала находится в руках крупных корпораций, однако они подлежат прямому и непрямоу контролю государственных органов. Высказывание Ленина, сделанное в 1921 г. о советской экономике, сейчас все более приложимо к экономике других стран: “Для нас все, что относится к экономике, является предметом публичного, а не частного права”. Например, в Соединенных Штатах теперь преобладают те отрасли административного права, которые почти не существовали до Великой депрессии начала 1930-х гг.: налогообложение, отношения трудящихся и администрации, законодательство о ценных бумагах, жилье, социальное страхование, защита окружающей среды и дюжина других.

Кроме того, то, что считалось раньше частным правом, в XX в. также было трансформировано радикальной централизацией и бюрократизацией экономической жизни, аспектом или последствием которых является социализм в той или иной форме. Например, договорное право, которое во всех западных правовых системах по традиции считалось сводом правил для исполнения добровольных соглашений согласно намерению сторон — в широких границах, установившихся в общественной жизни, — в XX в. изо всех сил пыталось приспособиться к совершенно новой экономической ситуации, когда подробные условия важнейших видов договоров специально определяются законодательством или перечисляются в стандартных формах, предлагаемых крупными компаниями без допущения всяких переговоров по их изменению. Так же и в праве собственности государственные интересы и интересы крупного бизнеса лишили большинство частных собственников очень большой доли их прав собственности, то есть того, что раньше считалось правами собственности, в то же время навязав им обязательства, которые объясняются в терминах скорее административного права, чем гражданского. По всему Западу собственность корпораций, коммерческая и промышленная собственность, включая и жилье, все больше регулируется административным законодательством, а индивидуальный собственник не смеет посадить дерево или сделать пристройку к кухне без правительственного разрешения.

Сходным же образом законодательство о гражданско-правовом деликте, которое ранее воспринималось как свод правил для компенсации ущерба, нанесенного намеренными или неосторожными неправильными действиями, претерпело изменения из-за стремительного распространения страхования от ответственности за вред, нанесенный невинными действиями, сопровождающими разные формы экономической деятельности (так называемая абсолютная ответственность, основания для которой, а следовательно, и ее пределы остаются в значительной степени неразъясненными). Одни говорят, что “общее договорное право”, то есть свод основных понятий и доктрин, который был выдвинут в XIX в. как “право договора”, применимое ко всем и всяким видам договорных сделок, уже умерло и что принципы ответственности за нарушение договора все чаще следует искать в законодательстве о деликтной ответственности³¹. Другие же заявляют, что общее законодательство о деликтной ответственности, также выдвинутое в XIX в., умерло тоже. Разделение права на публичное и частное и дальнейшее подразделение на такие самодостаточные области, как гражданское право, уголовное право, административное пра-

во и т.п., явилось продуктом юридической мысли Просвещения XVIII в. и было установлено Французской революцией. Оно распространилось в Европе и в конце концов достигло Соединенных Штатов. Оно не могло пережить развитие социализма в XX в. — была ли это полномасштабная плановая экономика коммунистических стран или менее всеобъемлющие, просто “общественные” формы правительственного контроля, применяемые в некомунистических странах Запада.

Фундаментальные перемены на всем Западе коснулись не только того, что традиционно называлось публичным правом и частным правом, но и того, что можно назвать социальным правом, которое включает семейное право, равно как и законы, касающиеся расовых отношений, классовых отношений, отношений полов и поколений. Брак и семья все больше становились консенсуальным делом, в то время как родительская власть над детьми существенно уменьшилась. Семью все больше оставляли в покое, а общественные отношения расы, класса, пола все более подвергались ограничению закона, с целью предотвратить эксплуатацию. Эти перемены тоже отчасти связывались с социалистическим движением, хотя они имеют лишь косвенное отношение к правительственному контролю над экономикой. В любом случае, и они тоже представляют такие правовые новшества, которые нелегко примирить с традиционными категориями права.

Уголовное право также претерпело коренные изменения практически во всех странах Запада в результате процессов интеграции и коллективизации экономики, урбанизации, массового производства, индустриализации и прочих связанных с ними явлений. Появились новые виды преступности: крупные хищения “общественной” собственности, принадлежащей как крупным компаниям, так и государству; преступность “белых воротничков”, которая включает уклонение от уплаты налогов, присвоение средств, нарушение антитрестовского законодательства; торговля наркотиками и прочая городская уличная преступность; а также политические и идеологические преступления, которые стали преобладать над такими “традиционными” преступлениями, как убийство, изнасилование, взлом, ограбление, поджог. Критические изменения в природе и сфере распространения преступности сопровождалась столь же важными изменениями в теориях преступления и наказания и в практике наблюдения за соблюдением законов.

Эти и другие изменения в правовых системах стран Запада можно назвать революционными не только в том смысле, что они являются фундаментальными изменениями, которые произошли относительно быстро, но и в том смысле, что они явились ответом на революционный политический, экономический и социальный переворот. В России и некоторых других странах этот переворот принял форму классической революции, когда один политико-социально-экономический порядок и одна система убеждений были насильственно заменены другими. В других странах эти перемены приняли смягченную форму. Это было гораздо больше, чем техническая революция. Это была также и политическая и идеологическая революция.

История западного права сейчас находится на повороте столь же крутом и столь же решающем, как тот, который был озаглавлен Французской революцией 1789 г., Английской революцией 1640 г., революцией в Германии

1517 г. Уже не одно поколение после начала Русской революции наблюдает, и не только в России, но и на Западе в целом, существенный разрыв с индивидуализмом традиционного права, подразумевавшего упор на частную собственность и свободу договора, ограничения на ответственность за вред, нанесенный предпринимательской деятельностью, жесткое моральное отношение к преступности, прочие базовые постулаты. И напротив, они наблюдают поворот к коллективизму в праве, к государственной и общественной собственности, к регулированию договорной свободы в интересах общества, к расширению ответственности за нанесенный предпринимательской деятельностью вред, к утилитарному, а не моральному отношению к преступности, к иным базовым постулатам.

Эти радикальные перемены представляют собой суровый вызов традиционным западным правовым учреждениям, процедурам, ценностям, понятиям, правилам и образу мыслей. Они угрожают объективности права, так как делают государство невидимой стороной в большинстве правовых действий между гражданами или юридическими лицами, — то самое государство, которое и ввело в действие применимое право и назначило суд. Это невидимое давление возрастало в коммунистических странах, ибо там наблюдался сильный централизованный контроль не только над экономической жизнью, но и над политической, культурной, идеологической. В некоммунистических же странах такой централизованный контроль во внеэкономической сфере тоже усилился, хотя там он больше находится в руках крупных бюрократических организаций, чем собственно государства.

Поскольку нынешний кризис сравним с революционными кризисами, потрясавшими западную традицию права в прошлом, то для его преодоления можно призвать на помощь ресурсы всей этой традиции, как это случилось при прежних революционных кризисах. Однако нынешний кризис куда глубже. Это кризис не только индивидуализма, как он развился начиная с XVIII в., или либерализма, как он развился начиная с XVII в., или же секуляризма, как он развился начиная с XVI в. Это и кризис всей традиции, как она существует с конца XI в.

Только четыре — первые четыре — из десяти основных отличительных черт западной традиции права продолжают характеризовать западное право сегодня.

1. Право все еще относительно автономно в том смысле, что оно продолжает отделяться от политики и религии, как и от других видов общественных институтов и других научных дисциплин.

2. Как и прежде, право поручено развивать профессиональным специалистам права, законодателям, судьям, адвокатам и правоведам.

3. Продолжают процветать юридические учебные заведения, в которых правовые учреждения концептуализируются и в определенной степени систематизируются.

4. Такое юридическое обучение продолжает составлять метаправо, с помощью которого правовые учреждения и правила оцениваются и объясняются.

Важно подчеркнуть выживание этих четырех характерных черт права. Ведь в России в первые послереволюционные годы и в начале 1930-х гг., как и в предыдущих великих революциях, мощным атакам подвергались такие

атрибуты права, как автономность, профессионализм, научность. В других странах Запада также время от времени, в 20—30-х гг., отчасти под влиянием марксизма-ленинизма, выдвигались предложения об упразднении права и юристов или, в крайнем случае, о резком ограничении их значения как явлений ненужных и вредных для общества. В 1960-х и начале 1970-х гг. китайская революция всерьез подхватила этот клич; были закрыты все юридические учебные заведения и исчезли почти все юристы. И только с конца 1930-х гг. в Советском Союзе и с конца 1970-х гг. в Китайской Народной Республике этот “правовой нигилизм” стал осуждаться.

Остальные же шесть характерных черт, приписываемых западной традиции права, были резко ослаблены во второй половине XX в., особенно в США.

5. Право в XX в. как в теории, так и на практике все меньше воспринимается как связанное целое, свод, организм, *corpus juris* и все больше как мешанина, каша из сиюминутных решений и противоречащих друг другу норм, соединенных только общими “приемами”, “техникой”. Старое метаправо разрушилось, и его сменил своего рода цинизм. Созданная в XIX в. категоризация по областям права все чаще воспринимается как устаревшая. Еще более старые структурные элементы права, например формы судебного иска в Англии и Америке, которыми когда-то было объединено обычное право и про которые Мейтленд в 1906 г. сказал, что “они продолжают править нами из могилы”, почти совсем забыты. Проведенное в XVI в. разделение всего права на публичное и частное сдалось под натиском явления, которое Роско Паунд в середине 1930-х гг. назвал “новым феодализмом”. Однако этот феодализм лишен одного неперемennого атрибута — иерархии источников права, благодаря которой можно разместить в системе множество юрисдикций и привести в гармонию противоречивые правовые нормы. В связи с отсутствием новых теорий, которые могли бы упорядочить правовую структуру и придать ей последовательность, остается призвать на помощь примитивный прагматизм, оправдывающий отдельные правила и решения.

6. Убежденность в росте права на протяжении поколений и веков, в его продолжающемся характере тоже существенно поколеблена. Широко распространено убеждение, что видимое развитие права через новую интерпретацию прошлого, неважно, представлено это прошлое прецедентом или кодификацией, — это момент чисто идеологический. Право представляется не имеющим собственной истории, а та история, на которую оно претендует, объявляется в лучшем случае хронологией, в худшем — вообще иллюзией.

7. Те перемены, которые происходили в праве в прошлом, как и те, которые имеют место ныне, считаются не ответом на внутреннюю логику роста права, не разрешением напряженности между наукой и практикой права, а результатом давления внешних сил.

8. Мнение, что право переходит пределы политики, что в любой данный момент или, по крайней мере, в его историческом развитии право отлично от государства, видимо, все более уступает место представлению о праве как инструменте государства, то есть средстве исполнения воли тех, у кого в руках политическая власть.

9. Источник главенства права в множественности правовых юрисдикций и правовых систем внутри одного правового порядка находится в XX в.

под угрозой, ибо в каждой стране наблюдается тенденция к поглощению разнообразных юрисдикций и систем одной центральной программой законодательства и административного регулирования. Церкви давно уже перестали составлять эффективный правовой противовес светским властям. Обычай торгового и других автономных сообществ или профессий внутри экономического и общественного порядка подавлен законодательным и административным контролем. Международное право теоретически расширило свои притязания на то, чтобы превалировать над национальным правом, однако на практике национальное право либо специально включает международное право, либо сделало обращение к нему недоступным для отдельных граждан. В федеративных системах, таких, как США, возможность перейти из одного суда в другой сильно сократилась. Двухсотлетней давности концепция Блэкстона о том, что мы живем под началом значительного числа разных правовых систем, едва ли имеет параллель в современной юридической мысли.

10. Мнение, что западная традиция права трансцендентна по отношению к революции, что она предшествует великим тотальным переворотам, периодически захлестывавшим страны Запада, и переживает их, подвергается сомнению противоположным убеждением — что право полностью подчинено революции. Свержение одного набора политических учреждений и замена его другим ведет к совершенно новому праву. Даже если старые формы сохраняются, они наполняются новым содержанием, служат новым целям и не могут быть отнесены к прошлому.

Кризис западной традиции права — не просто кризис философии права, но и кризис самого права. Философы права всегда спорили и будут спорить о том, основано ли право на разуме и морали или только на воле политического правителя. Не обязательно разрешать этот спор, чтобы прийти к заключению, что фактически в истории правовые системы всех стран, наследующих западную традицию права, коренятся в определенных убеждениях или постулатах, иначе говоря, сами правовые системы исходили из справедливости этих убеждений. Сегодня эти убеждения или постулаты, такие, как структурное единство права, его продолжающийся характер, его религиозные корни, его трансцендентные качества, стремительно исчезают, и не только из умов философов, не только из представлений законодателей, судей, адвокатов, преподавателей права и других юристов, они исчезают из сознания большинства граждан, народа в целом, и более того, они исчезают из самого права. Право становится более фрагментированным, субъективным, больше настроенным на удобство, чем на мораль, оно больше заботится о сиюминутных последствиях, чем о последовательности и преемственности. Так в XX в. размывается историческая почва западной традиции права, а сама традиция грозит обрушиться.

Распад западной традиции права лишь отчасти берет начало в социалистических революциях, первой из которых была революция в России в октябре 1917 г. и которые постепенно распространились по всему Западу (и другим частям света), хотя часто в сравнительно мягких формах. Этот распад также лишь отчасти берет начало в массивном вторжении государства в экономику страны (“государство всеобщего благоденствия”) и в массивной бюрократизации общественной и экономической жизни через огромные централизованные корпорации (“корпоративное государство”). В значительно большей степени этот кризис проистекает из кризиса

самой западной цивилизации, начавшегося в 1914 г. вместе с первой мировой войной. Это была больше, чем экономическая и техническая революция, больше даже, чем политическая революция. Если бы это было иначе, западное общество сумело бы приспособить свои правовые учреждения к новым требованиям, как оно и делало в революционной ситуации прежде. Западное общество смогло бы освоить социализм — в любой его разновидности — в рамках своей традиции права. Но распад самих основ этой традиции освоить нельзя, а самое суровое испытание для этих основ — массовая утеря доверия к самому Западу как цивилизации и обществу, к той традиции права, которая на протяжении девяти столетий поддерживала это общество.

Почти все страны Запада сегодня находятся в той ситуации по отношению к праву, что ведет к презрению к закону со стороны всех классов населения. Города становятся все менее безопасны. Система обеспечения неимущих почти сломалась под тяжестью правил, которые невозможно исполнить. И богатые, и бедные, и “средние” массово нарушают налоговое законодательство. Едва ли есть хоть одна профессия, которая не обходит тот или иной правительственный закон. А само правительство сверху донизу опутано незаконными действиями. Но не это главное, а то, что единственные, кто испытывает по этому поводу угрызения совести, по-видимому, те, чьи преступления открылись.

Презрение к закону и цинизм в отношении него стимулируются нынешним возмущением против того, что иногда называют юридическим формализмом, который подчеркивает единообразное применение общих правил как центральный элемент юридической аргументации и идеи правосудия. По Роберто М. Ангеру, с появлением “государства всеобщего благоденствия”, с одной стороны, и “корпоративного государства” — с другой, формализм уступает свои позиции под напором потребностей общественной политики и в области аргументации, и в области идеи правосудия³². Юридическая аргументация, ориентированная на определенную политику общества, пишет Ангер, характеризуется упором на широкие стандарты справедливости и социальной ответственности. Он связывает этот сдвиг в “постлиберальной” юридической мысли Запада с изменением представлений о языке. Вот как он пишет об этом: “Языку уже не приписывается фиксированность категорий и прозрачная репрезентация мира, что сделало бы формализм правдоподобным в юридической аргументации или в представлениях о правосудии”³³. Описанное таким образом восстание против юридического формализма выглядит и неизбежным, и благотворным. Однако что помешает дискреционному правосудию стать орудием подавления и даже предлогом для варварства и зверств, как произошло в нацистской Германии? Ангер утверждает, что этому воспрепятствует сильное чувство общности внутри различных групп, составляющих общество. К несчастью, однако, развитие такого группового плюрализма само потерпело крах из-за тех самых соображений, которые лежат под нападками на юридический формализм. Большинство сообществ не в состоянии выжить, а тем более взаимодействовать, без сложной системы правил — неважно, представляют эти правила традиционные обычаи или законодательные акты. Говоря так, мы не отрицаем, что в конце XIX и начале XX в. во многих странах Запада наблюдалась чрезмерная озабоченность логической последовательностью в праве. Эта озабоченность кое-где еще существует, однако реакция против нее неоправдана в том случае, когда она становится атакой на правила как таковые и на западную традицию законности, которая находит равновесие между правилом, прецедентом, политикой общества и справедливостью — всеми четырьмя.

Атака на любой из этих четырех факторов подрывает и другие три. Во имя антиформализма понятие “общественная политика” уравнивается по смыслу с волей тех, кто у власти, “социальная справедливость” и “материальная рациональность” идентифицируются с прагматизмом, “справедливость” теряет свои исторические и философские корни и носится по ветру всех модных доктрин. Язык права воспринимается не только как по необходимости сложный, двусмысленный и риторический (что правда), но и как всецело условный, современный и произвольный (что неправда). И это все — предвестники не только “постлиберальной”, но и “постзападной” эры.

Цинизм в отношении права и беззаконие нельзя преодолеть, следуя так называемому реализму, который отрицает автономию, целостность и продолжающийся характер нашей традиции права. Говоря словами Эдмунда Берка, те, кто не оглядывается на предков, не заглядывают вперед на своих потомков.

Это, разумеется, не означает, что изучение прошлого спасет общество. Общество неотвратно движется в будущее. Но оно это делает как бы идя задом наперед, обратив свой взор в прошлое. Оливер Кромвель сказал: “Никогда человек не достигает столь высокого удела, как когда он не знает, куда идет”. Он понимал революционное значение уважения к традиции в эпоху кризиса.

К социальной теории права

Два слова сформировали осмысление прошлого современным человеком и осложнили ему задачу уловить смысл западной традиции права.

Первое слово — “средневековый”, то есть относящийся к средним векам. Это слово начали употреблять в XVI в. Оно характеризовало, с одной стороны, период между ранним христианством и протестантской Реформацией, а с другой — период между классической древностью (античностью) и “новым гуманизмом” (Возрождением, как впервые назвал его Мишле триста лет спустя). Слово “средневековый” приятно звучало и для уха сторонников католической контрреформации. Ведь оно подразумевало не только то, что протестантизм — это новшество, но и то, что традиция римского католицизма непрерывна по меньшей мере со времен Константина. Впоследствии это слово оказалось удобным и для нужд националистической историографии XIX в., ибо оно вроде бы обозначало период между упадком Римской империи и возникновением суверенных национальных государств.

И с каким же удивлением мы обнаруживаем, что буквально все современные западные системы права родились прямо в середине этих средних веков!

А второе слово — это “феодализм”, которым стали обозначать общественно-экономическую формацию средних веков. Средневековая эпоха феодализма противопоставлялась современной эпохе капитализма. Капитализм связывался с индивидуализмом и протестантизмом, в то время как феодализм ассоциировался с традиционализмом и католицизмом.

Понятие феодализма почти так же заряжено скрытыми и предвзятыми идеологическими представлениями, как и понятие средних веков. Прилагательное “феодальный” происходит от конкретного существительного “феод” и, начиная с XI в., несло конкретный технический, политический, экономический и правовой смысл; однако абстрактное существительное “феодализм”, относящееся к общественно-экономической системе в целом, было придумано только в XVIII в.³⁴ Великая французская революция провозглашала, что она уничтожает феодализм (*feodalite*) и феодальное общество (*la societe feodale*).

Декрет от 11 августа 1789 г. гласил: “Национальное собрание полностью отменяет феодальный режим”. Как сказал Марк Блок: “ Возможно ли теперь отрицать реальность той системы, уничтожение которой так дорого стоило?”³⁵ Ирония Блока оправдана позднейшим утверждением английского историка-марксиста Кристофера Хилла. Нападая на точку зрения, что феодализм окончился с окончанием крепостного права, то есть еще в XVI в., Хилл замечает: “Если феодализм прекращает свое существование вместе с отменой крепостного права, тогда Франция в 1788 г. не была феодальным государством и, значит, не было буржуазной Революции в смысле такой Революции, которая свергла это феодальное государство”³⁶. Другими словами, феодализм никак не мог окончиться за двести лет до 1789 г. Если бы это было так, то Великая французская революция совершалась бы напрасно, и что еще более серьезно, не права была бы марксистская теория.

Таким образом, все идеологии XIX в., включая марксизм, вступили в разговор с целью приуменьшить, подвергнуть отрицанию или проигнорировать те глубокие корни, которые имели современные западные институты и ценности в эру допротестантскую, догуманистическую, донационалистическую, доиндивидуалистическую и докапиталистическую; и все они сговорились скрыть тот разрыв в истории Запада, который произошел в конце XI и в XII в. Эта фальшивая периодизация истории Запада не только привела ко многим ошибкам со стороны обычных историков относительно движения истории от средневековья к современности, но и совершенно запутала усилия историков общества проследить нити, ведущие от современного к “новому” (социалистическому, постлиберальному, постмодернистскому) обществу.

Уверенность, что западное общество развивалось от эпохи феодализма к эпохе капитализма, часто несет с собой и убеждение, что базовая структура в общественном порядке — это экономическая, а право является частью “идеологической надстройки” и используется теми, в чьих руках находится экономическая власть, для проведения своей политики. Однако западная традиция права не может быть понята как просто инструмент господства, ее следует рассматривать и как важную часть базовой структуры западного общества. Право является и отражением, и детерминантой экономического и политического развития. Ведь если бы не было конституционного права, промышленного права, договорного права, права собственности и всех других областей права, которые сформировались в Западной Европе с XII по XV в., не могли бы произойти и те экономические и политические перемены XVII — XIX столетий, которые современные теоретики общественного развития привыкли отождествлять с капитализмом.

Более того, само слово “феодализм” можно использовать для затушевывания того факта, что западные правовые институты и ценности в период своего формирования часто бросали вызов господствующей политической и экономической системе. Вновь и вновь происходили схватки между законом и феодальным классовым угнетением, между законом и властью городских магнатов, между законом и интересами церкви, между законом и королевской властью. Крепостные крестьяне, сервы, бежавшие под защиту городов, по городским законам требовали свободы по прошествии года и одного дня. Горожане восставали против своих правителей под знаменем конституционных принципов, провозглашенных в городских хартиях. Бароны требовали от королей древних законных прав и привилегий. Князья и папы сражались друг с другом, и каждый заявлял, что общественно-экономическая власть другого осуществляется в нарушение божественных и естественных законных прав и противоречит духу закона, а то

и его букве. В этих и подобных схватках право применялось против преобладающих материальных условий и фактов, оно было обращено против той самой общественной структуры, которая, так сказать, его родила.

Сходным образом, в истории Запада право периодически применялось против преобладающих политических и моральных ценностей общества — тех самых ценностей, которые, можно сказать, зачали это право и которые оно должно было бы разделять. Закон призывается на защиту диссидента, еретика, хотя политическая власть и само общественное мнение осуждают мятеж и ересь. Закон может защищать коллектив от господствующего индивидуализма или индивида от господствующего коллективизма. Эта верность закона своим собственным ценностям труднообъяснима в терминах чисто инструментальной теории, которая рассматривает правовые институты как простое орудие господствующего класса или политической элиты.

Право — в истории Запада по крайней мере — не может быть всецело сведено ни к материальным условиям того общества, которое его порождает, ни к соответствующей системе идей и ценностей. Следует также рассматривать право и как самостоятельный фактор, как одну из причин, а не только один из результатов целого ряда общественных, экономических, политических, интеллектуальных, моральных и религиозных явлений. Первая задача социальной теории права сегодня, когда прошло уже почти полтора столетия после Карла Маркса и почти столетие после Макса Вебера, состоит в том, чтобы отойти от чрезмерно упрощенных концепций причинности права. Что бы там ни говорили философы о материализме и идеализме, с исторической точки зрения тот факт, что Гегель ошибался, думая, что сознание определяет бытие, вовсе не означает, что прав был Маркс, утверждая, что бытие определяет сознание. В истории, в реальной жизни, ни одно из них не “определяет” другое, они обычно идут вместе. Ну а если это не так, то решающую роль играет по очереди то одно, то другое. В своем определении и исследовании права социальная теория права должна делать упор на взаимодействие духа и материи, идей и опыта. Она должна свести воедино все три традиционные школы юриспруденции — политическую школу (позитивизм), этическую школу (теория естественного права) и историческую (историческая юриспруденция) — и создать интегрированную, единую юриспруденцию.

Вторая задача социальной теории права сегодня — принять именно такую историографию, которая подходит для истории права, вместо того чтобы пользоваться историографией, которая исходит в основном из экономической истории, истории философии и какой угодно другой истории. Социальная теория права должна повернуться лицом к тому факту, что системы права зародились на Западе в конце XI и в XII в. и что некоторые основные характеристики этих систем права пережили великие национальные революции XVI — XX столетий. Еще один факт, который невозможно обойти, это тот, что первой новой западной системой права стало каноническое право римско-католической церкви. И эта система права имела много общих характеристик с теми, которые современные теоретики общества называют светскими, рационалистическими, материалистическими, индивидуалистическими системами права либерального капиталистического общества. Дуализм церковной и светской юрисдикции — вот отличительная, если не уникальная, черта западной культуры. Несомненно, социальная теория права должна предложить объяснение этого факта. Подобное объяснение должно будет рассматривать и характерное для Запада существование множественных корпоративных групп в рамках светской юрисдикции, каждая из которых

имеет свое собственное право; надо будет объяснить взаимоотношение этого плюрализма с дуализмом светской и церковной сфер. Это проблема не только социологическая, но и историческая, так как она требует дать интерпретацию великих революций в истории Запада. Ведь через эти революции образовавшиеся в результате их национальные государства поглотили значительную часть юрисдикции церкви, а в конце концов также и значительную часть юрисдикции различных корпоративных групп светской сферы.

Такая историография привела бы к всеобщей теории общества, которая рассматривает историю Запада не как преимущественно серию переходов от феодализма к капитализму и от капитализма к социализму, но, скорее, как серию переходов от множественных корпоративных групп внутри всеохватывающего церковного единства к национальным государствам вне всеохватывающего западного единства, — государствам, ищущим новые формы единения в мировом масштабе.

Если принять эту историческую перспективу, то социальная теория права должна была бы заняться вопросом о том, насколько западная традиция права всегда, даже в эпоху расцвета национального государства, основывалась на вере в существование закона, стоящего даже превыше права высшей политической власти. Этот закон называли когда-то божественным правом, потом естественным правом, а сейчас правами человека. А эта вера, в свою очередь, зависела от жизнеспособности автономных систем права сообществ, существующих внутри страны (городов, регионов, трудовых союзов), равно как и сообществ, пересекающих национальные границы (международных торговых и банковских объединений, международных организаций, церквей).

В дополнение к этому задачей современной социальной теории права является изучение судьбы права в периоды революционных перемен не столько с тем, чтобы изучить стремительную замену старых законов новыми, а чтобы исследовать те способы, которыми закладывается или не закладывается фундамент для возведения прочного и справедливого правового порядка в будущем, когда революция утихнет.

Наконец, социальная теория права должна продвинуться далее, от изучения западных систем права и западной правовой традиции к изучению систем и традиций права, не принадлежащих Западу, к изучению того, каким образом встречаются западное и незападное право и как вырабатывается общий правовой язык человечества. Ибо только в этом направлении лежит путь к выходу из кризиса правовой традиции Запада в конце XX в.

Часть I

ПАПСКАЯ
РЕВОЛЮЦИЯ
И
КАНОНИЧЕСКОЕ
ПРАВО

1.

ПРЕДЫСТОРИЯ ЗАПАДНОЙ ТРАДИЦИИ ПРАВА: НАРОДНОЕ ПРАВО

Историк остро ощущает опасность разговора о “корнях”. С какого бы момента в прошлом мы ни начали, всегда найдется момент более ранний, и этот факт, пожалуй, может свидетельствовать в пользу непрерывности всей истории человеческого рода. Вспомним знаменитые слова Мейтленда, которыми открывается книга Поллока и Мейтленда “История английского права”: “Такова целостность всей истории, что всякий, кто пытается рассказать кусочек ее, должен почувствовать, как первая же его фраза рвет бесшовную паутину. Самое старое высказывание английского права содержит греческие слова, такие слова, как *bishop*, *priest* и *deacon*. Если мы ищем корни римского права, то нам надо изучать Вавилон... Придется установить срок давности, но он должен быть произвольным. Паутину придется разорвать”.

Несмотря на это предостережение, я готов спорить, что швы есть, есть вещи новые, и выбор места, с которого начать, не обязательно произволен. Говоря более конкретно, основная цель этой книги — показать, что было время, когда то, что известно ныне как система права, то есть ярко очерченный, единый, сознательно систематизированный свод законов, у народов Западной Европы не существовало, и что в конце XI — начале XII в. и впоследствии правовые системы и в римско-католической церкви, и в разных королевствах, городах, других светских владениях на Западе создавались впервые.

Термин “правовая система” используется здесь для обозначения несколько более узкого и конкретного понятия, чем право в целом или так называемый “правовой порядок”. Правовой порядок существовал в каждом западном обществе и до XI, и в XII в., в том смысле, что имелись законно созданные власти, применявшие закон. Да и не было в истории народов Западной Европы такого времени, когда они были бы лишены правового порядка: самые ранние памятники письменности — это сборники законов, а Тацит в I — II вв. н.э. описывает германские общие собрания, выступавшие в роли судов. Также и церковь с самых давних времен объявляла законы и

устанавливала процедуры для решения дел. Однако же правовые правила и процедуры, применявшиеся в различных правовых порядках на Западе до XI — начала XII в., преимущественно не были дифференцированы от общественного обычая и политических и религиозных институтов. Никто не пытался организовать господствующие законы и правовые учреждения в определенную структуру. Очень малая часть права была записана. Не было ни профессионального судопроизводства, ни профессионального класса юристов, ни профессиональной юридической литературы. Право не систематизировалось сознательно. Его еще не извлекли из целостной общественной матрицы, частью которой оно было. Не существовало независимого, единого, развивающегося организма правовых принципов и процедур, ясно отличимых от других процессов общественной организации и сознательно излагаемых корпусом специально обученных лиц.

В конце XI — начале XII в. все это изменилось “с изумительной быстротой”, как выразился Мейтленд. Во всех странах Запада создавались профессиональные суды, законодательство, юридическая профессия, юридическая литература, наука права. Первичный импульс этим процессам дали утверждение главенства папы над всей западной церковью и независимость церкви от светского контроля. Это была революция, и объявлена она была в 1075 г. папой Григорием VII. Партия папы и партия императора вели кровавые войны почти полсотни лет и лишь без малого через столетие, в 1170 г., мученическая смерть Томаса Бекета способствовала достижению окончательного компромисса в Англии.

В последующие века народное право Европы, кажется, почти исчезло. Были созданы новые сложные правовые системы, сначала для церкви, а затем и для светской политической власти: каноническое право, городское право, королевское право, торговое право, феодальное и манориальное право. Постепенно в период с XVI по XX в. великие революции (Реформация в Германии, Английская революция, Американская революция, Французская революция, Русская революция) одна за другой изменяли западную традицию права, оставляя все дальше позади ее германское прошлое.

Тем не менее западные концепции права и, что важнее, западное отношение к праву нельзя постигнуть, если не взглянуть на них и с точки зрения того, из чего они взялись и против чего они выступали. В особенности теперь, в конце XX в., когда Запад менее чем когда-либо уверен в своей традиции права, важно вспомнить, взамен чего появилась эта традиция. Ведь если мы ищем новые пути преодоления или дополнения западной “законности”, то их следует рассматривать в свете германской альтернативы, которая, хотя и была однажды отвергнута, все-таки продолжает оставаться в нашей исторической памяти.

Более того, хотя юристы новой эры осудили “иррациональные” черты старых обычаев и подвергли их коренному пересмотру, народное право не было сразу отвергнуто, а те части, которые были отвергнуты, не сразу были отброшены. Новая юриспруденция не была создана из ничего. Это была сознательная реакция против прошлого (часто во имя еще более древнего прошлого), но также и воссоздание предшествующих институтов и идей.

Более того, германское народное право обеспечивало необходимый фундамент для новой традиции права, которая его заменила. Возможно, самое яркое свидетельство в пользу этой парадоксальной истины можно

найти в новых юридических процессах в церкви. В конце XI и начале XII в. церковь на Западе впервые стала юридическим лицом, независимым от императоров, королей и феодалов. Произошло отделение церкви от светских властей и отделение церковного права от других способов церковного контроля. Была установлена иерархия церковных судов, вершиной которой стала папская курия. Все это было новым, как и появление внутри церкви профессии юриста, юридической науки, юридических трактатов и свода созданных законодателями и судьями законов. И все это было бы невозможно, если бы раньше, между V и XI вв., не сформировалась в Европе некая общность, *populus christianus*. В то время Европа состояла из множества племенных, местных и феодальных единиц, которые, однако, стали разделять общую религиозную веру и общую военную верность императору (а вне империи — королям). Считалось, что император или король — священный представитель веры среди всех народов империи или королевства. Его называли Христовым викарием (папа в то время не претендовал на этот титул, а назывался викарием Св. Петра). Эта общность веры и верности была не только необходимым предварительным условием позднейшего появления новой отдельной юридической единицы — церкви во главе с папой, она была и необходимым основанием этой новой юридической единицы, так как без нее не было бы соответствующей общественной реальности, которую нужно было юридически определять.

Сходным образом народное право германцев, носившее в основе своей характер племенной, местный и феодальный (или прафеодальный), основанное на кровной мести и божьем суде (с судебными испытаниями, клятвой, другими процедурами — все они подверглись атаке в конце XI — начале XII в.), было необходимым фундаментом тех светских правовых систем, которые сменили его. Необходимым фундаментом вновь явился общинный характер общества, поддерживаемый старинным народным правом. Новое право, в противовес старому, носило характер ученый, сложный, систематизированный, но оно не могло бы возникнуть и существовать без основы в стройных, тесных сообществах германцев, которые придавали большое значение взаимозависимости, товариществу, взаимной ответственности и другим общинным ценностям.

Племенное право

Самые ранние известные правовые порядки у народов севера и запада Европы носили в основном племенной характер. Каждое племя или “ветвь” (*Stamm*) имели собственное право: франки, алеманны, фризы, вестготы, остготы, бургунды, лангобарды, восточные саксы, вандалы, свевы и другие народы, объединившиеся во Франкском государстве, охватывавшем большую часть территории, которая потом стала Германией, Францией и Северной Италией; англй, западные саксы, юты, кельты, бриты и другие народы, которые составили позднее Англию; датчане, норвежцы и другие скандинавы как Скандинавии, так и позднее Нормандии, Сицилии и других областей; и множество других, от пиктов и скотов до мадьяр и славян. В период с VI по X в. правовые порядки всех этих народов были очень схожи. С одной стороны, основной правовой единицей внутри племени были двор, дом, сооб-

щество товарищества и доверия, основанное частью на родстве, а частью на присяге во взаимной защите и службе. Нарушение мира двора чужаком влекло возмездие в виде кровной мести либо между дворами или кланами происходили переговоры для предупреждения или улаживания кровной мести. С другой стороны, имелись территориальные правовые единицы, в типичном случае состоявшие из дворов, сгруппированных в деревню; деревни группировались в более крупные единицы, часто называвшиеся сотнями или округами, а сотни и округа группировались в весьма слабо организованные герцогства или королевства. В местных территориальных общинах главным инструментом управления и закона служило общее собрание старейшин дворов, *moot* (мот, тинг). Кроме связей родства и местных территориальных общин существовали и разнообразные феодальные связи, сеньории, часто состоявшие из дворов, “поручивших себя покровительству” могущественных людей¹.

Во главе племен и местных и феодальных общин стояли королевские и церковные власти. С течением времени более крупные территориальные и религиозные единицы, представленные этими высшими властями, приобретали все более важное значение. Короли продолжали называться королями народов — *Rex Francorum* (“Король франков”), *Rex Anglorum* (“Король англов”) — до XII в., но сходные термины также относились и к неясно определенным политическим территориям, например Франции (*Francia*) и Англии (*Anglia*). Так же и церковь, хотя и была подвластна императорам и королям внутри их владений, признавалась более широкой духовной общностью, которая, будучи полностью лишеной организационного единства, тем не менее перекрывала все светские границы. Несмотря на это, до второй половины XI в. королевские и церковные власти не пытались коренным образом изменить по существу племенной, местный и феодальный характер правовых порядков Европы. Это выглядит не так странно, если понять, что экономика Европы в то время была также почти всецело местная и состояла в основном из земледелия и скотоводства и отчасти охоты, плотность населения была мала, практически не было городов с населением больше чем в несколько тысяч жителей, коммерция играла совсем небольшую роль, а связь и транспорт были в зачатке. С экономической и геополитической точек зрения страным представляется как раз не слабость центрального королевского и церковного закона, а сила центральной королевской и церковной властей.

Именно центральная королевская власть, вдохновленная церковными советниками, ответственна за издание сборников записей (“кодексов”, как их стали потом называть) племенных и местных законов. Из этих сборников мы и знаем почти все, что известно о народном праве этого периода.

С окончательным распадом Западной Римской империи в V в. те обрывки римского права, что оставались в германских королевствах, еще уменьшились и во многих местах практически исчезли. Однако в других местах, а именно среди ряда народов Северной Италии, в Испании, на юге Франции сохранились и память о римском праве, и часть его терминологии и правил. Конечно, это было упрощенное, популяризированное и испорченное римское право. Современные ученые называют его “римским вульгарным правом”, чтобы отличить от более утонченного римского права классического и постклассического периодов. Римское вульгарное право описывают как “право, пита-

ющее отвращение к строгим понятиям, не способное и не склонное соблюдать стандарты классической юриспруденции в отношении художественной разработки или логического построения”². Даже самые прогрессивные “римские” компиляции того времени, например Вестготская правда VII в., состояли лишь из разрозненных положений, широко сгруппированных по предметам, но лишенных и концептуального единства, и способности к органичной эволюции³. Быть может, основное историческое значение этих разбросанных осколков римского права состоит в том, что они помогли выжить представлению о том, что право должно играть роль в упорядочении политических и общественных отношений⁴. Так же и церковь сохранила много остатков римского права наравне с библейским, в результате, например, после своего обращения в христианство вождь германского племени часто обнаруживал сход законов, состоящий преимущественно из обычаев его родного племени.

Самая ранняя из дошедших до нас *leges barbarorum* (варварских правд), как называют их историки для различения от *leges Romanae*, — Салическая правда (*Lex Salica*), изданная меровингским королем Хлодвигом вскоре после его обращения в христианство в 496 г.⁵ Она начинается с перечисления денежных штрафов, которые ответчик должен уплатить истцу за неявку в местный суд по вызову истца. Перечисляются также денежные штрафы, которые обидчики платят пострадавшим за нанесенный им ущерб, включая убийство, нападение, кражу. Это типичные положения первобытного права. Одна из их главных целей — побудить стороны представить свой спор на рассмотрение общего собрания (сотенного суда), вместо того чтобы решать его вендеттой, или же в ином случае — обеспечить основу для переговоров между домом жертвы и домом обидчика. Однако часто они и того не делали. Обиженная сторона, по выражению одного англосаксонского закона, могла “откупиться от копья или носить его”. Выяснение отношений путем ведения боевых действий было обусловлено тем, что чрезвычайно трудно было привлечь обвиненного в преступлении к суду, заставить выступить свидетелей по делу или выполнить решение суда.

Самая ранняя из англосаксонских правд — Законы Этельберта, опубликованные около 600 г. Этельберт, правитель Кента, женился на христианке и согласно традиции был обращен в христианство эмиссаром папы Григория монахом Августином в 597 г. Законы Этельберта примечательны на редкость подробными тарифами на разные увечья: столько-то за потерю ноги, столько-то за глаз, столько-то — если пострадавший раб, столько-то — если свободный, а столько-то — если он священник. Четыре передних зуба оценивались по шесть шиллингов, соседние зубы по четыре, все остальные по одному; различались в цене и пальцы — большие, указательные, средние, безымянные, мизинцы и соответствующие ногти; за каждый была установлена особая плата, *bot* (бот). Такие же различия проводились в отношении ушей, в зависимости от того, лишились ли они уха, были отрезаны, проколоты или порезаны. Учитывались различные повреждения костей: оголенные кости, поврежденные кости, сломанные кости, пробитый череп, вывихнутое плечо, сломанный подбородок, сломанная ключица, сломанная рука, сломанное бедро, сломанное ребро. В области ушибов различались синяки вне одежды, синяки под одеждой и ушибы, которые не превращались в синяки⁶.

Если действия ответчика приводили к смерти, то плата, которую надо было отдать сородичам погибшего, называлась *werg*, или *wergeld* (вира, вергельд). Большое место в варварских правдах (включая франкские и англосаксонские) было отведено установлению разных размеров вергельда для людей разных классов.

Несколько более сложными по сравнению с Законами Этельберта были Лангобардские законы, так называемый эдикт Ротари, записанный при лангобардском короле Ротари в 643 г., через 75 лет после переселения лангобардов из нынешних Югославии и Венгрии в нынешнюю Северную Италию. Из 363 статей эдикта почти 140 описывают штрафы. За убийство свободного мужчины или свободной женщины свободным человеком взималось 1200 шиллингов (*solidi*), в то время как за убийство домашнего слуги всего 50 солиды, а раба — 20. Убийство свободного человека несвободным “возмещалось” смертью последнего. Разные цены были установлены за такие проступки, как удар по голове, отрезание волос, пробитие черепа в разных определенных местах, вырывание глаз, отрезание носа, перелом носа, удар по уху, перелом рук (с различием между простыми и сложными переломами), отрезание рук, отрезание пальцев рук и ног. Мизинец свободного человека стоил 16 солиды, полусвободного — 4, раба — только 2⁷.

Институт фиксированных денежных санкций, уплачиваемых сородичами преступника сородичам жертвы, был яркой чертой права всех народов Европы до XII в., да и всех индоевропейских народов на определенной стадии их развития, включая население Индии, Греции и Рима. Он до сих пор является важной частью права многих первобытных обществ⁸.

Во многих отношениях это очень разумная система. Угроза тяжкого финансового бремени для преступника и всего его рода, пожалуй, служит более эффективным сдерживающим средством, чем угроза смертной казни или телесного увечья (мер, сменивших денежные санкции в Европе в XII—XIII вв.), по меньшей мере так же действительна, как нынешнее наказание тюремным заключением, и уж несомненно дешевле для общества. Более того, в понимании правосудия, основанного на идее воздаяния, при такой системе не только страдает преступник, но к тому же (по контрасту с нынешней “цивилизованной” пенологией) восстанавливается целостность жертвы.

Однако эта система не может быть объяснена чисто утилитарно, по крайней мере в отношении германских народов Европы. Она была частью целостной идеологии, целостного мировоззрения, и это мировоззрение помогает нам объяснить не только разумные, но и не очень разумные черты этой системы, например, почему устанавливалась такая разная плата за убийство людей разного класса, почему во многих случаях плата так огромна, почему сородичи отвечают за преступника независимо от их вины, почему тарифы на увечья постоянны независимо от того, во что реально обошлось это жертве.

В функциональном аспекте институт денежных штрафов за преступление, выплачиваемых сородичами преступника сородичам жертвы, надо рассматривать преимущественно не с точки зрения его эффективности как средства предупреждения или наказания преступления, а с точки зрения его способности предотвратить междоусобицы, точнее, облегчить переговоры и достижение соглашения между враждующими дворами. В идеологическом смысле и институт кровной мести, и денежные штрафы как его замену в германском обществе (композицию) следует объяснять высокой ценностью чести как сред-

ства завоевания славы (lof, “хвала”) в мире, где правили боги войны и враждебная, непостоянная судьба (wyrd, вирд). Для германца соблюсти честь означало “расквитаться”: только поквитавшись с врагом, он мог победить темные силы, окружавшие его жизнь⁹. Постоянные размеры выплат служили стандартом для расплаты.

Lof, честь приобреталась, когда человек захватывал то, что другие защищали, и лишался ее, когда другим удавалось захватить то, что он берег. Таким образом, выплата бота была в первую очередь наказанием и лишь во вторую — возмещением. Это была дань, налагаемая одним двором или родом на другой. Величайшему испытанию подвергалась lof, когда речь шла об убийстве, ибо мертвые не могут восстановить утраченную честь. Этот долг лежал всецело на сородичах, первым порывом которых было отомстить. Когда-то за обиду требовали жизнь или часть тела самого обидчика (в Библии — “око за око, зуб за зуб”), а если обида была нанесена не человеком, а, скажем, зверем или деревом, требовали отдать его (так называемая нокальная выдача, то есть выдача жертве предмета, животного или человека, причинившего обиду). Принятие фиксированной платы было делом почти таким же достойным, как и взятие ее силой, но не меняло главного смысла этой меры — искупление чести дома и рода.

Бот и вира, были, таким образом, связаны с mund — защитой дома, двора, простиравшейся на лиц и группы, связанные с ним, и frith — миром дома. Королевские mund и frith были, как и у всех, только лучше. Например, Законы Этельберта устанавливают, что mundbyrd короля, то есть плата за нарушение мира королевской mund, равняется пятидесяти шиллингам, а mundbyrd керла (обыкновенного человека) — всего шести¹⁰. Mund считалась нарушенной и следовало платить бот или виру, например, в том случае, если чужой переспал со служанкой дома или убил кого-нибудь на его территории. Близко связаны с ботом и вирой и mund и frith три других германских правовых института: поручительство (borh), залог (wed) и заложничество¹¹. Сородич мог выступить поручителем за человека, который согласился уплатить виру, но не мог заплатить сразу все, или же должник мог оставить в залог ценную вещь, наконец, должник мог отправить заложника во вражеский стан, чтобы он жил и работал там до полной уплаты долга. Все эти юридические средства отражали как солидарность дома, так и замену мести данью в борьбе между кланами и дворами.

Кроме улаживания споров с помощью кровной мести или переговоров между домами и кланами, германские народы с самых ранних времен собирались на фолькмот (народное собрание), чтобы рассматривать и разрешать споры. Однако в большинстве случаев юрисдикция зависела от согласия сторон. Даже если они соглашались предстать перед собранием, то могли не оставаться до его конца, а если они и присутствовали, то фолькмот обычно не мог заставить стороны подчиниться его решению. Таким образом, фолькмот, для того чтобы могла существовать такая процедура, опирался на достаточное взаимное доверие сторон (которое он и помогал создавать). Точно так же и процедура переговоров между домами и кланами, опиравшаяся на поручительство, залог и заложников, должна была исходить из некоего достаточного уровня доверия и помогать создавать его. Однако ясно, что и суд на народном собрании, и переговоры между кланами проходили в обстановке

острой вражды. “Стороны встретились с непроняцаемой враждебностью, полные решимости не делать уступок, ничего не простить и ничего не забыть”¹².

Полярные отношения между отмщением (кровной мезтью) и примирением (улаживанием кровной мести путем композиций) в обычном праве германских народов являются примером острой диалектики недоверия и доверия, существующей во многих современных родовых обществах. Клод Леви-Стросс писал, что “наблюдателей часто поражает невозможность для ди-карей иметь нейтральные отношения, точнее говоря, не иметь никаких отношений. У нас имеется ощущение, иллюзорное при этом, что отсутствие определенного родства порождает в нашем сознании такое состояние. Но предположение, что такова ситуация в первобытной мысли, не выдерживает критики. Всякая семейная связь означает определенную группу прав и обязанностей, в то время как отсутствие семейной связи... означает вражду”. Леви-Стросс цитирует следующий отрывок из Марселя Мосса: “В продолжение значительного периода, в большом количестве обществ, люди встречались в любопытном состоянии духа, с преувеличенным страхом и с такой же преувеличенной щедростью, которые выглядят глупостью исключительно лишь в наших глазах... Либо полное доверие, либо полное недоверие. Человек кладет оружие, отказывается от магии и отдает все, начиная от случайного гостеприимства и кончая своей дочерью или всем добром”¹³.

В германском племенном обществе синдром “доверие-недоверие” был тесно связан с всепроникающей верой в непостоянную судьбу, вирд, а эта вера в свою очередь прежде всего отражалась в применении божьего суда как главного метода доказывания. Главными видами испытания были испытание огнем и испытание водой, первое — для знатных людей, а второе — для обыкновенных. По происхождению — это обращение к богам огня и воды. Подвергаемые испытанию огнем должны были с завязанными глазами или босиком пройти по раскаленным плужным лемехам или нести в руках раскаленное железо, и если ожоги хорошо заживали, то испытуемых оправдывали. Испытание водой проводилось либо в холодной, либо в горячей воде. При испытании холодной водой испытуемый признавался виновным, если его тело всплывало на поверхность противно законам природы, что показывало, что вода его не принимает. При испытании горячей водой испытуемый признавался невиновным, если при погружении его голых рук и ног в кипяток он оставался невредим. Более поздний способ испытания, применявшийся в основном духовенством, состоял в том, что испытуемый съедал кусочек хлеба или сыра, при этом произносились следующие слова: “Господи, затвори желудок этого человека, чтобы он не мог проглотить ни кусочка, если он поклялся ложно”. Если человек не мог проглотить или удержать в желудке данный хлеб или сыр, он считался виновным. Эти примитивные детекторы лжи работали неплохо. Во всяком случае, в XIII в. испытания были отменены не без значительного сопротивления.

Испытание было типичным примером, по выражению Питера Брауна, “смешения священного и профанного”, “размывания границы между объективным и субъективным в человеческом опыте”. Испытание полагалось на священный и драматический обряд, который должен был определить приговор Бога; и все же обряд этот был “милосердно медлителен” и “оставлял место для маневра и развития ситуации”. Исход испытания обычно истолковывался на основе консенсуса всей общины. Таким образом небольшие группы, где

все знали друг друга, могли решать проблемы насилия, обмана и колдовства способом, который соответствовал как вере в сверхъестественное, так и практическим потребностям общины¹⁴.

Система божьего суда путем испытания сочеталась с судом под ритуальной присягой (“компургация”), а кое-где и заменялась им. Вначале приносились предприсяги. Например, сторона, претендующая на бот за кражу скота, присягала: “Именем Господа, перед которым эта реликвия свята, так и я обвиняю с полным правом, без мошенничества и обмана, без всякого вероломства, что был у меня украден скот (указывалось, какой именно), на который я имею права и который теперь у ответчика”.

Противная сторона тогда клятвенно отрицала это обвинение. Например: “Именем Господа присягаю, я не был ни при замысле, ни при деле, ни советчиком, ни исполнителем, когда незаконно был уведен скот [жалобщика]”. Или: “Как есть у меня скот, так весь он из моего имущества, он по праву мой собственный, и я его вырастил”¹⁵.

Эти клятвы открывали тяжбу. Фолькмот репал, какой из сторон дать право присяги на доказательство. В назначенный день обе стороны представляли перед судом, и сторона, которой разрешили присягнуть, клялась по установленной формуле. Однако для завершения присяги нужны были “помощники в клятве”, компургаторы, то есть лица, под присягой подтверждавшие правильность утверждений поклявшегося; они тоже клялись по соответствующим формулам. Число компургаторов зависело от их виры и рода преступления. Например, компургаторы могли поклясться: “Именем Господа присягаем, что эта клятва, которой поклялся [жалобщик или ответчик], чиста и неложна”¹⁶.

Все предприсяги, отрицания, окончательные клятвы и скрепляющие клятвы для достижения успеха следовало повторить безупречно, “без сучка, без задоринки”. Все клятвы составлялись в поэтической форме, с богатой аллитерацией. Например, присяга, используемая в тяжбах о владении землей, звучала так: “Я владею ей [землей] как он владел, который владел ей как продажной, так и я буду владеть и никогда не уступлю ни полянки ни пашни, ни травы ни дерна, ни борозды ни пяди, ни огорода ни пастбища, ни луга ни болота, ни неудобий ни хорошего места, ни низинки ни холмика, ни ладони ни подошвы, ни суши ни воды”. [К сожалению, не представляется возможным воспроизвести в переводе аллитерацию, характерную для древнеанглийского оригинала. — *Примеч. пер.*]¹⁷.

Формализованность доказательства и его драматизированный характер объяснялись тем, что право было почти целиком устным. “Пока закон не писан, — утверждает Мейтленд, — его необходимо драматизировать и разыгрывать. Фигура правосудия должна накинуть красочные одежды, а иначе ее не заметят”. Замечание Мейтленда перекликается с высказыванием немецкого историка и языковеда XIX в. Якоба Гримма, который говорит о “чувственном элементе” в германском обычном праве, контрастирующем с более абстрактными и концептуальными элементами, присущими более “зрелым” правовым системам¹⁸. Выражение правовых правил в поэтических образах помогало им отпечататься в памяти людей. Расхожими фразами были “не зван, не ждан, а своими глазами видал, своими ушами слышал”, “ложь или фальшь”, “дом и двор”, “право и правда”, “отсюда или оттуда”. Право содержалось в

массе поговорок и пословиц. Самый ранний ирландский закон был выражен в поэтической форме.

Драматические и поэтические качества германского права связывались с пластичностью его содержания. “Люди были особенно склонны выражать условия, относящиеся к времени и пространству, столь наивно и неточно, что в определенных случаях это оставляло место случаю. Часто оказывается, что то-то и то-то является правилом на столько, сколько пройдет или пролетит петух, прыгнет кошка, пролетит брошенный камень или молот, или сколько можно захватить серпом. Закон сохранит силу до тех пор, пока ветер дует с облаков и стоит мир... или будет получено земли столько, сколько можно объехать за определенное время на лошади или осле, вспахать плугом, покрыть шкурами”¹⁹. Эта “наивная и неточная” манера выражения была хорошо приспособлена к нуждам народов, которые еще не приобрели научного мировоззрения с его дуализмом субъекта-объекта. Для народов Европы в германскую эпоху жизнь была значительно менее компартиментализована, чем потом, она в значительно большей степени требовала полной отдачи, поэтому поэтическая и символическая речь, которая тесно связана с цельной сущностью и с бессознательным, была более уместна, чем прозаический и буквальный язык, в особенности в торжественных случаях, требовавших участия закона.

Вот некоторые примеры символического и церемониального характера германского права. Например, земля передавалась путем передачи прутика и горсти земли или шапки и рукавицы или прикосновением к алтарному покрову или колокольной веревке. Вдова, желавшая освободиться от ответственности за долги своего покойного мужа, клала ключ от дома на его гроб. При выполнении юридических операций использовался жезл, например, он вручался при договоре залога. Обычным залогом дружбы и подтверждением договора служило рукопожатие. При вступлении в должность или во владение землей употреблялись разнообразные церемонии усаживания²⁰.

Драматические и поэтические элементы в германском праве — его миметические элементы — возвышали юридическую речь над повседневной и таким образом создавали дистанцию между законом и обыденной жизнью. Конечно же, во всех обществах необходимо, чтобы право отделялось от повседневности обрядом, церемонией и заключенной в обряде и церемонии верой в то, что определенные слова, выстроенные определенным образом, имеют силу вызывать определенные явления, называемые “юридическими”. Эта магия необходима, если нужно, чтобы закон работал. При этом каждая эпоха имеет свою собственную магию, отражающую присущую ей концепцию высшей реальности. Древние германцы постулировали в центре жизни произвольно распоряжающуюся, капризную судьбу, и германская правовая магия отражала эту концепцию.

Германский суд был символическим продолжением кровной мести. Стороны обменивались клятвами вместо ударов. Исход испытания, как исход самой битвы, был предрешен судьбой, *wurd*. Как выразился Джеймс Гордли: “Непрекращающийся конфликт между домами, намеренными приобрести *lof* за счет друг друга, был космологическим принципом, в котором объединялись все силы природы”²¹. В итоге все решала стихия непостоянной судьбы. Вот как говорит об этом древнеанглийское стихотворение:

*Добро против зла; юность против старости;
Жизнь против смерти; свет против тьмы;
Войско против войска; недруг против недруга;
Враждебное будет всегда сражаться с враждебным,
Воевать за землю и мстить за обиду.
Мудрый должен задуматься над борьбой в этом мире²².*

Одно и то же слово, *dom* (англ. “doom”) — приговор, суд, обозначало и приговор судьбы, и исход тяжбы. Говоря словами “Беовульфа”:

Часто судьба спасает неприговоренного человека,
если его доблесть хороша²³.

В этом была героическая сторона древнего права германцев: недруг с недругом сплетались в смертельной схватке за честь, и каждый готов был принять приговор судьбы, как бы горек он ни оказался.

Однако была и другая сторона — сообщество товарищества и доверия, воплощенное в самом доме. Эта общность распространялась и на все племя, или фольк. Фолькмот выступал как дом. Он имел свой мир, *frith* (нем. “Friede”). Мот собирался не только для разрешения споров, но и чтобы давать советы, совещаться и мирно обсуждать разные вопросы. Мот устанавливал справедливость (*riht*, англ. “right”, нем. “Recht”). Мудрецы, *witan* (“ведующие”, “свидетели”) [в англ. языке однокоренные слова. — *Примеч. пер.*] высказывали свои мнения, стараясь удержать собрание домов вместе. Также и племя, фольк, старалось защитить себя путем коллективных действий против преступников: судебный клич, который в англосаксонском праве назывался “крик” или “держи вора” (“out! out!”), служил для всех сигналом броситься в погоню за беглым преступником. Одним из следствий этого было характерное наказание — за особо серьезные преступления человек объявлялся вне закона. В этом случае, теоретически по крайней мере, никому не дозволялось общаться с изгоем, и он погибал от голода и холода.

Символика *mund* и *frith*, защиты и мира, характеризовавшая дом, двор и фолькмот, была одновременно символикой поручительства, залога и заложничества, это была символика присяги, драматизированного рукопожатия, других церемониальных актов мира. Принесением клятв, ставивших их под защиту богов, а потом Бога, стороны приобретали ту степень доверия, которая была необходима, для того чтобы подвергнуться компургации и испытаниям или же принять поручительство, залог, заложников за бот и виру. Поклявшиеся не могли нарушить присягу без того, чтобы не подвергнуть угрозе основу жизни дома и племени, которая сама зиждилась на клятвах.

Важное значение двора внутри племени не должно заслонять от нас также растущего значения сеньории и территориальной общности. С самых давних времен существовала потомственная знать, а со временем право власти по службе стало таким же важным, как право власти по крови. “Верность господину была последовательной темой эпической поэзии, — пишет Г. Р. Лойн. — Начиная со времени правления [короля] Альфреда (871—900) [у франков по крайней мере веком ранее, со времен Карла Великого. — *Авт.*] она стала ведущей моральной силой в формировании общества. В законе Альфреда говорилось: сражайся за своего сородича, если на него напали,

кроме как против своего господина: этого мы не разрешаем. При наследниках Альфреда человек без господина все больше стал восприниматься как аномалия. Общество держалось на узах верности, протянувшихся от человека к феодалу, а от феодала, который в свою очередь был тэном [знатный слуга короля в определенной местности], — к королю²⁴. Как феодальные связи вели к королю как великому сюзерену, так связи территориальной общности вели к королю как правителю всей страны. Однако, как указывает Лойн, “не было никакого конфликта между родом и сеньорией”²⁵, и точно так же не было конфликта между родовой общиной и территориальной общностью. Двор феодала был такой же, как и другие дворы племенной общины, и двор короля как правителя всей страны тоже был такой же, как другие дворы в племенной общине. Все они были связаны одной парадигмой *wurg* и *lof*, *mund* и *frith*, *bohr* и *wed*, бота и виры, все основывались на присяге во взаимной защите и службе. Все являлись частью правового порядка, который разрешал конфликты “бинарными противоположностями” (выражение Леви-Стросса) кровной мести или композиции, а доказывание проводилось испытанием или присягой, скрепленной клятвой²⁶. Другими характерными институтами этого правового порядка были: судебный клич, когда обнаруживалось преступление (по-латыни *clamor*, откуда англ. “claim”, “иск”, по-древнеанглийски *hscram*, откуда англ. “scream”, “крик”), объявление вне закона, что влекло потерю всего имущества и риск быть безнаказанно убитым кем угодно, и, наконец, ноксальная выдача, то есть отдача жертве предмета или раба, нанесшего обиду.

Историки права дали этому типу права название архаического. В главных своих чертах оно существовало не только у германских народов в период до XI в., но в то или иное время у всех индоевропейских народов от Кента до Кашмира. Конечно, наблюдались значительные местные различия и изменения во времени, тем не менее стиль права был общий²⁷.

Динамичные элементы в германском праве: христианство и королевская власть

Народное собрание у древних германцев, или фолькмот, не только вершило суд (*dom*) в определенных случаях, но и объявляло общие постановления, которые назывались так же. Однако они не считались законодательством в ныне принятом смысле, скорее их воспринимали как боговдохновенные подтверждения древнего обычая. Они воплощали волю богов или, после принятия христианства, Бога. Они обладали объективной реальностью. Мудрецов собрания называли не законодателями, а законоговорителями. Закон, который они говорили, был обязательным в силу своей древности; он был древним, потому что являлся божественным установлением. Понятие “права” (т.е. “правильного”) менялось медленно и незаметно; открытые изменения в правовом порядке требовали очень серьезного обоснования. “Даже поправка к закону считалась приговором, произнесением вслух ранее нераскрытого элемента закона, судом народа через его знающих людей (*witan*)”²⁸.

Два тесно взаимосвязанных фактора, однако, обеспечивали сознательные, открытые перемены: первый из них — влияние христианства на правовые понятия, второй — развитие королевской власти как надплеменного института, объединившего обширные территории, населенные разными народами.

Можно предполагать, что новая религия, постепенно распространявшаяся по Европе между V и X вв., угрожала самому существованию народного права германцев, которое основывалось на племенных мифах о воинственных богах, на поклонении рекам, лесам и горам, на представлениях о божественном происхождении племенных вождей, на абсолютной верности узам рода и общины и на вере во всеильную судьбу, вирд. Христианство заменило старые мифы евангелием от универсального создателя, отца всех людей, который однажды сошел на землю в образе своего сына Иисуса Христа, поклонение которому приносит свободу от всех земных уз, от судьбы, от самой смерти. Эти новые идеи должны были казаться древним германцам странными и отвлеченными.

Однако христианство преподавало и более практичную доктрину, а именно, что горы, долины, леса, реки, скалы, ветер, буря, солнце, луна, звезды, дикие звери, змеи, все прочие явления природы созданы Господом для службы человеку, в них не таятся (в чем были уверены древние германцы) враждебные сверхъестественные божества, а потому кочующие, воюющие друг с другом племена могут без страха оседать на любой земле. Так проповедовали и так поступали в V — VIII вв. десятки тысяч монахов, которые селились в диких местах и обживали их, сначала как отшельники, а потом и целыми монашескими общинами. Они привлекли многих других, которые присоединились к ним для обработки земли. Таким образом, христианское монашество стало одним из факторов появления европейского крестьянства. Распространяясь по Европе из Ирландии и Уэльса, монашество боролось с суевериями древних религий германцев, приписывавших природе сверхъестественные свойства, и противопоставляло языческому календарю, основанному на природных явлениях и временах года, христианский календарь, основанный на библейских событиях и житиях святых²⁹.

Более того, христианство привлекало германские народы своей концепцией общности, которое перекрывало границы рода, племени и территории, то есть церкви. С одной стороны, христианство, в отличие от германского язычества, считало королей не богами, а человеческими существами, которые, как и все прочие, подлежали Божьей каре за грехи. С другой стороны, германские правители оставались верховными религиозными главами своих народов, они назначали епископов и диктовали свою волю в богослужбных и других религиозных вопросах. Кроме того, они могли теперь предъявить более широкие притязания на верноподданство людей других родов, племен и территорий: можно было заявить, что следует обратиться к истинной вере, а если они уже были христианами, то объединить их в истинной церкви.

В целом убеждения и практика христианства обладали большой притягательностью для германцев. Христианство впервые принесло им положительное отношение к жизни и смерти, оно показало им высшую цель, в которую можно было вписать трагедии и загадки бытия. Рядом с христианством старые языческие мифы стали казаться грубыми и мрачными. Как чувству-

ется страсть в словах короля Альфреда из его знаменитого “Добавления” к переводу Боэция: “Я говорю, как говорят все христиане, что правит божественный промысел, а не судьба”. В то же самое время германцам совсем нелегко было уловить смысл христианской космологии и христианской этики. Ведь если принять их всерьез, то они не только подрывали все убеждения германцев, но и угрожали всему их общественному порядку.

Тогда почему же, если христианство представляло угрозу германским общественным институтам, ему удалось обратить в свою веру вождей и аристократию германцев? Этот вопрос основан на ложной посылке. Поначалу христианство вовсе не угрожало общественным институтам германских племен. Важно не смешивать германское христианство с нынешним западным христианством, как католическим, так и протестантским. Христианство той эпохи, о которой идет речь, было куда ближе к православию, и тогдашнему и нынешнему. Германское христианство едва ли было озабочено реформой общественных институтов. Не было оно и ориентировано на единство и власть церкви. Его послание людям касалось жизни мира грядущего — ада и рая — и подготовки к этой жизни через молитву, личное смирение и покорность³⁰.

Высочайшие христианские идеалы в первое тысячелетие церковной истории и на Западе и на Востоке воплощались прежде всего в жизни святых и в монашестве, которое придавало особую цену духовному уходу из этого бренного мира. Но если даже не касаться монашества, церковь как организация была в то время почти полностью интегрирована в общественную, политическую и экономическую жизнь. Церковь не противостояла политическому порядку, а находилась внутри него. Религия была соединена с политикой, экономикой и правом, как и те друг с другом. Церковная и светская юрисдикции были тесно переплетены.

Церковь учила святости и производила святых, это было внове для народов севера и запада Европы, которые прежде превозносили только героев. Но церковь и не была против героизма и героев, она лишь давала альтернативу, показывала превосходящий идеал. Точно так же церковь не возражала против кровной мести и испытаний, она просто учила, что они не принесут спасения, а спасение можно заработать верой и добрыми делами. При этом среди подавляющего большинства епископов и священников процветали коррупция и насилие, характерные для той эпохи. Это было неизбежно, потому что они обычно назначались на должности ведущими политиками из числа своих друзей и родственников. Христианство было германизировано в то же время, когда германские племена были христианизированы³¹. Это правда, что монашество и личным примером, и учением старалось привить германским народам христианские идеалы жертвенности и любви к ближнему, а заодно и улучшенную технику земледелия. Однако монастыри, как грибы выросшие по всей Европе между VI и X вв. и имевшие поначалу каждый свой устав, не предлагали никакой программы светских реформ, взамен они проповедовали аскетическую жизнь в труде и молитве в ожидании грядущего мира. Это тоже привело к девальвации германских правовых институтов без их замены.

Фактически христианство даже поддерживало германские правовые институты испытания и компургации, усиливая свойственное древним германцам понятие об имманентности божества, на котором основывались эти

институты. И религия древних германцев, и заменившее ее христианство той эпохи исходили из убеждения, что сверхъестественные силы имманентно присутствуют в сфере природы и что доступный чувствам мир, говоря словами Марка Блока, — это “маска, за которой происходит все истинно важное”. Понятие *judicium dei* (божьего суда) основывалось именно на убеждении в существовании таких имманентных, потаенных сверхъестественных сил³². Только когда церковь сосредоточилась на идее трансцендентного Бога, который вдохновляет человека быть похожим на него, только тогда испытания, компургация, судебные поединки, дуэли уступили место рациональной процедуре поиска истины путем допроса свидетелей.

Однако я не хочу этим сказать, что христианство до XI в. не имело вообще никакого положительного влияния на обычное право европейских народов. Напротив, оно вызвало существенные перемены. Прежде всего обращение в христианство дало толчок записи племенных обычаев. Это мы видим на примере Салической правды Хлодвига, первого христианского короля франков, Законов Этельберта, правителя Кента, который был первым христианским королем в Англии³³, а четырьмя столетиями позже на примере Русской правды, изданной первыми христианскими князьями Киевской Руси³⁴. Во-первых, христианство принесло с собой письмо, а письмо позволило зафиксировать обычаи (в особенности обычные денежные суммы), которые иначе могли бы быть неопределенными. Это облегчило переговоры по улаживанию споров, а также укрепило зарождающуюся юрисдикцию властей по наказанию самых серьезных преступлений. Кроме того, Священное писание, Библия подсказали способ придать обычаям новую святость — ведь само письмо было ритуалом. Во-вторых, запись обычаев давала возможность произвести некоторые незаметные, а иногда и довольно заметные изменения в них. Христианские священники и монахи, ставшие королевскими советниками и обладавшие даром письма, нуждались в защите. В особенности нуждались в защите монахи, ведь они в известном смысле находились вне племенной системы, в сущности, они были люди без роду, без племени. (“Мирское духовенство” — не монахи — обычно имело семью.) Не случайно Законы Этельберта начинаются с такой фразы: “Кража имущества Бога и Церкви возмещается в двенадцатикратном размере”.

Далеко не все изменения, произведенные христианством в народном праве, можно приписать политическим факторам. В длительной перспективе моральные факторы, пожалуй, сыграли более значительную роль. Варварские правды содержат настоятельные призывы в пользу более справедливых и более гуманных правовых ценностей. Например, Законы короля Альфреда начинаются с Десяти заповедей и подтверждения Закона Моисея, затем следуют краткое изложение Деяний апостолов и ссылки на монашеские уложения о наказаниях и другие законы церкви. Сами Законы Альфреда, хотя они состоят во многом из пересказа более ранних сводов, содержат среди прочих такие поразительные условия: “Суди очень ровно: не приговаривай одного приговора богатому, а другого бедному и не приговаривай одного твоему другу, другого твоему недругу”³⁵.

Христианство разрушило миф о непреложности народного права. Постепенно, на протяжении периода между VI и XI вв., германское право, характеризовавшееся всеобъемлющей предвзятостью по признакам класса, пола, рода, возраста, поддавалось влиянию христианского учения об изначальном равенстве

всех людей перед Богом: женщин и мужчин, рабов и свободных, бедных и богатых, детей и взрослых. Эти убеждения облегчили положение женщин и рабов и положительно повлияли на защиту бедных и слабых. Христианство оказало существенное влияние и на доказывание путем принесения клятвы, так как клятва начала принимать христианские формы и поддерживалась церковными санкциями. Клятвы принимались священниками в церквях, у алтарей, на святых мощах, на лжеца призывались Божьи кары. Ложная клятва была наказуема церковным покаянием. Более того, клятвы стали основным способом Божьего суда наряду с испытанием. Испытания сохранились для тех, у кого не было сородичей, чтобы поклясться за них (или кто по иной причине не смог представить компургаторов), а также для таких людей, чья дурная слава делала их клятвы совершенно недостойными доверия, кроме того, испытание применялось для определенных преступлений.

Во всех же других случаях скрепленная клятвами присяга стала широко распространенным методом доказывания. Как и раньше, компургаторы призывались преимущественно из числа сородичей, и здесь присутствовал сильный элемент верности, что подразумевается самим понятием помощи в клятве. Но церковь добавляла еще и риск оскорбить Бога ложной клятвой и долг (если человек лжесвидетельствовал) исповедаться в этом грехе своему священнику и подвергнуться покаянию. Более того, не только ложная клятва, но и попытка препятствовать правосудию другим способом считались грехом, подлежащим наказанию. Например, если человек упорствовал в кровной мести после предложения справедливого удовлетворения, это было преступлением против Бога, следовало исповедаться в этом грехе священнику и искупить его постом и другими формами покаяния.

Христианство также усилило роль королевской власти в развитии народного права в период до конца XI в., в особенности лежавшую на короле ответственность за то, чтобы племенное правосудие было смягчено милосердием и чтобы бедные и слабые получили защиту от богатых и сильных. И в VIII, и в IX, и в X, и в XI вв. считалось, что франкские и англосаксонские короли назначены Господом быть судьями в особых случаях. Когда короли объезжали свои владения, — а они делали это постоянно, так как средств связи было мало, — они ради милосердия слушали дела. Это были дела вдов или сирот или людей, у которых не было семьи или господина, чтобы защитить их. Это были и дела о самых ужасных преступлениях, за которые нельзя было расплатиться никакими деньгами. Это было частью духовной юрисдикции короля как патриарха своего народа.

В политическом плане христианство способствовало превращению правителя из вождя племени (*dux*) в короля (*rex*). Будучи обращенным в христианство, король не был уже представителем божеств только своего племени, в дополнение к этому он представлял и универсальное божество, чья власть простиралась на все племена или уж во всяком случае на многие. По сути, он становился главой империи.

Христианство было объединяющей идеологией. Под знаменем его Карл Великий, который правил франками с 768 по 814 г. и который стал императором в 800 г., мобилизовал многочисленные народы своей империи в единую армию для ведения войн против арабов, саксов, датчан и славян. В это же время по другую сторону Ла-Манша короли Мерсии (а веком позже

король саксов Альфред Великий) установили военное господство над разными народами Англии и в конце концов выгнали скандинавов-завоевателей. Всеобщность императорской власти стала перевешивать, по меньшей мере на время, значимость обязательств перед племенем, деревней, двором; это была всеобщность, основанная не только на военной силе, но и на духовной власти короля (императора) как главы церкви. Карл Великий созывал церковные соборы и издавал законы для церкви еще до того, как согласился быть возведенным в императорское достоинство епископом Рима. Как выразился Кристофер Доусон: “Карл считал папу своим капелланом и без обиняков заявил Льву III, что дело короля — управлять церковью и защищать ее, а дело папы — за нее молиться”. Аналогично и Альфред был главой церкви в Англии³⁶. Как сказано в Законах Этельреда (ок. 1000 г.), “христианский король является Христовым наместником среди народа христианского, и он должен с чрезвычайным усердием отмщать преступления против Христа”³⁷. В целом, несмотря на отдельные разногласия между папами и императорами, духовенство поддерживало концепцию императорской власти, включая и главенство императора над самой церковью.

И королевская и церковная власть служили факторами динамичного развития правовых институтов. Начиная в особенности с VIII в. короли простирали свой мир (frith), то есть право своего дома, за пределы своей семьи, двора, друзей, слуг и посольных. Даже в VI и VII вв. короли уже делали активные попытки ограничить и поставить под свой контроль кровную месть; например, они взимали плату с отдельных лиц и дворов за определенные преступления даже тогда, когда мир собственно королевского дома нарушен не был. Постепенно все большее количество преступлений подпадало под королевский суд. За предательство, преднамеренное убийство и прелюбодеяние полагалась смертная казнь. В VIII и IX вв. франкские императоры, как и англосаксонские короли в IX и X вв., открыто взяли на себя ответственность за поддержание мира на всей принадлежащей королю земле. В присяге, составленной архиепископом Кентерберийским Дунстаном для коронации короля Эдгара в 973 г., Эдгар клялся, что “истинный мир” будет обеспечен всему “христианскому народу” в его королевстве, что грабежи и “все несправедные дела” будут запрещены, что все приговоры будут руководствоваться “справедливостью и милосердием”³⁸. Когда-то и франкские императоры приносили подобные клятвы. С течением времени были найдены способы дополнить эти клятвы путем назначения королевских представителей, которые должны были надзирать за местными народными собраниями. Были изобретены и другие административные средства поддержания королевского влияния на племена и местности. Кроме того, зарождающаяся феодальная система, имевшая короля верховным сюзереном, тоже способствовала укреплению мира таким образом.

Короли и епископы издавали новые законы и творили суд. Потребности королевской и церковной бюрократии вызвали к жизни новые правовые учреждения, более развитые, чем институты племенной, местной культуры. Например, королевские представители объявляли дознание, созывали жюри присяжных и допрашивали свидетелей. Королевские эдикты наряду с церковными решениями и декретами стали важными источниками

права. Так, рядом с обычным правом германских племен (Volksrecht) росло официальное право (Amtsrecht, как назвал его Рудольф Зом)³⁹. И официальное право, и многие черты народного права испытали влияние римского права в том виде, в каком оно существовало на землях, завоеванных германскими племенами. Многие римские правила сохранялись: например, безнравственная или незаконная сделка аннулировалась, несостоятельный должник должен платить проценты по своему долгу. Фактически произошла рецепция и вместе с этим вульгаризация римского права⁴⁰. В качестве современной аналогии можно привести пример рецепции права западного типа в Японии и Китае в конце XIX — начале XX в. Это западное право регулировало некоторые отношения официальных и высших кругов, но практически не затронуло традиционного правового порядка народа в целом.

Итак, в Европе вплоть до второй половины XI в. основные черты обычного права были племенными и местными с некоторыми феодальными элементами. Родовые связи продолжали представлять собой первичное определение и первоочередную гарантию правового статуса человека⁴¹. Короли проявляли мало инициативы в создании народного права. Практически отсутствовало королевское право договора, собственности, а также отношений помещика и арендатора и очень мало было королевского уголовного права и деликта. Когда королям все-таки удавалось установить хоть какую-то степень местного управления через королевских представителей, исход бывал двояким: либо местные общины, которыми представители должны были управлять от имени короля, их поглощали, либо те становились сами себе хозяевами. Сборники законов, которые время от времени издавали короли и в которых излагались обычаи, которые следовало лучше знать или тверже установить, не были законодательством в нынешнем смысле слова, — скорее это были увещания хранить мир, блюсти справедливость и воздерживаться от преступлений. Королю оставалось только умолять и молиться, как выразился Мейтленд, ибо приказывать и наказывать он не мог. Варварские правды даже содержали специальные условия, где говорилось, что, если человек исчерпал свои возможности в местных судах, он не должен обращаться к королю.

Несомненно, одним из факторов слабости центральной власти было состояние экономики и техники. Несмотря на некоторый рост торговли и числа населения городов в VIII — начале XI в., улучшение аграрной технологии, рост ремесел и общий прогресс искусства и науки, экономика оставалась почти всецело местной и существующая техника не позволяла обеспечить эффективную связь центра и периферии. Эти экономические и технические факторы были связаны с политическими и религиозными: законность центральной власти была основана на христианстве, а христианское мировоззрение вступало в острый конфликт с германским племенным укладом с его верой в честь и судьбу. В то же время центральной власти недоставало концепции независимой роли права, — права, которое служило бы средством проведения в жизнь христианских понятий и ценностей и способствовало осмыслению и контролю социальным, экономическим и политическим процессам. Динамичные элементы, имевшиеся в праве, были слабы и бессистемны, преобладали элементы статичные. Право считалось прежде всего выра-

жением народного бессознательного, продуктом “коллективной совести”, говоря словами Фрица Керна⁴², а не намеренным выражением сознательного разума или воли. В этом смысле право уподоблялось искусству, мифу, самому языку.

Книги покаяний и их отношение к народному праву

Более глубокое понимание правового порядка, господствовавшего в Европе вплоть до конца XI в., можно приобрести, если поближе рассмотреть систему наказаний и покаяний, введенную западной церковью или, точнее, церквями, ибо, несмотря на высокий престиж епископа Рима как *primus inter pares* (первого среди равных), на Западе не существовала еще отдельная, корпоративная, организованная католическая церковь. Не было единого юридического организма, скорее это было невидимое духовное сообщество отдельных епархий, поместных церквей, монастырей, которые были подчинены не только племенным, территориальным и феодальным единицам, но и королям и императору.

Система наказаний за грехи возникла в монастырях. Каждая монашеская община имела собственный правовой порядок в миниатюре, свое “правило” работы и молитвы, управления и дисциплины. Каждая такая община была независима и подчинялась как высшей власти только епархиальному епископу. Начиная с VI в. настоятели ведущих монастырей писали сборники правил, которые назывались уложениями о наказаниях, или книгами покаяний, где за разные грехи полагались разные наказания⁴³. Сначала за разные проступки виновные наказывались разным числом ударов, со временем телесные наказания стали более разнообразными и к ним добавились нетелесные. Обычным наказанием стал пост на определенное время, к этому присоединились богоугодные пожертвования, добрые дела и возмещение ущерба пострадавшим. Таким образом, христианское монашество, не осуждая старые общинные методы разрешения споров и наказания, предложило свои собственные процедуры, которые больше заботились о спасении душ, чем об умиротворении места.

Скоро уложения о наказаниях стали писаться не только для монахов, но и для всех христиан. К XI в. уже десятки таких книг ходили среди духовенства всех народов Европы. Как само монашество, они приходили из Ирландии, Уэльса, Шотландии в Англосаксонское и Франкское государства, включая и восточные области империи франков, распространялись в Испании, Ломбардии, в самом Риме, даже в Скандинавии. Это были неофициальные сборники правил, составленные отдельными клириками, они не были обязательны для священников, а скорее советовали им, как относиться к признавшим свои грехи. Эти сборники носили весьма различный характер в зависимости от места и века их написания.

Самый ранний источник западных книг покаяний можно найти в практике церкви в первые века христианства. Тогда церковь и на Западе и на Востоке требовала за особо серьезные грехи публичного покаяния. Все кающиеся должны были в определенное время предстать перед епископом, который в ходе торжественной и сложной церемонии приговаривал их в за-

висимости от тяжести проступка к разным срокам поста и запрещения принимать таинства. Например, в письмах Василия Великого (IV в.) перечисляются разные наказания за разные брачные и половые проступки, такие, как изнасилование, прелюбодеяние, второй брак (“дигамия”), инцест; наказания за такие религиозные преступления, как колдовство, идолопоклонство, осквернение могил, а также и за те преступления, которые много позже будут считаться светскими, например разные формы убийства, кража, лжесвидетельство, аборт, убийство младенца. Считалось, что таинство покаяния навечно обеспечивает примирение с Господом и ближним. Поэтому покаяние бывало только одно, как бывает одно крещение, в результате покаяние обычно откладывалось на конец жизни⁴⁴.

После V в. практика публичного покаяния на Западе сохранилась лишь в отдельных случаях. Под кельтским влиянием она была заменена личным тайным покаянием, которое могло повторяться по желанию, каждый тайно исповедовался священнику, который тайно налагал на него обязанность совершить определенные покаянные действия. Виды проступков, охватываемые западными книгами покаяний, были взяты из более ранних восточных образцов, но добавились и новые. “Светские” преступления тоже были грехами; фактически слова “преступление” и “грех” были взаимозаменяемы. Уложения часто проводили различие между главными грехами, которые еще назывались смертными (*capitalia crimina*) и мелкими грехами (*reccata minora*). Смертные грехи описывались не как действия, а скорее как образ мыслей или побуждение. Обычно их насчитывали семь: гордость, зависть, нецеломудрие, гнев, отчаяние (*accidia*, иногда называемая *tristitia seculi*, “мировая скорбь”), чревоугодие, скупость⁴⁵. В случае совершения определенного действия — скажем, убийства — наказание было разным в зависимости от побуждения преступника, а также и от ряда других обстоятельств. Конкретная форма покаяния, налагаемого священником, оставлялась на его усмотрение, а он руководствовался уложением.

Книги покаяний не предусматривали никакой судебной процедуры, хотя со временем они стали включать указания относительно тех вопросов, которые должен задавать священник. Процедура же представляла собой исповедь. Наказания применялись к тем грехам, в которых человек исповедался священнику. Как правило, исповедь была неофициальной и тайной, а святой долг священника был не разглашать содержание исповеди. Однако некоторые уложения (например, франкские IX и X вв., которые в этом отношении противостояли кельтской традиции) для злостных грехов сохраняли публичное покаяние⁴⁶. Однако, было ли покаяние тайным или публичным, система церковных наказаний основывалась в итоге на согласии отдельного нарушителя покаяться в своих грехах и свершить покаяние. Конечно, кроме согласия самого человека система опиралась и на мощное давление общества, которое требовало такого согласия.

Хотя обычно уложения устанавливали наказание за грех в виде определенного числа дней, месяцев или лет поста, они предоставляли и множество других способов искупления. Эти способы включали молитву, бдение, чтение псалмов и паломничество. Допускались также возмещение убытка жертвам и забота об их родственниках, например, в случае избиения обидчика могли обязать уплатить за лечение жертвы, выполнять работу жертвы и вы-

платить компенсацию. Украденное, а также мошеннически приобретенное или удерживаемое имущество должно было быть возвращено⁴⁷. Также очень давно сложилась практика при необходимости допускать замену одного наказания другим. Например, если человек был слишком болен, чтобы поститься, ему могли разрешить вместо поста прочесть определенное число псалмов. Со временем ввели и смягчение наказаний денежными выплатами, по примеру народного права, а в исключительных случаях плату могли вносить сородичи. Это привело к разнообразным формам покаяния через заместителя, в частности, за грешника могли каяться и священники, служа мессы по доверенности. Смягчение наказаний долгого поста и молитвы порой принимало эксцентричные формы, например проспать ночь в воде, на ореховой скорлупе, в могиле с мертвым телом или семь раз прочесть псалом, стоя с раскинутыми крестом руками (это называлось “честное крестное бдение”).

Современные историки канонического права обвинили подобные приемы в том, что они свели раскаяние и милость господнюю к “искусственной формальности”. Однако важно понять, что система наказаний в германскую эпоху еще не имела того значения, которое она приобрела позже. Во-первых, денежные выплаты за обиду и групповое возмещение были центральными чертами народного права германцев. Во-вторых, вплоть до конца XI в. способы покаяния еще не превратились в научную систему норм и процедур. Еще не была установлена абсолютная обязанность исповедоваться перед причастием. Тайнства в целом еще не были узаконены. Система церковных наказаний оставляла большой простор для вариаций метода, а то и принципа в различных епархиях, монастырях и даже приходах. А главное, сам священник не имел полномочий отпустить грех, то есть освободить кающегося от последствий совершенного им. Самое большее, он мог молиться, чтобы в результате покаяния Бог или Св. Петр или другой святой отпустил грех. Только после окончания германской эпохи, то есть в конце XI и в XII в., после того как церковь приобрела права юридического лица, полностью развилось юридическое понятие представительства и были узаконены тайнства, для священника стало возможным произнести: “Ego absolvo te”⁴⁸.

Церковные уложения о наказаниях основывались на мысли, что покаяние — лекарство для души. Например, Книга покаяний Бурхарда Вормского (ок. 1010 г.) начинается такими словами: “Эта книга называется “Исправитель” и “Врач”, потому что она содержит довольно средств для исправления тел и лечения душ и учит всякого священника, даже необразованного, как ему помочь каждому человеку, будь он посвящен или не посвящен в сан; беден или богат; мальчик, юноша или зрелый муж; дряхл, здоров или болен; всякого возраста; и обоих полов”⁴⁹. Идея наказания была подчинена идее исцеления; исцеление мыслилось как установление правильных отношений с Богом, то есть с жизнью в целом, включая и жизнь грядущего мира. Самым суровым наказанием было отлучение, которое означало запрещение участвовать в церковных таинствах, включая причастие, брак, похороны и др. Это должно было — временно — разорвать связь грешника с Богом и церковью, пока он верой и делами не подготовится к примирению. Это была крайняя мера, производившая то же действие, что и объявление вне закона, так как проклятия сыпались не только на голову преступника, но и на того, кто приходил к нему на помощь. По большей же части наказания были более

изопренны. Бытовала общая теория, извлеченная из медицинских понятий эпохи, что “противное надо лечить противным”. “Долг врача — охладить горячее, согреть холодное, осушить влажное и увлажнить сухое”⁵⁰. Это нашло выражение, например, в Книге покаяний Колумбана: “Болтливого человека следует приговорить к молчанию, нарушителя спокойствия к тишине, чревугодливого к посту, сонливого к бдительности”⁵¹. За пролитие крови обычно требовали отказаться от оружия, за нецеломудрие — воздерживаться от супружеских сношений.

Однако дозволялись различные вариации и замены в зависимости от личности преступника. Вот что говорит Книга покаяний, приписываемая Беде Достопочтенному:

“Не всех следует взвешивать на одних и тех же весах, хотя бы проступки их и были одинаковы, однако надо различать между богатым и бедным; свободным и рабом; дитятей, мальчиком, юношей, молодым человеком и стариком; глупым и умным; мирянином, клириком, монахом; епископом, пресвитером, диаконом, субдиаконом, чтецом, посвященным и не посвященным в сан; состоящим и не состоящим в браке; пилигримом, девой, канониссой или монахиней; слабым, больным, здоровым. Следует делать различие между характерами грехов и людей; воздержанный ли человек или невоздержанный, намеренно или случайно; [совершен ли грех] при всех или тайно; с какой степенью угрызения [виновник] исправляет свою вину, по необходимости или по желанию; место и время [проступков]”⁵².

“Таким способом, — утверждает епископ Мортимер, — казуистика и моральная теология проникали в каноническое право”⁵³.

Право покаяния, кодифицированное в церковных уложениях о наказаниях, во многих отношениях резко контрастировало с народным правом, развивавшимся еще с дохристианских времен. Народное право заботилось в основном о контроле кровной мести; книги покаяний заботились в основном о душе. Народное право основывало свои санкции за нанесенный ущерб прежде всего на характере и степени вреда; книги покаяний основывали свои санкции за нанесенный ущерб прежде всего на характере и степени серьезности проступка. Народное право опиралось в основном на честь и судьбу, книги покаяний опирались на понятия раскаяния и прощения. Народное право было направлено на подавление или предупреждение насильственного конфликта внутри племенной, местной и феодальной общины, книги покаяний — прежде всего на сохранение духовного благополучия общины верующих и подготовку их душ к вечной жизни.

И все же, несмотря на эти контрасты, право покаяния и народное право принадлежали одной культуре. Все главные “светские” преступления — убийство, грабеж и т.п. — были в то же время и грехами, которые следовало искупить покаянием, а все главные “церковные” проступки — половые и брачные грехи, колдовство и магия, нарушение монашеских обетов и т.п. — были в то же время и преступлениями, запрещенными народным правом и наказуемыми светскими властями. Да и сами “светские” власти, применявшие народное право, состояли в основном из духовенства. Поэтому нельзя говорить о существовании в этот период раздельного светского и духовного закона, или о праве светском и церковном. Народное право и церковные уложения о наказаниях обрабатывали, так сказать, одну и ту же почву. Разумеется, делали они это по-разному. В источниках той эпохи, с VI по начало XI в., эти два способа называются “мирским за-

коном” или “человеческим законом”, с одной стороны, и “Божьим законом” — с другой. Однако оба института, которые мы сегодня называем государством и церковью, одинаково заботились о том и о другом. Хорошую иллюстрацию этому можно найти в законах короля англосаксов Этельреда: “А тот, кто отныне каким-либо способом нарушит правые законы Бога или человека, пусть искупает свою вину ревностно... через божественное покаяние и через мирское исправление”⁵⁴. Таким образом, церковные книги покаяний поддерживались королем и объявлялись применимыми ко всем преступлениям — и против Бога, и против людей. Другая иллюстрация — преамбула обращения одного из “государственных посланцев” (*missi dominici*) Карла Великого, контролировавших действия местной администрации. “Мы посланы сюда, — заявляется в послании, — нашим господином императором Карлом для вашего вечного спасения, и мы требуем, чтобы вы жили добродетельно согласно закону Божьему и справедливо согласно закону мирскому”⁵⁵. Франкские и англосаксонские короли часто издавали законы, по которым нарушители мирского закона подлежали церковным наказаниям.

Народное право обладало лишь слабыми средствами принуждения и нуждалось в поддержке церковного закона для сохранения своей собственной святости, в особенности для сохранения святости клятв, на которых зиждилось народное право. Сверх того церковные уложения о наказаниях подкрепляли опору народного права на композиции и очень способствовали развитию элемента “доверие” в синдроме “доверие-недоверие”. Книги покаяний воспользовались для обозначения покаяния германским словом, обозначающим компенсацию (по-древнеанглийски “бот”). Бот уплачивался за нанесение обиды Богу. В англосаксонских уложениях о наказаниях и в праве вообще он иногда назывался “годбот”, а иногда просто “бот”. Однокоренной глагол *gebete* обозначал “раскаяться”, “искупить”, “загладить”. Бот, налагаемый священниками за грехи против Бога, содержал элементы искупления, заглаживания, возмещения. Предложение достойного бота жертве или ее сородичам являлось таким образом предложением мира, которое следовало уважить. Это было также и предложение, которое грешник обязан был сделать, а жертва или ее родичи — принять, уже не по народному праву, а по божественному. Ничего удивительного, что бот народного права пропитался понятиями искупления и примирения, взятыми от церковного, покаянного бота.

Еще во второй половине XII в. наставление под названием “Законы Генриха I” (*Leges Henrici Primi*) неоднократно повторяло, что английское право предпочитает тяжбе (*judicium*) полюбовную договоренность (*amor* или *amicitia*). Это было время, когда новые предствления о законности поставили под вопрос старые системы народного права. Неизвестный автор наставления, возможно клирик при дворе одного из английских королей, вполне следовал традиции книг покаяний, когда писал: “Все дела... предпочтительно решать миром и согласием (*pac*)... Если окружной суд увидит, что люди в споре друг с другом, он должен привести их к полюбовному соглашению [*amor*] или вынести приговор, который уладит спор... Но если требуется клятва примирения [*juramentum pacationis*], то пусть обидчик поклянется... что если бы обвинитель был в таком же положении... он принял бы предложение о возмещении ущерба или отказался от всяких претензий... Если кто-либо старается загладить перед пострадавшим свою вину... а потом ради достижения полюбовного соглашения [*amicitia*] с ним пред-

лагает ему что-нибудь вместе с клятвой о примирении [*pacis*], похвально, если тот, кому сделано такое предложение, оставит все это дело и не затаит обиды [*contumelie*] себе... Когда один из них имеет возможность выбрать... полюбовное соглашение... оно имеет такую же силу, как и сам приговор [*judicium*]... Относительно споров между соседями... они должны встретиться в межевом суде своих земель, и кто первый пожаловался, первый получит правосудие. Если спор надо будет перенести в другое место, пусть они отправляются в суд своего помещика... и в этом суде либо они сойдутся на полюбовном соглашении [*eos amicitia congreget*], либо официальный приговор их разделит [*sequestret iudicium*]; в ином же случае пусть они обращаются, если надо, в свой сотенный суд... Ибо таково правило закона, что человек, нечаянно совершивший проступок, должен сознательно загладить его. Однако чем больше мы понимаем, что человеческий род обречен покорону и жалобно сносить жестокости сурового жребия, тем больше следует обидчику милосердия и сострадания в руках родственников погибшего”⁵⁶.

Более чем за столетие до *Leges Henrici Primi* закон Этельреда постановил: “Где у тэна есть выбор из двух, любовь или закон”, то есть полюбовное улаживание или суд, “и он выбирает любовь, то (соглашение) имеет такую же силу, как суд”⁵⁷. Дорис М.Стентон пишет, что значение этого условия, которое повторяется по-латыни в *Leges Henrici Primi*, состоит в том, что судебное решение “может оставить одну из сторон неудовлетворенной и склонной к худшему”. Далее она отмечает, что в записях англосаксонских тяжб X и XI вв. “удивительно, как часто сторона, полностью преуспевающая в прениях, в конце концов приходит к компромиссу, в результате которого противная сторона получает пожизненное право на землю, являвшуюся предметом тяжбы”⁵⁸. То, что леди Стентон пишет об англосаксонском праве, подтверждается и в отношении франкского и вообще европейского права той эпохи. Как сообщает Стивен Уайт, споры в Англии и на континенте в X — XI вв. часто решались официальным компромиссом. Символом его был обмен подарками, которые являлись очевидными знаками дружбы и взаимного доверия. С.Уайт добавляет, что такие формальные соглашения достигались стараниями посредников, которые иногда назывались “друзья и соседи”⁵⁹.

Однако не следует преувеличивать влияние уложений о наказаниях, или церковного права покаяния, на народное право периода VI — X вв. Своей ственное христианству разделение на закон Божий и закон мирской, несомненно, способствовало некоторым наиболее мягким тенденциям мирового права, в особенности той, которую Макс Глакман называет “мир внутри междоусобицы”⁶⁰. Но за эти века христианство не изменило фундамента права германских племен. Оно и не могло этого сделать, хотя бы потому, что церковь как учреждение (вне монастырей) была полностью интегрирована в германское общество. Если смотреть абстрактно, то противоречия между христианским и германским мировоззрением носили невероятно острый характер: *saetas* против чести, милосердие против судьбы, мирный и гармоничный естественный порядок против естественного порядка, населенного демоническими силами, вечное спасение против священных бранных ценностей рода и королевской власти. Но конфликт в области мировоззрения не был геренесен на общество. В отношении общественных институтов христианство в то время

заняло, по существу, пассивную позицию. Даже после того, как при Карле Великом сложилось представление о короле как правителе “христианской империи”, языческие общественные институты продолжали занимать господствующее положение. Королевская власть, по словам Уоллеса-Хедрилла, “превратилась в должность, права и обязанности которой определяются церковниками... Назвать ли теперь королевскую власть христианской, а не германской? Я думаю, она останется германской; война продолжает занимать в западном обществе первое место: это настолько же образ жизни, насколько способ выживания или экспансии”⁶¹. Аналогичным образом в отношении уголовного права, права собственности и даже брачно-семейного права родовые связи продолжали господствовать и в итоге поддерживаться с помощью кровной мести и композиции. Церковь проповедовала брак по взаимному согласию супругов, но многие родители продолжали женить своих отпрысков еще в детстве. Церковь десакрализовала природу и сделала колдовство и суеверия грехом, но человек германского общества продолжал верить в призраков и духов камней и деревьев, продолжал колдовать, да и сама церковь в конце концов ассимилировала многие языческие суеверия и — в особенности в области права — облекла их в христианские формулы и обряды.

Если рассматривать народное право с высоты 1100 или 1150 г., то в Северной и Западной Европе 1000 г. оно кажется весьма примитивным. В 1000 г. не было профессиональной юридической науки. Не было класса ученых-юристов, которые выступали бы в роли судей, адвокатов или советников в церковных, королевских, городских, маноральных, торговых и прочих судах. Не было понятия права как организма, совокупности принципов, *corpus juris*, в котором примирялись бы разнообразные и противоречивые обычаи и законы. Не было учебников права и не было преподавателей, чтобы писать глоссы к ним. Не было понятия права как объекта изучения, отличного от теологии и философии; да и сами теология и философия еще не стали четкими научными дисциплинами.

Более того, при взгляде с перспективы XII в. институты законодательства и вынесения судебных решений среди народов севера и запада Европы в 1000 г. имели зачаточный характер. Хотя короли и издавали законы, они делали это от случая к случаю и в основном с целью подтвердить или исправить существующие обычаи. Законодательная власть пап, митрополитов и епископов тоже в значительной степени ограничивалась повторением правил, установленных Писанием, отцами церкви и церковными соборами. Королевским и церковным властям не ставилась задача систематически разрабатывать корпус статутного права. Так называемые кодексы, были ли это своды Божьего права или мирского права, представляли собой неполные собрания конкретных обычаев или конкретных правил, носивших эллиптический характер и лишенных определений принципов или понятий. Примерно так же обстояло дело с правосудием: не было профессиональных судов, то есть судов, укомплектованных профессиональными судьями. Отсутствовало и всякое представление о том, что дела следует решать согласно развитой системе общих принципов. Разумеется, имелись установившиеся правила и процедуры для наказания преступлений, возмещения ущерба, соблюдения договоров, посмертного распределения имущества и решения других проблем, связанных с правосудием. Каждый народ Европы имел свой довольно сложный правовой

порядок. Но ни один не имел правовой системы, в смысле сознательно изложенной и систематизированной структуры правовых учреждений, ясно отличающихся от других общественных институтов, и культивируемой лицами, специально обученными для этого.

Не только стиль старинного народного права Европы, но и его содержание представляются примитивными в сравнении со стандартами западной традиции права в том виде, в каком она сложилась после XI — XII вв. Юристы последующих эпох и не называли это право иначе как варварским. В XII в. и позже устаревшие “магическо-механические” методы доказывания путем судебного испытания, компургации и поединка были наконец осуждены и заменены. Родовая ответственность и “сами себя соблюдавшие” местные и феодальные обычаи уступили место более “рациональным” нормам процедурного и материального права. Церковное право покаяния, представленное в церковных уложениях о наказаниях VI — X вв., также казалось примитивным канонистам XI и XII столетий, и они подвергли его далеко идущим изменениям.

Однако если принять совсем другую и более обширную перспективу и рассматривать древнее народное право не с позиций западной традиции права в ее сложившемся виде, а с позиций правовых понятий и институтов незападных культур, — тогда отрицательные черты старинного народного права значительно меньше бросаются в глаза, чем его положительные качества.

Как и во многих западных культурах, основное право народов Европы с VI по X в. было не навязанным сверху сводом правил, а скорее неотъемлемой частью коллективного сознания, “коллективной совестью” общины. Сам народ творил закон и суд на своих собраниях; когда короли утвердили свою власть над законом, это было сделано с намерением руководить обычаем и правовым сознанием народа, а отнюдь не переделывать его. Узы рода, сеньории, территориальной общины и были законом. Если кто-то оскорблял эти узы, первым побуждением было искать отмщения, но месть должна была отступить — и обычно отступала — перед переговорами относительно размеров компенсации, за чем следовало примирение. Вынесение судебного решения часто было этапом процесса примирения. Таким образом, нарушенный мир в конце концов восстанавливался средствами дипломатии. За пределами вопроса о правом и виноватом стоял вопрос примирения воюющих сторон. То же самое можно сказать о праве многих так называемых примитивных обществ, существующих ныне в Африке, Азии и Южной Америке. То же относится и ко многим цивилизациям прошлого и настоящего.

До профессионализации и систематизации права гораздо больше простора оставалось для убеждений и мнений людей, для их бессознательных представлений, для процессов мифологического мышления. Из этого возникали правовые процедуры, всецело опирающиеся на обряд и символ и в этом смысле очень формальные. Но по той же причине материальное право было пластично и в значительной степени неформально. Права и обязанности не привязывались к букве закона, но вместо этого служили отражением общинных ценностей, они были живым законом, который, по выражению Фрица Керна, вырос “из животворных родников подсознания”. Керн признавал, что обычное право этой давней эпохи европейской истории часто было “неясным, сбивчивым и непрактичным, неуклюжим по форме”, но оно же было и “твор-

ческим, возвышенным, приспособленным к потребностям человека”⁶². Эта характеристика применима и к правовым понятиям и процессам многих современных бесписьменных культур Африки, Азии и Южной Америки, и к сложным, письменным, древним цивилизациям Китая, Японии и Индии.

Так, многие черты народного права германцев, которые на западный взгляд являются признаками слабости, выглядят признаками силы в глазах людей незападных культур. Отсутствие движений за правовую реформу, сложной юридической машины, сильной центральной законодательной власти, сильной центральной судебной власти, независимого от религиозных воззрений и эмоций свода законов, систематической юридической науки — все это лишь одна сторона медали. А вот другая: ощущение целостности жизни, взаимосвязи права со всеми сторонами жизни, ощущение того, что правовые учреждения и процессы, как и правовые нормы и правовые решения, составляют неотъемлемую часть вселенской гармонии. Право, как искусство, как миф и религия, как сам язык, было для народов Европы на ранних этапах их истории отнюдь не способом применения правил для определения вины и вынесения приговора, не средством разделения людей на основе набора принципов, — право было средством удержать людей вместе, оно было инструментом примирения. Право воспринималось прежде всего как процесс посредничества, способ общения, а не как процесс создания норм и принятия решений.

В этом отношении народное право германских и других европейских народов имело много общего с некоторыми восточными философиями права. В суфийской традиции Ближнего Востока бытует рассказ о том, как Ходже Насреддину впервые пришлось выступить в роли мирового судьи. Истец так убедительно излагает свое дело, что Насреддин восклицает: “По-моему, ты прав!” Секретарь суда умоляет его сдержаться, ведь еще не выступал ответчик. Слушая ответчика, Насреддин опять так увлекается, что восклицает: “По-моему, ты прав”. Секретарь суда, не в силах вынести этого, говорит: “Ваша честь, ведь они не могут быть оба правы”. “По-моему, ты прав”, — отвечает ему на это Насреддин⁶³. Оба правы, однако оба не могут быть правы. Ответ нельзя найти, задав вопрос: “Кто прав?” Ответ следует найти, сохранив честь обеих сторон и, таким образом, восстановив между ними правильные отношения.

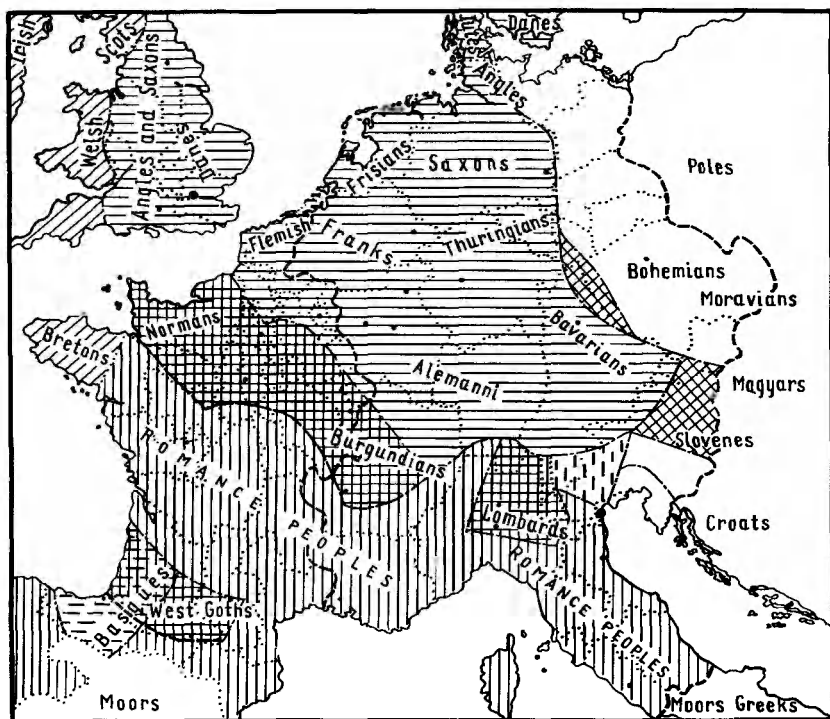
В традиции народов Азии, живущих под сильным влиянием буддийской и конфуцианской философии, общество управляется в первую очередь не путем распределения прав и обязанностей через систему общих норм, а путем поддержания правильных отношений между членами семьи, между семьями внутри сеньории, между семьями и сеньориями в границах определенной местности и под главенством императора. Общественная гармония гораздо важнее, чем “дать каждому по заслугам”. Да “каждый” и не мыслится отдельно от его общества или от вселенной, “каждый” — это неотъемлемая часть системы общественных отношений, подчиненной Принципу Неба. Поэтому в древних цивилизациях Азии подчеркивались традиционные, коллективные, интуитивные стороны жизни, а стороны интеллектуальные, аналитические, правовые были с ними слиты и им подчинены⁶⁴.

Это было справедливо и в отношении народов Европы до мощного взрыва

конца XI — начала XII в. Мифы, доминировавшие в их мышлении до (и после) введения христианства, не проводили резкой границы между магией и логикой или между судьбой и нормами уголовного права. А христианство — религия с Востока — не проводило резкой границы между верой и разумом.

Но можно ли сказать, что право существует в таком обществе, где общественный порядок отражает “восточную” концепцию сплава, гармонии всех аспектов жизни общества? Существует ли право, например, у народности тив на севере Нигерии, где система социального контроля построена на верности клану и роду, клановых репрессалиях и ритуальных компенсациях во избежание наказания от сверхъестественных сил, но где нет выраженных правительственных учреждений, нет судов и нет слова “закон”?⁶⁵ Люди племени тив принимают определенные нормы как обязывающие, определенные решения как авторитетные, определенные процедуры объявления этих норм и решений как действительные. Если они не отличают эти процедуры, решения и нормы от религии, политики, экономики и семейной жизни и не называют их “правом”, значит ли это, что и мы не должны их так называть? Разве нельзя сказать, что среди людей племени тив и в ряде других обществ то, что мы зовем правом, полностью растворено, совершенно переплетено с религиозными, политическими, экономическими, семейными и другими общественными институтами и процессами? А.С.Даймонд, который определяет право как нормы поведения, нарушение которых упорядоченно наказывается санкциями, налагаемыми обществом через упорядоченные процедуры, категорически утверждает, что “у тив нет права”. Для Даймонда с его западной ориентацией “право в полном смысле слова” состоит из “правил поведения, за соблюдением которых следит государственный орган”. Это определение почти исключает право и у германских племен (включая англосаксов и франков). Действительно, по мнению Даймонда, германцы “находятся у начатков права”⁶⁶.

Такая парадигма общественного порядка, когда право в основном растворено в религиозных, политических, экономических, семейных и прочих институтах и процессах, и тезис о том, что такой общественный порядок исторически предшествовал развитию правовых систем западной цивилизации, были впервые выдвинуты более ста лет назад в работах сэра Генри Мэна. Он писал, что древние своды законов римлян, греков и индусов и на Востоке и на Западе “смешивали религиозные, гражданские и просто моральные предписания без малейшего внимания к их сути” и что “отделение права от морали и религии от права принадлежит лишь к более поздним стадиям умственного прогресса”⁶⁷. Даймонд на эти замечания дает ответ, что ранние кодексы содержат “очень мало религиозного”, что они “всцело светские”, что они “не являются собой никакого смешения права и религии”. Но ведь ответ этот базируется на совершенно произвольном допущении, что именно есть право, а что есть религия⁶⁸. Мэн, по сути, доказывал, что те нормы, которые современному наблюдателю кажутся “исключительно светскими”, скажем, что за убийство свободного человека надо платить вергельд в 100 шиллингов, а за убийство аристократа — в 300, — на деле тесно пере-



Карта 1. Западная Европа около 1050 г.

плетены с моральными и религиозными нормами общества. Недостаточно сказать, что такая норма отличается от современных правовых норм постольку, поскольку не было централизованного управления или другой специальной “юридической машинерии” для проведения в жизнь этого закона (как считал Деннис Ллойд)⁶⁹, или постольку, поскольку способ проведения закона в жизнь (испытанием или компургацией) был религиозным, а сама норма носила светский характер (как настаивает Даймонд)⁷⁰. Важно здесь то, что вся германская система правил денежной компенсации за обиды была частью парадигмы *wurd* и *lof*, *виры* и *бота*, а также и *mund*, *frith*, *borh*, *wed*. Эти правила были частью системы судьбы и чести, которая сплавила право с религией, политикой, экономикой, узами клана и дома. Даймонд доводит свою мысль до абсурда, когда заявляет, что большая часть древнееврейского ветхозаветного права является также “светским правом”, абсолютно отличным от религии. Древние евреи никогда не признавали такого отличия и осудили бы его; для них каждое слово Библии было священно.

Я убежден, что обычное право народов Европы VI — X вв. было слито воедино с религией и моралью, но в то же время это было право, правовой порядок, правовое измерение общественной жизни. И я также убежден, что имеет смысл определять как правовое измерение общественной жизни разделяемое членами сообщества ощущение (любого сообщества, будь это семья, квартал или школа) того, что они связаны взаимными правами и обязанностями, исходящими от признаваемого ими всеми авторитета. Как только ребенок взывает к принципам равенства, последовательности, соблюдения обещания или правила, например, он считает, что имеет право на игрушку, потому что брат уже ею играл, а они всегда играют по очереди, и потому что она его, и потому что папа так сказал, тогда имеет смысл говорить об обращении к справедливости или к праву. В некоторых системах воспитания такой аргумент может быть отвергнут, особенно в тех, которые находятся под сильным влиянием конфуцианской этики. Однако уже то, что такой аргумент придется опровергать, служит некоторым доказательством того, что он отражает принцип, свойственный общественной организации.

Не то чтобы семья (или деревня), где руководствуются конфуцианской этикой, не имеет закона, однако правовое измерение ее жизни полностью подчинено неправовому, *fa* подчинено *li*⁷¹. Не то чтобы у людей народа нет права, однако их законные права и обязанности полностью вплетены в религиозные и другие институты и ценности. Народное же право германских племен Европы роднит с этими и другими незападными правовыми порядками именно то обстоятельство, что народное право было подчинено обязательствам рода, сенъории и королевской власти и сплетено с героической борьбой за честь в мире, управляемом судьбой, *вирд*.

Если определить общее в этих разных правовых порядках одной фразой, то это святость обычая. Обычай священен и священны его нормы. Говоря словами Софокла, “эти законы не нынешнего дня или вчерашнего, они живы вечно; и никто не знает, когда они были нам впервые открыты” (“Антигона”). В таком правовом порядке закон не является чем-то, что сознательно создается или переделывается центральной властью; власти время от времени осуществляют законодательную деятельность, однако по большей части право вырастает из способов и норм поведения, нравов и привычек народа и общины. Более того, в таком правовом порядке обычай не подвергается сознательному, систематическому, постоянному рассмотрению юристов. Обычай столь свят, что его даже не обязательно называть священным, его просто уважают и соблюдают, не задавая вопросов.

И все же обычное право германских племен не очень легко подогнать к модели или архетипу обычного права как такового, как, впрочем, и к любой другой модели, включая архаическое право и первобытное право, хотя бы потому, что оно подпало под влияние христианства. Возникновение христианства и его распространение по Европе являются событием уникальным, которое не поддается объяснению никакой теорией общества. Вступив в противоречие с германским мировоззрением и расколов жизнь на два царства, христианство поставило под вопрос высшую святость обычая, а с ним и высшую святость отношений рода, сенъории и королевской власти. Христианство поставило под вопрос и высшую святость природы, например воды и огня, судебных испытаний. Однако, поставив под сомнение их высшую святость,

христианство не отрицало их святости вообще. Напротив, церковь поддерживала священные установления и ценности народа, включая испытания. Церковь их поддерживала и одновременно ставила под сомнение тем, что представляла альтернативу более высокого порядка — царствие Божье, закон Божий, жизнь грядущего мира. Когда жизнь раскололась на два царства, вечное и бrenное, бrenное понизилось в цене, но и только. Раскол произошел не в жизни общества, а в душе человека. Однако на общественную жизнь этот факт оказал косвенное влияние в некоторых важных отношениях. Основа народного права германцев осталась без изменений, однако некоторые его черты испытали сильное влияние христианских убеждений.

Если бы можно было вычесть из народного права германцев все следы христианства, это право с успехом можно было бы отнести к одному (или более) из архетипов правового порядка, предложенных теоретиками общества. Это право целиком попало бы в рамки архаического права — вместе с римским правом XII Таблиц, раннеиндусским и древнегреческим. Куда хуже оно вошло бы в рамки первобытного права. Право германцев можно было бы рассматривать как тип права, характерный для зарождающегося феодализма. Несомненно, оно — пример обычного права. Однако подобные модели лишь частично применимы к правовым институтам франков, англосаксов и других народов Европы VI — X вв. Эти модели не оставляют места ни книгам покаяний, ни религиозным законам, изданным королями, ни центральной роли духовенства на всех этапах управления. А главное, христианство придавало праву положительную ценность, что резко контрастирует с отношением к праву, характерным для религий или философий других обществ, сравнимых по общей структуре с христианизированными обществами Европы.

Однако же если сравнить положение церкви в германско-франкский период истории Европы с положением Моисеевых священников в племенной период истории Израиля, поражает двойственность отношения церкви к праву и ее “потусторонность”. Ведь в то время необъемлемой частью христианской веры считалось отрицание всякой ценности попыток коренным образом изменить закон этого мира. Мирской закон считался справедливым и даже священным. Он проигрывал только в сравнении с законом Божиим, который один мог спасти злых людей от адского пламени.

Именно такое отношение к праву и к месту церкви в мире и претерпело коренное изменение в конце XI и в XII в. Церковь вознамерилась переделать и саму себя, и окружающий мир посредством права. Церковь сделала юридическим лицом, видимой, корпоративной общностью, не зависящей ни от имперских, ни от королевских, феодальных или городских властей. Были сформулированы автономные своды права, сначала в рамках церковной сферы власти, а затем и в рамках разных областей светской сферы, — отчасти чтобы сохранить связность каждой власти, отчасти чтобы произвести реформу каждой из них, а отчасти чтобы уравновесить их все. Эти новые явления стали возможны только потому, что фундамент их был заложен раньше. Именно тогда была создана основа для формирования стабильных сообществ; этой основой стал единый *populus christianus*, в котором не было ни отделения церкви от государства, ни отделения права от других средств общественного контроля. С социологической и исторической точек зрения существование такого единого общества было необходимой предпосылкой создания в будущем раз-

нообразных, автономных, соперничающих систем права, как церковного, так и светского. Без этого единения новые правовые системы воспринимались бы как чисто механические и бюрократические, они не смогли бы достичь своих высших целей — связности, реформы и равновесия.

К концу XX в. предыстория западной традиции права приобретает особую значимость. Уже на протяжении жизни двух поколений для западного общества все более характерны зияющие пропасти между расами, классами, полами, поколениями. Узы веры ослабли, узы родства и почвы уступили место неясным и абстрактным “национальным идеям”. С распадом стабильных сообществ Запад больше не верит в право как способ защитить духовные ценности от коррумпированных сил социума, экономики и политики. Возврата к прошлому, конечно, нет, и уж менее всего к отдаленному прошлому начала западной цивилизации. Однако в наше скептическое время скептикам нелишне было бы спросить, какими историческими путями человек Запада забрел в этот тупик, и признать свою собственную тоску по тем временам, когда люди и вправду верили, что “мир одолевает закон, а любовь одолевает правосудие”.

2.

ИСТОКИ ЗАПАДНОЙ ТРАДИЦИИ ПРАВА В ПАПСКОЙ РЕВОЛЮЦИИ

До XI в. у народов Западной Европы право не существовало как четкая система регулирования или как четкая система мысли. Конечно, у каждого народа был собственный правовой порядок, который включал отдельные законодательные акты, исходящие от центральной власти, а также бесчисленное множество неписаных правовых норм и институтов, как светских, так и церковных. Значительное число конкретных юридических терминов и норм было унаследовано от более раннего римского права, они содержались в кано́нах и постановлениях местных церковных соборов и отдельных епископов, а также в некоторых королевских законах и в обычном праве. Однако и светской, и церковной сфере недоставало резкого отграничения права от других процессов социального контроля и других видов интеллектуальной деятельности. Светское право в целом не было извлечено из общего племенного, местного, феодального обычая или из общего обычая королевского или императорского дома. Точно так же и право церкви было в значительной степени растворено в жизни церкви, в ее властных структурах, наравне с теологией, моральными посылками, литургической практикой и было преимущественно локальным и региональным и скорее обычным, нежели централизованным или законодательно утвержденным. Не было ни профессиональных судей, ни юристов, не существовало иерархии судов.

Также недоставало и представления о праве как четко очерченном “корпусе”, “своде” норм и понятий. Не было юридических учебных заведений. Не было великих юридических текстов, которые занимались бы такими базовыми правовыми категориями, как юрисдикция, процедура, преступность, договор, собственность, и другими вопросами, составившими в дальнейшем структурные элементы правовых систем Запада. Отсутствовали развитые теории источников права, отношения божественного и естественного права к человеческому, церковного права к светскому, законодательно утвержденному права к обычному или же разных видов светского права — феодального, королевского, городского — друг к другу.

Относительно несистематический характер правового регулирования и относительно неразвитое состояние юридической науки были тесно связаны с господствующими политическими, экономическими и социальными условиями. Сюда входили: преимущественно местный характер племенных, деревенских и феодальных сообществ; их относительно высокий уровень экономической самодостаточности; сплав властей внутри каждого из них; относительная слабость политического и экономического контроля, которым обладали императорские и королевские власти; и относительная сила неформальных родовых связей общины, почвы и боевого товарищества.

В конце XI, в XII и начале XIII в. в Западной Европе произошла коренная перемена в самой природе права как политического института и интеллектуального понятия. Право было извлечено из своего окружения. В политическом аспекте впервые появились сильные центральные органы власти, и церковные, и светские, которые через своих официальных представителей по нисходящей контролировали местную жизнь. Отчасти в связи с этим возник класс профессиональных юристов, включавший профессиональных судей и практикующих адвокатов. В интеллектуальном отношении Европа одновременно пережила создание первых юридических школ, написание первых юридических трактатов, сознательное упорядочение громадной массы унаследованных юридических материалов и развитие концепции права как автономного, интегрированного, развивающегося свода правовых принципов и процедур.

Сочетание этих двух факторов, политического и интеллектуального, способствовало рождению западных правовых систем нового времени, из которых первой стала новая система канонического права римской католической церкви (тогда его впервые стали регулярно именовать "jus canonicum"). В это же время каноническое право было поделено на "старое право" (jus antiquum), состоявшее из древнейших текстов и канонов, и "новое право" (jus novum), состоявшее из новейших законодательных актов и решений наряду с новыми толкованиями древнейших текстов и канонов. На фоне новой системы канонического права, а порой и в соперничестве с ней европейские королевства и другие государственные объединения начали создавать свои собственные правовые системы. В то же время в большинстве регионов Европы возникли вольные города, каждый из которых имел собственные правительственные и правовые учреждения, формируя таким образом новый тип городского права. В дополнение к этому претерпели систематизацию феодальные (сюзерен — вассал) и манориальные (помещик — крестьянин) правовые институты, а для удовлетворения нужд купцов, занимавшихся межгородской, межрегиональной и международной торговлей, была разработана новая система торгового права. Появление систем феодального, манориального, торгового и городского права ясно показывает, что не одни лишь политические и интеллектуальные, а и социальные и экономические факторы работали на возникновение того, что нельзя назвать иначе как революционным преобразованием правовых институтов. Другими словами, создание правовых систем нового времени в конце XI, в XII и начале XIII в. было не только претворением в жизнь политики и теорий центральной элиты, но и откликом на социальные и экономические перемены "на местах".

Действовали и религиозные факторы. Ведь на первом этапе создание правовых систем нового времени явилось ответом на революционные перемены

ны внутри церкви и в отношении церкви к светским властям. А уж здесь слово “революционный” окрашено всеми привычными нам оттенками классовой борьбы и насилия. В 1075 г., после 25 лет агитации и пропаганды партии папы, папа Григорий VII объявил политическое и юридическое главенство папства над всей церковью и независимость духовенства от светского контроля. Григорий также настаивал на высшем главенстве папы в светских вопросах, включая власть низлагать императоров и королей. Император Генрих IV Саксонский, ответил на это военными действиями. Гражданская война между партиями папы и императора бушевала в Европе с перерывами до 1122 г., когда в немецком городе Вормсе был подписан заключительный конкордат. В Англии и Нормандии временную передышку обеспечил Бекский конкордат 1107 г., однако вопрос там не был окончательно решен вплоть до мученической смерти архиепископа Томаса Бекета в 1170 г.

Большие перемены, происшедшие в жизни западной церкви и в отношениях между церковными и светскими властями за последнюю четверть XI и первую четверть XII в., по традиции именуется реформой Гильдебранда или же григорианской реформой, по имени монаха Гильдебранда, который возглавлял партию папы после 1050 г. и правил под именем папы Григория VII с 1073 по 1085 г. Однако термин “реформа” — это серьезное преуменьшение, отчасти отражающее желание самой партии папы (и позднейших католических историков) затушевать истинный масштаб разницы между тем, что было до, и тем, что пришло после. Оригинальный латинский термин, *refortatio*, может предполагать гораздо более существенный разрыв преемственности, намекая на протестантскую Реформацию XVI в. Другой термин, употребляемый для обозначения этой эпохи, “борьба за инвеституру”, является не столько преуменьшением, сколько обтекаемым выражением. Указывая на стремление папства вырвать из рук королей и императоров право облекать епископов символами их власти, это выражение связывает конфликт между партией папы и королей (или императора) с главным лозунгом реформаторов-папистов: “свобода церкви”. Этот драматичный лозунг отнюдь не передает в полной мере истинного масштаба предпринятого революционного преобразования, которое многие ведущие историки считают первым важным поворотным пунктом европейской истории и которое многие осознают как начало нового времени¹. На самом деле речь шла, по выражению Питера Брауна, о “высвобождении двух сфер, сферы священного и сферы профанного”, отчего произошел выброс энергии и творчества, сравнимый разве что с ядерной реакцией².

Церковь и империя: клюнийская реформа

Вплоть до конца XI в. западное христианское духовенство — епископы, священники и монахи — находилось куда больше под властью императоров, королей и крупнейших феодалов, чем под властью пап. С одной стороны, большая часть церковной собственности принадлежала этим самым императорам, королям и крупным помещикам. Как собственники-миряне, они не только контролировали земли и доходы церкви, но и назначали на должности епархиальных архиереев

и других, находившихся на их земле угодных им лиц, часто из числа близких родственников. Эта власть раздавать церковные должности (бенефиции) часто оказывалась весьма прибыльной, так как этим должностям сопутствовала обязанность получать доходы и службы с земельных владений при них. Епархия представляла собой обычно большое феодальное поместье, в котором имелись министерялы, управлявшие сельскохозяйственным производством и занимавшиеся военными делами, а также крестьяне, обеспечивавшие рабочую силу. Более низкие должности внутри епархии, скажем обыкновенный деревенский приход, тоже могли оказаться весьма доходными, ведь патрону полагалась часть сельскохозяйственной продукции и дохода от разных экономических служб.

В дополнение к своему подчиненному положению в политико-экономическом отношении церковь и по своей внутренней структуре была подотчетна мирянам. Императоры и короли созывали церковные соборы и публиковали церковные законы. В то же время епископы и другие высокопоставленные представители духовенства заседали в правительственных органах: местных, баронских, королевских или имперских. Епархиальное управление часто являлось главным органом гражданской администрации, а епископы — важными членами феодальной иерархии. Женитьба священников, в то время широко распространенная, предоставляла им родственные связи с местными правителями. Императоры и короли облекали епископов не только гражданской и феодальной властью, но и церковной. Таким образом, религиозная и политическая сферы тесно переплетались. Спор по юрисдикции епископа мог решаться в Риме или региональном синоде, однако с тем же успехом его мог рассматривать суд короля или императора.

Эта система была аналогична той, что господствовала в Восточной Римской империи, и которая позже была на Западе осуждена как “кесарепапизм”.

Однако не совсем корректно говорить о королях и императорах Западной Европы в VI — XI вв. как “мирянах.” Так их стал называть папа после 1075 г., но до того времени они обладали бесспорными религиозными функциями. Правда, они не были духовенством, то есть возведенными в сан священниками. Тем не менее считались “Христовыми наместниками”, сакральными фигурами, религиозными вождями своего народа. Часто говорилось, что эти люди стали святыми благодаря своему помазанию и имеют целительный дар. Император в особенности воспринимался как высший духовный руководитель всех христиан, которого не смел судить ни один человек, но который сам судил всех людей и отвечал за них на Страшном суде³.

Империи Карла Великого или Генриха IV не следует путать с более ранними империями — римской империей Августа или Константина. Хотя и поддерживалась иллюзия непрерывности по отношению к Древнему Риму, каролингский термин “империя” (*imperium*) относился не к территории или федерации народов, а скорее к природе императорской власти, которая при этом сильно отличалась от власти предшествующих римских императоров. В отличие от кесаря, Карл и его преемники правили своими подданными не через имперскую бюрократию. Даже не было столичного города, сравнимого с Римом или Константинополем. Более того, в империи кесарей было множество городов, а Карл и его преемники городов почти не имели. Вместо

этого император и его дом путешествовал по своим обширным пределам из одной местности в другую. Он был постоянно в пути, разъезжая по Франции, Бургундии, Италии, Венгрии и по своей франко-германской родине. В рамках почти исключительно местной экономики и такой политической структуры, которая давала высшую власть племенным и региональным вождям, перед императором стояли военная задача — поддержать коалицию племенных армий, которые защитили бы империю от внешних врагов, и духовная — поддержать христианскую веру империи против возврата к язычеству. Император правил, проводя судебные заседания, но был прежде всего судьей своего народа. Приехав куда-либо, он выслушивал жалобы и осуществлял правосудие, был также защитником бедных и слабых, вдов и сирот.

Эта империя была не географическим единством, а единством военной и духовной властей. Ее стали именовать Римской империей не ранее 1034 г., а Священной Римской империей называли только в 1254 г.

В X и начале XI в. существовало мощное движение за очищение церкви от феодальных и местных влияний и от неизбежно сопутствующей им коррупции. Ведущую роль в этом движении играло аббатство Клуни, чья штаб-квартира была расположена в одноименном городе на юге Франции. Клуни представляет особый интерес с юридической точки зрения, так как это был первый монашеский орден, в котором все монастыри, разбросанные по Европе, подчинялись единому главе. До основания аббатства Клуни в 910 г. каждый бенедиктинский монастырь был независимой единицей под руководством аббата, обычно под юрисдикцией местного епископа, и имел лишь слабые федеративные связи с другими бенедиктинскими монастырями. Клунийские монастыри, которых через сто лет после основания ордена насчитывалась добрая тысяча, все управлялись приорами под юрисдикцией аббата Клуни. По этой причине аббатство Клуни называли первой транслокальной корпорацией, послужившей в итоге моделью для католической церкви в целом⁴.

Значение Клуни как модели транслокального, иерархического, корпоративного управления равно его значению как первого в Европе движения за мир. На целом ряде синодов, состоявшихся в разных районах южной и центральной Франции в конце X в., не только духовенство, но и светские правители официально санкционировали идею Мира Господнего. Постановления о мире разных синодов различались в деталях, однако все они в целом запрещали под страхом отлучения всякий акт войны или мести против клириков, пилигримов, купцов, евреев, женщин, крестьян, а также против церковной и сельской собственности. Более того, они обычно пользовались для обеспечения поддержки инструментом присяги, то есть людей просили коллективно поклясться соблюдать мир. На Буржском соборе 1038 г., например, было объявлено, что всякий взрослый христианин в епархии архиепископа должен дать такую клятву и вступить в специальное ополчение для поддержания мира. Кроме защиты мирного населения, движение за мир, распространившееся на большей части Западной Европы, стало включать запрещение войны по определенным дням. Так называемое Перемирие Господне, автором которого был аббат Клуни Одилон (994—1049), приостановило боевые действия сначала с полудня субботы до раннего утра понедельника, а потом с

вечера среды до утра понедельника, равно как и на время великого поста, рождественского поста и по дням разных святых.

Усилия аббатства Клуни и церкви в целом по ограждению определенных классов людей от военной службы и посягательств на их личность и имущество, а также по ограничению военных действий определенными днями могли иметь лишь частичный успех в эпоху насилия и анархии, какими были X и XI вв. Однако значение движения за мир для будущего, и особенно для будущего западной традиции права, было громадно, ибо опыт принесения коллективной присяги во имя мира сыграл ключевую роль в основании городов в конце XI в. и позднее, в формировании гильдий и цехов внутри городов, в законодательной деятельности герцогов, королей и императоров через так называемый герцогский или королевский мир и через "мир земли" (*pac terrae, Landfriede*).

И что всего важнее, клунийцы и другие реформаторы стремились повысить уровень религиозной жизни, нападая на церковную власть феодальных и местных правителей, которая особенно ярко проявлялась в покупке и продаже церковных должностей (симонии) и в практике брака и внебрачного сожителства духовенства (николаизме). То и другое вовлекало епископов и священников в местную и клановую политику. Однако для успеха этих усилий необходима была поддержка сильной центральной власти. Папство было слишком слабо для этой цели, ведь папы в то время сами подчинялись городской аристократии Рима. Клунийцы обратились за поддержкой к императорам, преемникам Карла Великого, правившим нынешней Германией, Восточной Францией, Швейцарией и Северной Италией. Императоры в свою очередь обрадовались поддержке со стороны Клуни, да и других реформаторских движений. С помощью этой поддержки они со временем вырвали из рук римской знати власть назначать папу.

В противовес характерным для нового времени идеям раздельности церкви и государства церковь в 1000 г. не задумывалась как видимая, корпоративная, юридически оформленная структура, противостоящая политической власти. Наоборот, церковь (*ecclesia*) была задумана как народ христианский, *populus christianus*, руководимый и светскими и духовными властями (*regnum et sacerdotium*). Задолго до того, как Карл согласился, чтобы папа в 800 г. короновал его императором, его верный слуга Алкуин, английский ученый и религиозный деятель, называл его правителем *imperium christianum* (христианской империи). Сам Карл в 794 г. созвал во Франкфурте вселенский церковный собор, на котором объявил важные изменения в богословской доктрине и церковном праве. Некоторые историки утверждают, что папа Лев III сделал Карла императором, однако будет правильнее сказать, что Карл сделал Льва папой. В 813 г. Карл короновал своего сына императором вообще без участия духовенства⁵. Следующие германские императоры требовали от папы при его избрании принести присягу на верность императору. Из 25 пап, занимавших эту должность в течение столетия до 1059 г. (когда впервые церковный синод запретил мирскую инвеституру), 21 был прямо назначен императорами, а 5 ими же уволены. Более того, не только германские императоры контролировали епископов в своих владениях. В 1067 г. Вильгельм Завоеватель издал знаменитый декрет, в котором провозгласил, что король полномочен решать, должна ли церковь в Нормандии и Англии признать папу, что король издает законы церкви через им же созы-

ваемые церковные синоды и что король имеет право вето на церковные наказания, наложенные на его баронов и слуг.

Императорский и королевский контроль над церковью был нужен для того, чтобы оградить ее от коррумпирующего влияния баронской и местной политики и экономики. Однако осуществление этой основной цели клонийской реформы встретило на своем пути неодолимое препятствие: клир был до такой степени запутан в политические и экономические хитросплетения на всех уровнях, что не представлялось возможным его оттуда извлечь. Под эгидой великих императоров-реформаторов X и XI вв. можно было очистить монашеские ордена и укрепить папство, но всю церковь радикально реформировать было невозможно, ибо она не обладала независимостью. Симония и николаизм оставались жгучими проблемами.

Николаизм (брак духовенства) был вопросом не только моральным, но и вопросом социальным, политическим и экономическим. Брак вводил духовенство внутрь клановой и феодальной структур, влек за собой наследование некоторых церковных должностей сыновьями и другими родственниками священников. Это, по крайней мере, ставило хоть какие-то пределы симонии (продаже церковных бенефициев). Если ни одна церковная должность не должна быть наследственной, как же можно оставить инвеституру в руках мирян? Разве короли и императоры духовно соответствуют потребностям назначения огромного количества новых клириков на высокие освободившиеся должности, а они неизбежно будут освобождаться, если священники не будут жениться и иметь наследников? А как насчет низших церковных должностей, которые должны заполняться по указанию феодальных сеньоров?

Надо сказать, что всегда наблюдалась некоторая напряженность в связи с подчинением духовенства, и особенно папства, лицам, которые, хотя и являлись носителями достойного и даже священного сана, все же не были сами возведены в сан священников. В конце IV в. Св. Амвросий, епископ Миланский, сказал: "Дворцы принадлежат императору, церкви — священству". Он же отлучил от церкви императора Феодосия, сняв отлучение только после исполнения императором покаяния. Веком позже папа Геласий I писал императору Анастасию: "Есть две [вещи], августейший император, которыми в основном управляется мир, священная власть священства и королевская власть... Если сами епископы, сознавая, что императорское достоинство было дано тебе соизволением Господа, повинуются твоим законам настолько, насколько это касается общественного порядка... с каким же рвением, спрашиваю я, должны повиноваться тем, кто назначен служить священным тайнам [в вопросах религии]?"⁶ Это и была исходная доктрина "двух мечей": священство обслуживало святые тайны, но император писал законы, включая и церковные. У франков короли и императоры часто опирались на поддержку пап и признали их верховенство (и вообще епископов) в вопросах веры. Идея церковной автономии имела глубокие корни и в авторитете Священного писания. Однако фактически франкские императоры, а в X и XI вв. германские императоры, французские и английские короли, а вместе с ними испанские, скандинавские, польские, богемские, венгерские и прочие правители руководили епископами даже в вопросах религиозного учения, совершенно так же, как раньше византийские императоры. Более того, они облакали духовенство знаками их церковных должностей: франкские императоры и короли вручали епископам кольцо и пастырский посох, символы их епископского достоинства, и при этом

произносили “Accipe ecclesiam!” (Прими церковь!) Так и светский, и духовный меч оказывались в одной руке. Обоснованием этому служило то, что императоры и короли были освященные, сакральные правители, “Христовы наместники”. Епископов было много, папа римский был их примасом (первый среди равных), однако император был один, как в каждом королевстве только один король.

Епископ Рима носил титул “наместник Св.Петра”, лишь в XII в. он получил титул “наместник Христа”. Только тогда император вынужден был отказаться от этого титула. Как Христов заместитель, папа претендовал на оба меча, одним он действовал прямо, другим косвенно. Теперь светских правителей было много, а папа только один.

Первенство епископа Рима среди других епископов утвердилось еще в IV, а возможно, и в III в., и его время от времени, хотя, конечно, не всегда, признавали другие крупнейшие епископы. Однако первенство могло означать много разных вещей. Пока церковь на Западе оставалась преимущественно децентрализованной, под контролем местных правителей-мирян, папская власть неизбежно оказывалась слабой и тесно связанной с императорской властью, тоже слабой. Вспыхивавшая время от времени борьба местных епископов и церковей за освобождение от местных феодалов могла таким образом принимать форму апелляции к императорской власти или к папской власти, а то и к обеим. Конфликт очень редко поднимался до более высокого уровня. Яркий пример — великая подделка середины IX в., известная как Лжеисидоровы, или Фальшивые, декреталии. Это было огромное собрание писем и постановлений, ложно приписанных папам и соборам начиная с IV в.; Лжеисидоровы декреталии были направлены против усилий епископа Реймского, пользовавшегося поддержкой императора, пресечь обращение своих клириков в Рим для разрешения споров. Тот факт, что для этой цели автору пришлось сочинить массу документов, кое-что говорит нам о природе епископской власти в церкви тогда и раньше. На самом деле Лжеисидоровы декреталии были составлены не в Риме. Папы не принимали их вплоть до того времени, двумя столетиями позже, когда партия папы использовала эти документы для оправдания совсем иных целей, чем те, которые преследовал оригинал. Во второй половине IX в. папа Николай I (856—867) утвердил-таки папскую власть не только над архиепископами и епископами, заявив, что им нельзя занять престол без его согласия, но и над императорами, заявив, что короли не имеют права судить священников и что священники не подлежат юрисдикции королей. Однако опять же такие утверждения были важнее для будущего, чем для своего времени. Они нисколько не изменили реальности императорской, королевской, местной феодальной власти мирян над церковью. Более того, в конце IX, в X и начале XI в. престиж папства упал до самой низкой отметки, а пытались поднять его императоры.

Первенство епископа Рима над другими епископами дало королю германцев повод каждые несколько лет приводить в Рим из-за Альп свою армию, чтобы всякий раз подтвердить свои императорские притязания на роль защитника Рима от знати Ломбардии, Тосканы и Рима.

Духовная власть императоров в XI в. становилась все большей аномалией, ибо симония и николаизм пустили слишком прочные корни, которые императорам было не под силу вырвать. В 1046 г. подчинение епископов

Рима императору стало не только ненормальным, но прямо-таки скандальным, когда Генрих III, явившись в Рим для празднования своей коронации, проследил за тем, чтобы были низложены трое соперничающих пап, а избран четвертый. Его протееже умер через несколько месяцев на своем посту, а второй ставленник прожил несколько недель. Говорили, что обоих отравили римские группировки, которым не нравилось вмешательство императора в городские дела⁷. Третий папа, Лев IX (1049-1053), хотя и приходился Генриху близкой родней и другом, отверг концепцию папства как императорской епархии и утвердил не только свою независимость, но и свою власть над всеми другими епископами и духовенством, даже за пределами империи.

При Льве группа его ставленников во главе с Гильдебрандом составила партию, которая выдвинула и пропагандировала идею папского главенства над церковью. Среди приемов, применявшихся этой партией, была широкая реклама папской программы. Скоро стараниями сторонников разных партий образовалась большая полемическая литература, включавшая сотни памфлетов. Один историк назвал это время “первой великой эпохой пропаганды в мировой истории”⁸. Папские памфлеты призывали христиан отказываться принимать таинства от священников, живущих в браке или сожительстве, отрицали законность назначений на должности за деньги, требовали “свободы церкви”, то есть свободы духовенства под руководством папы от императора, королей, феодальных сеньоров. Наконец, в 1059 г. собор в Риме, созванный папой Николаем II, впервые объявил о праве римских кардиналов избирать папу.

Диктаты папы

Именно Гильдебранд в 1070-х гг. в качестве папы Григория VII обратил реформаторское движение в церкви против той самой императорской власти, к которой стремились клюнийские реформаторы в X и начале XI в. Григорий пошел гораздо дальше своих предшественников. Он провозгласил юридическое верховенство папы над всеми христианами и юридическое верховенство клира, руководимого папой, над светскими властями. Он заявил, что папы могут низлагать императоров и последовал этому заявлению, низложив императора Генриха IV. Более того, Григорий провозгласил, что все епископы назначаются папой и подчиняются непосредственно ему, а отнюдь не светским властям.

Григорий хорошо подготовился к восхождению на папский трон. Он имел огромное влияние во времена правления пап Николая II (1058-1061) и Александра II (1061-1073). К 1073 г., достигнув пятидесятилетнего возраста, он был готов на деле применить свою огромную волю, гордость и властность, которые были хорошо известны. Петр Дамиани (1007-1072), его соратник в борьбе за верховенство папы с 1050-х гг., как-то назвал его “мой святой сатана” и сказал: “Твоя воля всегда была для меня приказом — злым, но законным. Хотел бы я так верно служить Богу и Святому Петру, как служил тебе”⁹. Один современный исследователь описывает Григория как человека с всепобеждающим чувством цели, следовавшего своим идеям “с пугающей суровостью и героическим упорством... невзирая на последствия для себя или других, [человека], обладавшего по меньшей мере характером революционера”¹⁰.

Став папой, Григорий без колебаний применил революционную так-

тику для достижения своих целей. Например, в 1075 г. он приказал всем христианам бойкотировать священников, живших в браке или внебрачном сожительстве, и не принимать их услуг в отношении таинств и пр. Таким образом, священники вынуждены были выбирать между своими обязательствами перед женами и детьми и обязательствами перед своими прихожанами. В результате сопротивления этому решению в церквях происходили открытые мятежи. Тех, кто выступал против брака духовенства, избивали и забрасывали камнями. Один автор в памфлете под названием “Апология против тех, кто бросает вызов массам священников,” заявлял, что христианство “топчут ногами”. “О чем другом говорят даже женщины за пряхкой и ремесленники в мастерских, — вопрошал он, — как не о смешении всех человеческих законов, о внезапных волнениях среди населения, новых предательствах своих господ слугами и недоверии господ к своим слугам, о презренном нарушении веры среди друзей и равных, о заговорах против власти, данной Господом?.. И все это при поддержке авторитета тех, кого именуют вождями христианства”¹¹.

Не имея собственной армии, как могло папство утвердить свои притязания? Как победить армии тех, кто будет противиться главенству папы? И если даже оставить в стороне проблему сильной оппозиции, как папство собиралось осуществлять заявленную им вселенскую юрисдикцию? Как можно было эффективно навязать свою волю всему западному христианскому миру, не говоря уже о восточном христианстве, на которое тоже были заявлены определенные претензии?

Важным аспектом ответов на эти вопросы была потенциальная роль права как источника авторитета и средства управления. В течение последних десятилетий XI в. партия папы начала искать в хрониках истории церкви тот правовой авторитет, который поддержал бы главенство папы над всем духовенством, а также независимость духовенства от всей светской сферы, а по возможности и превосходство над ней. Партия папы побуждала ученых развивать науку права, которая дала бы рабочую основу для претворения в жизнь основных целей политики папы. В то же самое время партия императора также начала разыскивать древние тексты, которые поддержали бы дело императора против узурпаторства папы.

Однако не существовало такого юридического форума, куда могли бы обратиться со своим делом папство или императорская власть, разве что к самому папе или императору. Это был поистине главный революционный момент в ситуации. В 1075 г. папа Григорий VII откликнулся на него, “заглянув в собственную грудь” и написав документ под названием “*Dictates Papae*” (Диктаты папы), состоявший из двадцати семи четких положений и вроде бы адресованный исключительно самому себе, где говорилось среди прочего следующее:

1. Римская церковь основана одним только Господом.
2. Римский епископ один по праву зовется вселенским.
3. Он один имеет право низлагать и восстанавливать епископов.
4. Папский легат, даже если он низшего ранга, на соборе имеет превосходство над всеми епископами и может вынести приговор о низложении против них.

7. Ему одному позволено создавать новые законы в соответствии с нуждами времени.

9. Одному лишь папе все князья должны целовать ноги.

10. Имя его одного провозглашается в церквах.

11. Он может низлагать императоров.

16. Ни один синод не может быть назван всеобщим без его приказа.

17. Ни одна глава или книга не может считаться канонической без его одобрения.

18. Никакой его приговор не может быть никем отменен, и только он один может отменять любые [приговоры].

21. Наиболее важные дела любой церкви могут рассматриваться Апостольским престолом.

27. Он может освобождать подданных несправедливых людей от присяги на верность”¹².

Этот документ был документом революционным, хотя Григорий ухитрился найти какой-либо правовой авторитет для каждого из его условий¹³.

В декабре 1075 г. Григорий сообщил содержание своего, как мы бы его теперь назвали, Папского манифеста в письме к императору Генриху IV и потребовал подчинения самого императора и императорских епископов Риму. Генрих, как и его двадцать шесть епископов, ответил письмом от 24 января 1076 г. Вот как начинается письмо Генриха: “Генрих, король не через узурпацию, а святым соизволением Божиим, Гильдебранду, ныне не папе, а фальшивому монаху”. Вот как оно заканчивается: “Ты поэтому, проклятый этим проклятием и приговором всех наших епископов, сойди и оставь этот апостольский престол, который ты узурпировал. Дай другому взойти на трон Святого Петра. Я, Генрих, король милостью Божьей, говорю тебе так, вместе с нашими епископами: Сойди, сойди [Descende, descende], чтобы быть проклятым в веках”. В том же духе написано и письмо епископов, которое заканчивается такими словами: “И поскольку, как ты публично провозгласил, ни один из нас до этих пор не был тебе епископом, так и ты не будешь ни одному из нас с этих пор папой”¹⁴.

В ответ Григорий отлучил от церкви и низложил Генриха, который в январе 1077 г. прибыл к папе в Каноссу как покорный кающийся, где, как утверждает традиция, он три дня ждал, когда папа допустит его босым по снегу подойти к нему, исповедаться в грехах и объявить о своем раскаянии. Получив такую мольбу от Генриха как духовное лицо, папа отпустил грехи императору, снял отлучение и отменил низложение. Это позволило Генриху вновь утвердить свою церковную и светскую власть над восставшими против него германскими магнатами. Однако борьба с папой отложились лишь на короткое время. В 1078 г. папа издал декрет, в котором заявил: “Мы постановляем, что никто из духовенства не должен получать инвеституру епархией, аббатством или храмом из рук императора или короля или любого мирянина, будь он мужчина или женщина. Однако буде он совершит это, пусть знает, что эта инвеститура лишена апостольского одобрения и что сам он будет находиться под отлучением до вынесения подходящего удовлетворения”¹⁵. Конфликт между папой и императором разразился с новой силой. Начались так называемые войны за инвеституру.

Первыми жертвами войн за инвеституру оказались германские территории, где враги императора воспользовались его разногласиями с папой и избрали другого короля, которого скоро поддержал Григорий. Однако Генрих разбил своего соперника в 1080 г. и двинулся на юг через Альпы, где после осады взял Рим (1084). Григорий воззвал о помощи к своим союзникам, норманнским правителям Южной Италии — Апулии, Калабрии, Капуи и Сицилии. Норманнские наемники выгнали императорские войска из Рима, но затем разграбили город со своей всем известной жестокостью. Генрих продолжал воевать с мятежными германскими князьями, а к моменту его смерти в 1106 г. мятеж против него возглавлял его собственный сын. Этот самый сын в качестве императора Генриха V в 1111 г. занял Рим и взял в плен папу.

Непосредственным политическим вопросом войн за инвеституру были полномочия императоров и королей назначать епископов и другое духовенство на должности и вручать им знаки их сана с произнесением слов “Accipe ecclesiam!” За этим стоял вопрос лояльности и дисциплины духовенства после избрания и инвеституры. Эти вопросы имели важнейшее политическое значение. Так как империи и королевства управлялись преимущественно духовенством, эти вопросы прямо отражались на самой природе церковной власти, а также власти императорской или королевской. Однако был и еще более важный вопрос, гораздо более глубокий, чем политические соображения, а именно спасение душ. Ранее император (или король) именовался наместником (викарием) Христа, именно ему и предстояло ответить за души всех людей на Страшном суде. Теперь же папа, который ранее назывался заместителем Св. Петра, претендовал на звание единственного заместителя Христа, несшего ответственность за души всех людей на Страшном суде. Император Генрих IV писал папе Григорию VII, что, согласно отцам церкви, император не подсуден ни единому человеку, он один на всей земле есть “судья всех людей”, император только один, в то время как епископ Рима лишь первый среди епископов. Такова и вправду была ортодоксальная доктрина, господствовавшая многие века. Однако Григорий рассматривал императора как первого среди королей, как мирянина, чье избрание подлежало утверждению папой и который мог быть низложен папой за неподчинение¹⁶. Аргумент был построен в типичной схоластической форме: “король либо мирянин, либо клирик”, а раз он не возведен в духовный сан, он явно мирянин и, следовательно, не может занимать должность в церкви. Такие притязания лишали императоров и королей всякой основы для легитимности, так как идея светского государства, то есть государства без церковных функций, еще не родилась (вернее, как раз в это время она зарождалась). Эти притязания усилили теократические функции папства, так как идея разделения церковных функций на духовные и бранные еще только зарождалась.

В итоге ни папам, ни императорам не удалось настоять на своих изначальных притязаниях. По Вормсскому конкордату 1122 г. император гарантировал, что епископы и аббаты будут свободно избираться одной лишь церковью, и отказался от присвоения им духовных символов кольца и посоха, которые подразумевали власть заботиться о душах. Со своей стороны папа согласился на право императора присутствовать на выборах и вмешиваться

там, где возникал спор. Более того, германские прелаты не должны были получать церковное посвящение в сан, пока император не присвоит им своим скипетром так называемые регалии, то есть феодальные права собственности, правосудия и светского управления, что влекло за собой ответный долг вассальных повинностей и присяги на верность императору. (Вассальные повинности и присяга на верность включали исполнение феодальных служб и уплату податей с больших феодальных поместий, которые прилагались к высоким церковным должностям.) Однако прелаты Италии и Бургундии не получали посвящения скипетром и не исполняли вассальных повинностей и присяги на верность вплоть до истечения шестимесячного срока после своего церковного посвящения. Тот факт, что власть назначать на церковные должности пришлось делить — по сути, и папа, и император могли наложить вето, — делал вопросы церемонии и процедуры ключевыми.

В Англии и Нормандии по более раннему соглашению, достигнутому в 1107 г. в Беке, король Генрих I тоже согласился на свободные выборы, хотя и в своем присутствии, и отказался от инвеституры путем вручения посоха и кольца. Как и позже в Германии, он тоже получал вассальные обязательства и присягу на верность не после, а до церковного посвящения в сан.

Конкордаты оставили за папой чрезвычайно широкие полномочия в отношении духовенства, а также значительную власть над мирянами. Без его одобрения нельзя было возводить в духовный сан. Он установил функции и полномочия епископов, священников, диаконов и других клириков, мог создавать новые епархии, делить или упразднить старые, переводить или низлагать епископов. Требовалось его одобрение для учреждения нового монашеского ордена или изменения устава существующего. Более того, папу называли “главным управителем” всей церковной собственности, считавшейся “отцовской наследственной долей Христа”. Папа также имел высшую власть в вопросах религиозной практики и веры, он один мог давать отпущение определенных серьезных грехов (например, нападение на клирика), канонизировать святых, распределять индульгенции (освобождение от Божьего наказания после смерти).

Говоря словами Габриэля ЛеБра, “папа правил всей церковью. Он был вселенским законодателем, власть которого ограничивало только естественное и абсолютное божественное право [то есть божественное право, изложенное в Библии и аналогичных документах откровения]. Он созывал вселенские соборы, председательствовал на них, его подтверждение было необходимо для вступления их решений в силу. Папа положил конец дискуссиям по многим вопросам посредством декреталий, толковал закон и даровал привилегии и разрешения. Он был также верховным судьей и отправителем правосудия. Важные дела (*maiores causae*), окончательного списка которых никогда не существовало, оставались на его рассмотрение”¹⁷. Ни единого из этих полномочий не существовало до 1075 г.

Григорий объявил, что папская курия — “суд всего христианского мира”¹⁸. С этих пор папа приобретал общую юрисдикцию по делам, представленным ему кем бы то ни было, он был “обыкновенным судьей для всех людей”. Это было совершенно внове.

Мирянами папа правил в вопросах веры и морали, равно как и в

ряде гражданских вопросов, таких, как брак и наследство. В некоторых отношениях его власть в этих делах была абсолютной; в других он делил ее со светскими правителями. По ряду вопросов, считавшихся принадлежащими к светской юрисдикции, также часто привлекался авторитет папы. До 1075 г. юрисдикция папы над мирянами была подчинена юрисдикции императора и королей и обычно не превышала власти крупных епископов.

Это разделение, одновременность и взаимодействие духовной и светской юрисдикций и стали основным источником западной традиции права.

РЕВОЛЮЦИОННЫЙ ХАРАКТЕР ПАПСКОЙ РЕВОЛЮЦИИ

Термин “революция” в применении к великим революциям истории Запада обладает четырьмя главными чертами, которые все вместе и отличают их от реформы или эволюции, с одной стороны, и от простых восстаний, государственных переворотов, контрреволюции и диктатуры — с другой. Вот каковы эти черты: 1) тотальность, то есть присущий революции характер всеобъемлющей, полной трансформации, в которой тесно сплетены политические, религиозные, экономические, правовые, культурные, языковые, художественные, философские, другие базовые категории общественных перемен; 2) стремительность, то есть та быстрота или внезапность, с которой происходят радикальные перемены день ото дня, год от года, десятилетие за десятилетием, пока революция идет своим ходом; 3) насильственность, которая принимает формы не только классовой борьбы и гражданской войны, но и внешних захватнических войн; и, наконец, 4) продолжительность в течение жизни двух-трех поколений. На протяжении этого времени основные принципы революции заново подтверждаются и укрепляются перед лицом необходимых компромиссов с ее изначальным утопизмом, пока внуки самих отцов-основателей не признают себя приверженцами дела дедов. А уж тогда эволюция может разворачиваться в своем собственном темпе, не боясь ни контрреволюции правых, ни радикализма новых левых¹⁹.

Тотальность папской революции. Поиск одной основной причины исторических перемен и само разделение причин на основные и второстепенные могут затемнить тот факт, что великие революции не происходят без совпадения множества различных факторов. А наша классификация этих факторов на политические, экономические, культурные и прочие — это всего лишь для ясности картины. Однако, чтобы быть истинной, эта картина должна показывать и необходимые взаимосвязи между разными факторами. Иначе мы упустим самую важную истину, состоящую в том, что такие революции переживаются как тотальные события.

Так, в политическом смысле можно рассматривать Папскую революцию как громадный сдвиг власти и авторитета как внутри церкви, так и в отношениях между церковными и светскими властями. Она также сопровождалась решительными политическими переменами в отношениях между Западной Европой и соседними державами. Папскую революцию можно также рассматривать с точки зрения общественно-экономической как результат (и од-

новременно как стимул) огромного расширения производства и торговли и возникновения тысяч новых городов, больших и малых. В культурной и интеллектуальной перспективе Папскую революцию можно рассматривать как мотивирующую силу в создании первых европейских университетов, в появлении теологии, юриспруденции и философии как системных дисциплин, в создании новых стилей литературы и искусства, в развитии нового общественного сознания. Эти разнообразные политические, экономические и культурные движения можно анализировать по отдельности, однако необходимо показать, что они сцеплены друг с другом, ибо именно их связь и составила революционный элемент в этой ситуации.

Политические перемены. Крупнейшие политические сдвиги во власти и авторитете внутри церкви и в ее отношениях со светскими правителями уже описаны в предыдущих главах. Здесь необходимо кратко перечислить некоторые из тех политических перемен, которые произошли в то же самое время в отношениях между Западной Европой и соседними державами.

Веками Европа подвергалась постоянным вторжениям со стороны своих соседей: с севера и запада нападали скандинавы, с юга — арабы, с востока — славяне и мадьяры. Западный христианский мир «был осажденной крепостью, которая выжила только потому, что ее величайший враг ислам достиг предела своих путей сообщения, а враги поменьше (славяне, венгры, викинги) занимались только набегами и грабежом»²⁰. Именно обязанностью императора был набор солдат, особенно рыцарей, из разных народов империи, чтобы с помощью военной силы противостоять давлению извне. У императора были враги и внутри, на западе французские короли отнюдь не всегда проявляли дружелюбие, а по ту сторону Альп князья Северной Италии открыто враждовали с ним. Таким образом, главная ось Европы пролегла с севера на юг. Однако в конце XI в. святой престол, который уже не менее двух десятилетий побуждал светских правителей освободить Византию от неверных, добился наконец своего и организовал первый крестовый поход (1096—1099). Второй крестовый поход начался в 1147, третий — в 1189 г. Эти крестовые походы стали первыми внешними войнами Папской революции. Они не только возвысили власть и авторитет папства, но и открыли новую ось — на восток, в новый мир, превратив Средиземное море из естественного оборонительного рубежа против вторжения извне в путь военной и торговой экспансии самой Европы²¹.

Одновременно с крестовыми походами в конце XI и в XII в. шла миграция населения в направлении северных и восточных территорий Европы (в Нидерланды, Скандинавию, Польшу, Венгрию, другие районы). Папство и тут сыграло ведущую роль, особенно через монашеский орден цистерцианцев, основанный в 1098 г. Цистерцианцы, ревностные сторонники политики папы, были известны своими сельскохозяйственными знаниями, организаторскими способностями и колонизационным пылом. Они достигли особенного мастерства в создании приспособлений, полезных при расчистке неосвоенных мест.

Общественно-экономические перемены. Политические перемены такого размаха не могли бы состояться без сопоставимых перемен в экономике и связанной с ней общественной структуре. Такие перемены действительно имели место, однако трудно определить их отношение к политическим пере-

менам. Иногда они представляются причинами, иногда — условиями, а иногда и следствиями.

Конец XI и XII в. были периодом сильного ускорения экономического развития в Европе. Как выразился Р.У.Сазерн: “Тот момент самогенерирующегося роста, который так страстно ищут экономисты в слаборазвитых странах, наступил в Западной Европе в конце XI в.”²². Новые достижения техники и новые методы обработки земли способствовали быстрому росту производительности сельского хозяйства и вследствие этого расширению торговли излишками продукции сельского хозяйства в деревне²³. Эти факторы в свою очередь обеспечили очень резкий рост населения; хотя достоверных цифр почти нет, по всей вероятности, население Европы в целом за столетие между 1050 и 1150 г. выросло более чем в полтора, а то и в два раза, при том что ранее, в условиях сельского хозяйства, едва позволявшего не умереть с голоду, и постоянных войн, население оставалось практически неизменным, а временами даже уменьшалось. Разросшееся население растеклось по множеству больших и малых городов, которые выросли в Западной Европе впервые после упадка Римской империи в IV—V вв.

Появление городов является, пожалуй, самой поразительной общественно-экономической переменной конца XI, в XII и XIII вв. В 1050 г. на всю Европу было, пожалуй, только два города с населением более 10 тысяч — Венеция и Лондон, да еще десятка два с населением более 2 тысяч человек (см. карту 1). (Для сравнения, в Константинополе в 1050 г. были сотни тысяч жителей.) Почти все поселения представляли собой деревни или укрепленные места с прилегающим рынком или без него. Термин *civitas* (город) относился только к местам, где находился центр епархии и жил епископ. Города Сицилии и Южной Италии все еще были византийскими и арабскими, но не европейскими. Рим был исключением не из-за размера, который не слишком превышал размер других крупных епархиальных центров, а из-за большого количества живших там знатных семей. В последующие два столетия по всей Западной Европе выросли крупные производственные и торговые центры. Некоторые из них насчитывали более 100 тысяч жителей, десятки — более 30 тысяч, сотни — более 10 тысяч. К 1250 г. от 5 до 10% населения Западной Европы, а это 3—4 миллиона человек, жили в городах (см. карту 3).

Класс купцов, который в 1050 г. состоял из немногочисленных бродячих торговцев, в XI и XII вв. резко вырос числом и изменился по содержанию, сначала в сельской местности, а потом в городах. Коммерция за горами и за морем стала важной частью общественной и экономической жизни Западной Европы (каковой она и была в Восточном Средиземноморье в течение более чем тысячелетия). Ярмарки, рынки стали важными экономическими и общественными институтами. Развивались кредит, банковское дело и страхование, особенно в торговле на дальние расстояния. Росту коммерции сопутствовал рост ручного производства, а это сопровождалось массовым возникновением цехов, которые часто играли решающую роль в управлении городом.

Расширение торговли и рост городов в XI и XII вв. побудили многих историков экономики и общества в XX в., в том числе Анри Пиренна, отнести происхождение западного капитализма к этому периоду. Однако его же многие считают расцветом феодализма. В самом деле, именно в этот период, особенно

в XII и XIII вв., манориальная система почти повсеместно распространилась в сельском хозяйстве Западной Европы. До того значительная часть крестьян жила в деревнях как самостоятельные держатели и работала на своей собственной земле. В этот период также существенно изменился характер феодальной связи между сюзереном и вассалом благодаря введению практики замены военных и других феодальных обязательств денежными выплатами.

Культурные и интеллектуальные перемены. В конце XI и в XII в. Западная Европа переживала не только политические и экономические взрывы, но и взрыв культурный и интеллектуальный. Это было время открытия первых университетов, время создания схоластического метода (как его потом назвали), время, когда впервые теология, юриспруденция и философия были подвергнуты жесткой систематизации. Этот период ознаменовал зарождение научной мысли нового времени²⁴.

Это были также период перехода сначала к романской, а потом и к готической архитектуре, эпоха строительства великих соборов Европы — Сен-Дени и парижского Нотр-Дама, Кентерберри и Дарема.

Это было время, когда латынь как язык науки была осовременена и когда начали принимать свою нынешнюю форму национальные языки и литература. Это была эпоха великой эпической поэзии (“Песнь о Роланде”, Артуровский цикл), куртуазной лирики и романсов (творчество Бернарта де Вентадорна)²⁵. Это было время значительного роста грамотности среди мирян; именно тогда начало развиваться чувство национальной культуры в большинстве стран Западной Европы.

И еще три основные перемены в общественном сознании способствовали трансформации культурной и интеллектуальной жизни народов Западной Европы в конце XI и в XII в.: во-первых, рост чувства общности духовенства, его самосознания как группы и впервые — резкое противопоставление духовенства и мирян; во-вторых, переход к динамичной концепции церкви (понимаемой как духовенство), которая обязана изменять к лучшему мир, *saeculum* (понимаемый как миряне); в-третьих, развитие нового представления об историческом времени, включая понятия современности и прогресса.

Стремительность и насильственность папской революции. Пытаясь охватить мыслью весь масштаб перемен, происходивших в XI—XII вв., легко потерять из виду те события, носившие характер катаклизма, которые лежали в сердце Папской революции. В итоге эти события можно объяснить тотальностью перемены, однако их надо воспринимать изначально как прямое следствие попытки добиться политической цели, а именно того, что партия папы называла “свободой церкви”. Под свободой церкви понимались освобождение духовенства от императорского, королевского и феодального господства и объединение духовенства под властью папы. Если поместить эту политическую цель и те события, которые воспоследовали из усилий по ее реализации, в контекст этой тотальной перемены, то немедленно станет ясно, что речь шла о гораздо большем, чем простая борьба за власть. Это была прямо-таки апокалипсическая борьба за новый порядок вещей, за “новые небеса и новую землю”. Именно политическое проявление этой борьбы, в которой совпали власть и убеждение, материальное и духовное, и придало ей темп и стремительность.

Стремительность является, конечно, делом относительным. Казалось бы, перемена, которая началась в середине XI в. и не была окончательно закреплена вплоть до второй половины XII в., а возможно, и до начала XIII в., должна скорее называться постепенной. Однако длительность того времени, которое требуется революции, чтобы пройти свой путь, не обязательно является мерой ее стремительности. Понятие стремительной перемены относится к тому темпу, в котором происходят радикальные изменения — день ото дня и год от года, десятилетие за десятилетием. В революции такого размаха, как Папская, жизнь ускоряется, все происходит очень быстро, огромные перемены совершаются за ночь. Сначала, в самый первый момент революции, в Диктатах папы 1075 г. было объявлено, что существующий политический и правовой порядок отменяется. Императоры отныне обязаны были целовать ноги папам. Папа объявлялся отныне “единственным судьей всех” и приобретал единоличную власть “создавать новые законы в соответствии с нуждами времени”. То, что многие черты старого общества и не думали исчезать, вовсе не меняло того факта, что попытка их упразднения была внезапной и произвела действие шока. Кроме того, новые институты и новая политика были введены почти так же внезапно, как были отменены старые. Тот факт, что потребовалось длительное время, несколько поколений на то, чтобы революция смогла утвердить свои цели, не сделал этот процесс постепенным.

Например, идея об организации папским престолом крестового похода для того, чтобы защитить христиан Востока от турок-неверных, была частью программы папы Григория VII начиная по крайней мере с 1074 г. Вплоть до своей смерти в 1085 г. он пропагандировал в Европе эту идею, хотя ему так и не удалось собрать достаточную поддержку для воплощения ее в жизнь. Только в 1095 г. его преемник и верный последователь, папа Урбан II, организовал первый крестовый поход. Значит, можно сказать, что понадобилось длительное время, около двадцати лет, для осуществления этой перемены, которая буквально перевернула Европу и объединила ее в коллективном военно-миссионерском походе на Восток. Однако переход от Европы эпохи, предшествующей крестовым походам, к Европе эпохи крестовых походов произошел с потрясающей скоростью. С того самого момента, как крестовый поход стал объявленной целью папства, началась переориентация, порождавшая новые надежды, новые страхи, новые планы и новые связи. Как только первый крестовый поход был предпринят, темп изменений ускорился. Мобилизация рыцарей буквально из всех районов западного христианского мира, их путешествие по суше и морю, наконец, бесчисленные военные стычки были сгустком событий в промежуток времени, промчавшийся с невероятной быстротой. Более того, крестовые походы являли собой ускорение событий не только, так сказать, на почве, но и в области высокой политики. Например, папство пыталось использовать крестовые походы как средство экспорта Папской революции в мир восточного христианства. Папа объявил свое главенство над всем христианским миром. Схизма между восточной и западной церквами, достигшая кульминации в 1054 г. в знаменитом богословском споре о филиокве (добавлении к символу веры)²⁶, приняла насильственные и завоевательские формы. К тому же в 1099 г. крестоносцы вошли в Иерусалим и основали там Иерусалимское королевство, которое по крайней мере в теории подчинялось папскому престолу. Вот уж действительно движение истории! Хотя

прошло еще почти 50 лет до начала второго крестового похода и еще 40 — с момента окончания второго до начала третьего, эти временные промежутки тоже надо рассматривать в свете постоянного брожения, которое было вызвано ожиданием походов и воспоминаниями о них. На протяжении всего XII в. преобладало ощущение, что крестовый поход вот-вот состоится.

То же и с главной целью революции, выраженной в лозунге: “свобода церкви”. Этого нельзя было достигнуть за день (более того, в самом глубочайшем смысле этого не достигнуть никогда), однако сама глубина этой мысли, присущее ей сочетание великой простоты с великой сложностью, гарантировали, что борьба за нее будет, с одной стороны, продолжительной, растянется на десятилетия, поколения и века, а с другой стороны, эта борьба станет настоящим катаклизмом, когда быстрые и часто насильственные перемены будут стремительно сменять друг друга. Ибо свободу церкви люди понимали по-разному. Для некоторых это означало теократическое государство, для других — отказ церкви от всех своих феодальных земель, всего богатства и мирской власти. Это и предложил папа Пасхалий II в начале 1100-х гг., но его идея была быстро отвергнута как римскими кардиналами, так и германскими епископами, поддержавшими императора. А кто-то представлял себе нечто совершенно отличное от обоих этих крайних вариантов. Тот факт, что содержание этого лозунга менялось от 1075 до 1122 г., явился одним из примет революционного характера этого времени.

Безотносительно к крестовым походам насильственный характер Папской революции выразился в целом ряде войн и восстаний. И сторона папы, и сторона императора и королей использовала и наемников, и феодальные армии. А народ, особенно в городах, поднимал восстания против существующих властей, например против правителей-епископов, которые могли быть ставленниками или сторонниками как императора, так и папы.

Сомнительно, что быстроту Папской революции можно отделить от ее насильственности. Конечно, я не хочу этим сказать, что если бы борьбу можно было вести без гражданской войны, скажем, если бы Генриха IV удалось убедить не противостоять Григорию военной силой или Григория — не призывать на защиту своих союзников-норманнов, то события потеряли бы свой стремительный темп. Несмотря на это, в Папской революции, как и в последовавших за ней великих революциях истории Запада, обращение к насилию было тесно связано с той скоростью, с которой навязывались изменения, а также с их всеобъемлющим или фундаментальным характером. Отчасти стремительность перемен, отчасти их тотальность привели к тому, что существующий порядок не смог и не захотел дать им место. И тогда сила, говоря словами Карла Маркса, стала “необходимой повитухой” новой эры.

Однако сила не могла принести окончательной победы ни революционной партии, ни ее оппонентам. Папская революция завершилась компромиссом между новым и старым. Если сила — повитуха, то право оказалось тем учителем, который в итоге воспитал ребенка до совершеннолетия. Григорий VII умер в ссылке. Генрих IV был низложен. Урегулирование в Германии, Франции, Англии и других странах было в итоге достигнуто путем нелегких переговоров, в результате которых все стороны отказались от своих наиболее радикальных притязаний. Относительно силы можно сказать, что для того чтобы обе стороны возымели желание пойти на компромисс, понадобилось пережить гражданскую войну в Европе. А итог был в конце концов подведен законом.

Продолжительность папской революции. Тотальность перемены в западном христианском мире в конце XI и в XII в., ее стремительность, насильственный характер сами по себе не оправдывали бы нашу характеристику этого периода как первой из великих революций истории Запада, если бы это революционное движение не сохранялось в течение нескольких поколений.

Поначалу может показаться, что такое длительное течение революции противоречит ее скорости и насильственному характеру. Однако на деле отчасти именно потому, что эти перемены столь стремительны, насильственны и столь тотальны, последующим поколениям приходится заново подтверждать и утверждать их. Более того, основные цели революции необходимо сохранить перед лицом неизбежных компромиссов с ее первоначальным утопизмом. Как тотальность трансформации отличает революцию от реформы, а стремительность и насильственность — от эволюции, точно так же тот факт, что великие революции истории Запада охватывают несколько поколений, отличает их от простых восстаний, государственных переворотов, политических сдвигов, равно как и от контрреволюций и военных диктатур.

Папская революция была первым движением в истории Запада, которое охватило несколько поколений и носило программный характер. Партии папы понадобилось почти целое поколение, с 1050 по 1075 г., чтобы объявить свою программу реальностью. Затем последовали еще 47 лет борьбы, и лишь после этого следующий папа смог достичь соглашения с императором по одному-единственному вопросу — праву инвеституры епископов и аббатов. Еще больше времени потребовалось для того, чтобы определить уголовную и гражданскую юрисдикции церкви и светской власти внутри каждого из крупнейших европейских королевств. В Англии это случилось не ранее 1170 г., через 95 лет после Диктатов папы Григория и через 63 года после того, как английский король Генрих I уступил в вопросе инвеституры. Только тогда корона отказалась от своих претензий на верховную власть над английским духовенством. В итоге были достигнуты компромиссы по целому ряду вопросов, касавшихся не только взаимоотношений церкви и государства, но и взаимоотношений сообществ внутри светского порядка — манориальной системы, сеньориально-вассальных единиц, купеческих гильдий, вольных городов, территориальных герцогств и королевств, секуляризованной империи. Дети и внуки революции претворили лежавшие в ее основе принципы в правительственные и правовые учреждения. Только после этого революция более или менее упрочилась на последующие века. Впрочем, она так ведь и не приобрела абсолютной прочности, споры о границах церковной и светской власти происходили постоянно.

СОЦИАЛЬНО-ПСИХОЛОГИЧЕСКИЕ ПРИЧИНЫ И ПОСЛЕДСТВИЯ ПАПСКОЙ РЕВОЛЮЦИИ

Уже говорилось о трех аспектах нового общественного сознания, которые возникли в течение XI и XII вв. Это — новое ощущение корпоративности со стороны духовенства, новое чувство ответственности духовенства за исправление к лучшему светского мира, новое чувство исторического времени, включающее понятия современности и прогресса. Все они оказали сильное влияние на развитие западной традиции права.

Первый аспект, корпоративное самосознание духовенства (его бы сегодня

назвали классовым самосознанием), был неотъемлемой частью революции и как причина, и как следствие. Конечно, духовенство всегда обладало некоторым ощущением своей групповой принадлежности, однако это в лучшем случае было чувство духовного единства, единства убеждений и призвания, а вовсе не чувство политического или юридического единства. В политическом и юридическом смысле духовенство вплоть до XI в. было разбросано по разным местностям и очень слабо связано с центральной церковной властью. Даже чувство духовного единства омрачалось резким разделением на “обыкновенное” и “светское” духовенство. Обыкновенное духовенство — это “религиозные” люди, монахи и монахини, которые, умерев для “мира сего”, проливали свое членство в Вечном городе. Светское духовенство — это те священники и епископы, которые почти целиком были вовлечены в политическую, экономическую и общественную жизнь тех мест, где они жили.

Более чем какой-либо другой единичный фактор, клюнийская реформа заложила фундамент нового чувства корпоративного политического единства среди западного христианского духовенства. Пыл реформаторов способствовал тому, что и у обыкновенного, и у светского духовенства появилось сознание общего исторического предназначения. В дополнение к этому Клюнийское аббатство явило модель объединения духовенства в одной транслокальной организации, так как все клюнийские монастыри подчинялись юрисдикции центрального аббатства.

Приняв главные цели клюнийской реформы, в том числе безбрачие духовенства и упразднение купли и продажи церковных должностей, партия папы в 1050—1060-х гг. присвоила моральный капитал этого более раннего движения, включая и классовое сознание духовенства, которое оно помогло создать. К этим старым целям был присоединен призыв к “свободе церкви”, то есть к свободе церкви от контроля мирян. Этот призыв апеллировал к классовому сознанию духовенства и стимулировал его. Более того, самим актом осуждения императорского контроля над церковью Григорий вдребезги разбил старый каролингский идеал. Духовенство было поставлено перед выбором между политическим объединением под рукой папы и политическим разъединением новых национальных церквей, которое неизбежно возникло бы в разных государствах Европы, если бы папство проиграло битву. Борьба за инвеституру не оставила на этот счет никаких сомнений. В конце концов вопрос об инвеституре был решен путем сепаратных переговоров между каждым из независимых светских правителей, представлявшим свое светское государство, и папством, представлявшим все западное христианское духовенство. Таким образом, сама Папская революция помогла утвердить то самое классовое сознание духовенства, на котором она базировалась.

Духовенство и стало первым в Европе транслокальным, трансплеменным, трансфеодальным, транснациональным классом, достигшим политического и юридического единения. Духовенство продемонстрировало, что оно способно восстать против единственной существующей всеобъемлющей власти — императорской и победить ее. У императора не было такого же всеобъемлющего класса, который бы оказал ему поддержку. С XII по XVI в. лишь несколькими могущественным королям удавалось разбить единство клерикальной иерархии на Западе. Даже норманнские короли Сицилии, которым в XII и XIII вв. удалось исключить контроль папы над духовенством, номинально

подчинявшимся Риму, согласились представлять на рассмотрение папы все спорные назначения епископов.

Термин “класс” по отношению к духовенству используется здесь отчасти для того, чтобы подчеркнуть, что Папская революция, как и революции (протестантская) в Германии, Англии, Франции, Америке и России, включала взаимодействие не только отдельных лиц или элитарных групп, но и больших социальных групп, которые выполняли в обществе главные функции. Справедливость Марксова заключения, что революция включает классовую борьбу и подъем нового правящего класса, не должна привязывать нас к узкому марксистскому определению класса в плане его отношения к средствам производства экономического богатства. Духовенство в Западной Европе в конце XI и в XII в. действительно играло важную роль в производстве экономического богатства, так как церковь владела от четверти до трети всех земель, епископы и аббаты были помещиками с точно такими же экономическими интересами, как и их недуховные собратья. Борьба за инвестирующую власть была отчасти борьбой за то, чтобы вырвать из рук помещиков-мирян экономическую власть и передать ее церкви. Однако не экономические интересы духовенства в первую очередь определяли его классовую принадлежность. Скорее это была роль клириков как производителей духовных товаров в качестве исповедников, исполнителей обрядов брака, крещения младенцев, похорон, а также проповедников и защитников не только теологии западного общества, но и его основных политических и правовых доктрин.

Рост классового сознания духовенства был связан со вторым аспектом нового общественного сознания XI и XII вв. — развитием нового ощущения миссии духовенства по переделке светского мира к лучшему. С одной стороны, новая тенденция отождествления церкви прежде всего с духовенством, с иерархией, привела к резкому разграничению духовенства и мирян. С другой стороны, это разграничение подразумевало, что духовенство не только стоит выше мирян, но и ответственно за них. Другими словами, классовое сознание духовенства было в то же самое время и социальным сознанием в современном смысле этого слова, сознанием ответственности перед будущим общества.

Это отразилось в резком изменении значения слова “светский” (*secular*). В классической латыни *saeculum* имело значения “эпоха”, “время”, “поколение”, или же “люди определенного времени” (как в выражении “младшее поколение”), это слово стало также означать “век”. Отцы церкви во II, III, IV вв. употребляли это слово для обозначения “преходящего”, “бренного” мира, противопоставленного вечному Царствию Божьему. (Мир пространственный, *mundus*, был совершенно другое дело.) Например, в произведениях Св.Августина, как указал Питер Браун, слово *saeculum* означало “существование”, то есть сумму бренного человеческого существования в прошлом, настоящем и будущем, от грехопадения Адама до Страшного суда. Вот как написал об этом профессор Браун: “Для Св.Августина этот самый *saeculum* вещь глубоко зловещая. Это тюремное существование... его взлеты и падения лишены всякого ритма и смысла... В Граде Божьем нет глаголов исторического движения, нет чувства прогресса к целям, которых можно достичь в истории. Христиане — жители далекой страны... они — зарегистрированные чужеземцы, которые из милости влачат существование *in hoc maligno saeculo*”²⁷.

Вопреки иногда высказываемому мнению, Св.Августин не отождествлял град Божий с христианской церковью как таковой, равно как и не отождествлял град земной с Римской империей или с государством в целом. Для него и церковь и империя жили в порочные времена, *saeculum*. Христианина, однако, отличало страстное стремление (опять же говоря словами Брауна) “к стране, находящейся всегда вдали, но всегда рядом благодаря свойствам его любви и надежды”²⁸. Так, для Св.Августина истинный христианин, будь он священник или мирянин, жил в обоих “градах”, то есть и в земном и в небесном обществе²⁹.

Отрицательный взгляд на *saeculum*, отразившийся в произведениях Августина, да и большинства христианских мыслителей первого тысячелетия церковной истории, способствовал резкому делению духовенства на обыкновенное и светское. Первое жило дальше от *saeculum* и ближе к граду Божьему. Возможно, именно поэтому в конце XI и в XII в. партия папы часто предпочитала говорить не о светском, а о “бренном” правлении императоров и королей, не о светском, а о “бренном” праве, хотя эти выражения были синонимами. Бренный, или светский, был уничижительным эпитетом, обозначающим привязанность к времени, продукт разложения и порчи человеческого существования, особенно в сфере политического управления, теперь это представление применялось ко всем мирянам. Антонимом понятия “бренный” (или светский) было понятие “духовный”. Все клирики отныне именовались *spirituales* (духовные). В одном из своих знаменитых писем Григорий VII писал:

“Кто не знает, что короли и князья ведут свое происхождение от людей, не знавших Господа, которые возвысились над своими братьями благодаря гордости, грабежу, предательству, убийству, короче, благодаря всевозможным преступлениям, подстрекаемые Дьяволом, князем мира сего, людей, ослепленных жадностью и невыносимых в своей наглости?.. Короли и князья земли, соблазненные пустой славой, предпочитают свои собственные интересы вещам духовным, в то время как благочестивые понтифики, презирая тщеславие, ставят вещи Господние выше вещей телесных... Первые, чрезмерно предавшиеся мирским делам, мало думают о духовных вещах, вторые же, жадно размышляя о небесных предметах, презирают вещи от мира сего”³⁰.

Власть императора, по утверждению его врагов, лишена была духовных, то есть святых, или “небесных”, свойств. Один из григорианских пропагандистов обращался к императору в таких выражениях: “Ты говоришь, что власть твоя стоит непоколебимо уже семь столетий, так что право на нее тебе предписано? Однако дьявол не более способен передавать права на несправедную власть, чем вор — на краденое”³¹.

А вот еще: “Последний в царствии меча небесного больше, чем сам император, который владеет (всего лишь) бренным мечом”³².

Папская революция началась попыткой папства низвести Святого и Христианнейшего Императора, который многие века играл ведущую роль в жизни церкви, до положения простого мирянина, ниже нижайшего священника. Тот факт, что императоры и короли, будучи мирянами, владели всего лишь мирским мечом, то есть отвечали лишь за бренные дела, вещи от мира сего, ставил их в подчиненное положение по отношению к тем, кто владел

мечом духовным, кто “жадно размышлял о небесных предметах”. Ибо миряне стояли ниже клириков в вопросах веры и морали, а светское было менее ценно, чем духовное.

При этом Григорий VII и его сторонники абсолютно не сомневались, что светское правительство, пусть и подчиненное церкви в духовных и даже, хотя бы косвенно, в светских делах, представляет божественный авторитет, что власть светских правителей установлена Богом, и что светское право в итоге проистекает из разума и совести и ему следует подчиняться. Несмотря на суровое осуждение светских правителей, Григорий был полон надежд на будущее светского общества, но под руководством папы. В этом вопросе он и его последователи оказались полярной противоположностью Св.Августину.

Самая же радикальная из претензий папы, а именно претензия на то, что не только духовный, но и бранный меч также принадлежит церкви, которая и возлагает этот меч на светского правителя, содержит парадокс. По словам Иоанна Солсберийского, король — это “служитель священнической власти, тот, кто исполняет такую сторону священных служб, которая кажется недостойной рук священства”³³. Недостойная и тем не менее священная. Само разграничение между духовным и светским, которое церковь пылко поддерживала, когда требовала свободы, и часто нарушала, когда стремилась расширить свою власть, представляло собой защиту от попыток папы утвердить свою юрисдикцию над греховностью, приписываемой светским правителям, проводившим светскую политику.

В конце концов в борьбе между папой и его оппонентами были достигнуты компромиссы. Именно из этой борьбы и этих компромиссов родилась западная политическая наука, и в особенности первые для нового времени западные теории государства и светского права. Как писал К.Дж.Лейзер, “политические идеи в классическом смысле звучат в полемике XI—начала XII в. лишь бессвязно, всплесками... [В то время] не было еще теории светского государства, но в результате этого великого кризиса она вот-вот должна была родиться”³⁴.

Новые значения светского возникали соответственно из борьбы светских и духовных властей. Те, кто полностью отрицал проводимое папством различие между светским и духовным и настаивал на сохранении сакрального характера имперской или королевской власти, в целом потерпели поражение. Однако действительные границы между двумя этими областями — конкретное распределение функций — вырабатывались путем примирения и компромиссов между противоборствующими силами. Эти границы по самой природе вопроса не поддавались абстрактному определению.

С характерным для духовенства чувством корпоративной общности и его нацеленностью на переделку мира был тесно связан третий аспект нового общественного сознания, которое возникло в XI и XII вв., а именно новое осмысление исторического времени, включающее понятия современности и прогресса. И это тоже было и причиной, и следствием Папской революции.

Новое чувство исторического времени изменило отношение к понятию *saeculum* и вызвало чувство нацеленности на переделку мира. Относительно статичный взгляд на политическое общество заменился более динамичным, появилась забота о будущем общественных институтов. Но пришло время и

фундаментальной переоценки истории, время новой ориентации на прошлое наравне с будущим, нового ощущения отношения будущего к прошлому. Различие между “древними” и “новыми” временами, проводившееся в прежние века от случая к случаю, стало общим местом в литературе партии папы. В XII в. появились первые европейские историки, которые рассматривали историю Запада в ее движении от прошлого через ряд этапов к новому будущему. Это были такие люди, как Хуго Сен-Викторский, Оттон Фрейзингенский, Ансельм Хафельбергский, Иоахим Фиорский и др. Эти ученые считали, что история движется вперед этапами, достигая кульминации в их время, которое некоторые из них обозначали как новые времена, современность (*modernitas*). Например, Иоахим Фиорский и его ученики считали, что настает новая эра Святого Духа, которая сменит подошедшую к концу эру Сына. Оттон Фрейзингенский писал, что светская история вошла в священную историю и переплелась с ней³⁵.

Как и Английская революция XVII в., творцы Папской революции стремились представиться не революцией, а реставрацией. Григорий VII, как и Кромвель, заявлял, что он ничего нового не делает, а только восстанавливает древние свободы, отмененные в предшествующие века. Точно так же, как английские пуритане и их наследники находили прецеденты в обычном праве XIII—XIV вв., в основном пропуская более столетия абсолютистского правления Тюдоров и Стюартов, так и григорианские реформаторы находили прецеденты в патристике первых веков христианства, в основном пропуская каролингскую и посткаролингскую эры на Западе. Идеологический упор делался на традицию, однако установить традицию можно было только путем сокрытия ближайшего прошлого и возврата к прошлому более раннему. Произведения ведущих франкских и германских канонистов и богословов IX и X вв. попросту игнорировались. Кроме того, произведения отцов церкви интерпретировались таким образом, чтобы они соответствовали политической программе партии папы, а когда отдельные тексты вставляли на пути этой программы, их отвергали. Сталкиваясь с каким-либо отвратительным обычаем, григорианцы апеллировали через его голову к правде, цитируя афоризм Тертуллиана и Св.Киприана: “Христос сказал: “Я есмь истина”. Он не говорил “Я есмь обычай”. Григорий VII использовал эту цитату против императора Генриха IV, Бекет — против короля Генриха II. Эта цитата обладала особой силой в то время, когда почти все господствующее право было обычным правом.

Печатью великих революций истории Запада, начиная с Папской, является то, что все они облачают свои концепции радикальной новизны в одежды отдаленного прошлого. Привлекаются то старинные юридические авторитеты (как в случае Папской революции), то древний религиозный текст, Библия (как в случае Реформации в Германии), то пример древней цивилизации, Греции классического периода (как в случае Французской революции), а то и пример доисторического бесклассового общества (как в случае Русской революции). Во всех этих великих переворотах идея реставрации — возврат, поворот, и в этом смысле революция, к более раннему начальному моменту связывалась с динамичной концепцией будущего.

Нетрудно раскритиковать историографию этих революций как полити-

чески предвзятую и в самом деле чисто идеологическую. Однако это будет означать, что мы навязываем революционерам стандарты объективности, утверждаемые современной исторической наукой, которая сама продукт времени и имеет свои собственные предрассудки. Сверх того важно осознать, что революционеры отлично понимали, что они переосмысливают прошлое и приспособливают историческую память к новым обстоятельствам. По-настоящему значимым здесь является тот факт, что в самые острые поворотные моменты истории Запада в паре с проекцией в далекое будущее оказывалась необходимая и проекция в далекое прошлое. На борьбу с пороками настоящего призывались, так сказать, и прошлое и будущее.

ВОЗНИКНОВЕНИЕ ГОСУДАРСТВА НОВОГО ВРЕМЕНИ

Папская революция породила западное государство нового времени, первым образцом которого, как ни парадоксально, стала сама церковь.

Как еще столетие назад сказал Мейтленд, невозможно сформировать приемлемое определение государства, которое не включало бы средневековую церковь. Под церковью он подразумевал церковь после понтификата папы Григория VII, так как до того церковь была смежна со светским обществом и не имела понятия о суверенитете и собственном законотворчестве, которые являются фундаментом государства в новое время. Однако после Григория VII церковь обрела большинство отличительных черт государства в его современном понимании. Церковь объявила, что является независимой, иерархической, публичной властью. Ее глава, папа, имел право издавать законы, и преемники папы Григория действительно породили целый поток новых законов, издаваемых либо их собственной властью, либо с помощью созываемых ими церковных соборов. Церковь проводила свои законы через административную иерархию, через которую папа правил точно так, как ныне суверенный правитель правит через своих представителей. Далее, церковь толковала свои законы и применяла их через судебную иерархию, вершиной которой являлась папская курия в Риме. Таким образом, церковь осуществляла юридические, административные, судебные полномочия современного государства. В дополнение к этому церковь придерживалась рациональной системы юриспруденции, канонического права. Она облагала своих подданных налогом в форме десятины и других повинностей. Через записи о крещении и смерти церковь, по сути, вела своего рода метрические книги. Крещение предоставляло своего рода гражданство, которое далее поддерживалось формализованным в 1215 г. требованием, чтобы каждый христианин исповедовался в грехах и принимал святое причастие по меньшей мере раз в году, на Пасху. Можно было лишиться этого гражданства через отлучение. А время от времени церковь даже собирала армии.

Однако парадоксально именовать церковь государством современного типа, ибо главная черта, которая отличает государство нового времени от государства древнего, равно как и франкского или германского, — это его свет-

ский характер. Древнее же государство и государство франкско-германское были религиозными государствами, в которых высший светский правитель отвечал за поддержание догм религии, равно как и ее обрядов, и часто сам считался божественной или полубожественной фигурой. Упразднение религиозной функции и религиозного характера высшей политической власти и было одной из главных политических целей Папской революции. После нее те, кто придерживался католического учения, стали считать императоров и королей мирянами, а в силу этого людьми, не властными в духовных вопросах. Согласно теории папы, только духовенство, возглавляемое папой, имело власть в духовных делах. Тем не менее по ряду причин это не было никаким “разделением церкви и государства” в современном смысле.

Во-первых, государство в полном смысле этого слова в нашем понимании, то есть светское государство, существующее в системе светских государств, еще не родилось, хотя некоторые страны (особенно норманнское Сицилийское королевство и Англия эпохи норманнского завоевания) уже начали создавать политические и правовые институты нового времени. Вместо этого существовали разные виды светского управления, среди которых были и феодальные властители, и автономные муниципальные правительства, и возникавшие в это время национальные территориальные государства. На их взаимоотношения оказывал сильное влияние тот факт, что все члены этих разных единиц, включая и их правителей, были во многих отношениях подвластны также возвышавшемуся над ними церковному государству.

Во-вторых, хотя император, короли, другие правители-миряне лишлись своей церковной власти, они продолжали, через двойную систему инвеституры, играть важную роль в назначении епископов, аббатов и других клириков, да и в церковной политике вообще. И наоборот, представители духовенства продолжали играть важную роль в светской политике, выступая советниками светских властителей и одновременно часто занимая высокую должность в миру. Например, лорд-канцлер Англии, второе после короля лицо в государстве, почти всегда вплоть до XVI в. был клириком высокого ранга, часто это был архиепископ Кентерберийский или Йоркский.

В-третьих, церковь сохранила за собой главные светские полномочия. Епископы оставались помещиками, феодальными властелинами своих вассалов и сервов. Сверх того, папство утвердило свое влияние на светскую политику во всех странах, папа даже провозгласил превосходство духовного меча над бранным, хотя он претендовал на осуществление этого превосходства лишь косвенно, в основном через светских правителей³⁶.

Таким образом, наше утверждение, что церковь стала первым государством нового времени, следует пояснить. Папская революция действительно заложила фундамент для последующего возникновения светского государства нового времени, лишив императоров и королей прежде принадлежавшей им духовной власти. Более того, когда светское государство появилось, оно имело облик, сходный с обликом папской церкви, за вычетом, впрочем, духовной функции церкви как сообщества душ, озабоченных жизнью вечной. Церковь обладала парадоксальными свойствами церкви-государства (Kirchenstaat). Она являлась духовным сообществом, исполнявшим и бранные функции и имевшим облик современного государства. С другой стороны, светское государство носило парадоксальный характер государства без церковных

функций, светского владения. Все подданные государства составляли также и духовное сообщество, жившее под отдельной духовной властью.

Так, Папская революция оставила после себя наследство в виде напряженности между светскими и духовными ценностями внутри церкви, внутри государства и внутри общества, которое не являлось ни всецело церковью, ни всецело государством. Однако она также оставила наследство в виде правительственных и правовых учреждений, церковных и светских, для снятия напряжения и поддержания равновесия в системе.

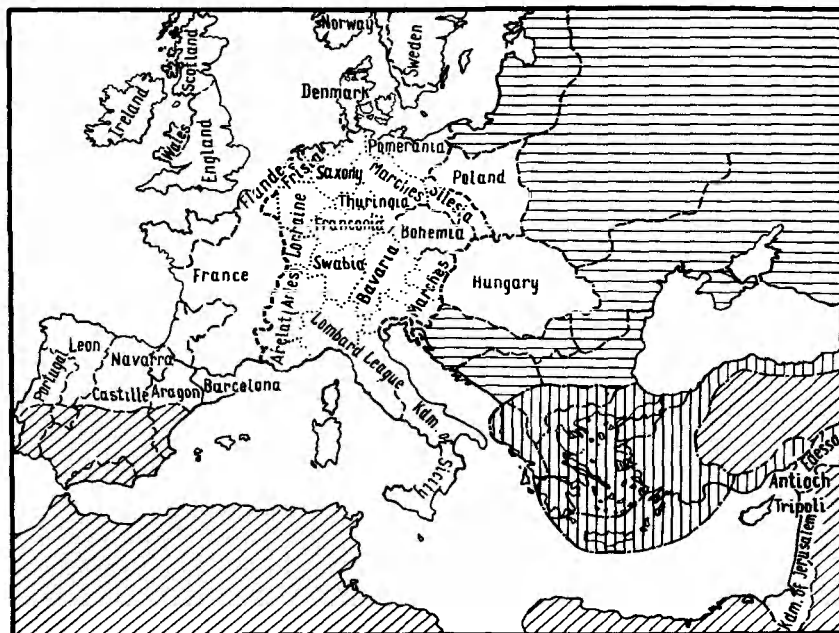
ВОЗНИКНОВЕНИЕ СИСТЕМ ПРАВА НОВОГО ВРЕМЕНИ

Так же как Папская революция породила западное государство нового времени, так же она породила и западные правовые системы нового времени, первой из которых стала система канонического права.

Начиная с первых веков новой эры церковь накопила великое множество законов — канонов (норм) и постановлений церковных соборов и синодов, декретов и решений отдельных епископов (включая понтифика Рима), законов христианских императоров и королей о церкви. Церковь на Западе выпустила также множество уложений о наказаниях (справочников для священников), которые содержали описание разных грехов и полагающиеся за них наказания. Считалось, что все эти законы подчинены посланкам, содержащимся в Библии (в Ветхом и Новом заветах) и в произведениях ранних отцов церкви, таких, как Поликарп Смирнский, Тертуллиан Карфагенский, Григорий Нисский, Августин Гиппонский.

Эти авторитетные произведения, в которые входили и каноны, способствовали постепенному установлению во всем западном христианском мире между VI и X вв. общего корпуса богословской доктрины, общей службы (на латыни), общего набора норм относительно серьезных грехов (как убийство, нарушение клятвы, воровство), общей церковной дисциплины и структуры. Везде священники выслушивали исповеди и приобщали к таинствам свою паству. Везде епископы правили священниками, освящали храмы, судили споры в своих епархиях, отвечали перед своими примасами (митрополитами провинций и регионов); все епископы были обязаны верностью епископу Рима как первому среди равных. Однако в 1000 г. не существовало серьезной книги или серии книг, в которых была бы сделана попытка представить весь свод церковного права или даже систематически изложить какую-либо его часть. Имелось, конечно, значительное количество сборников канонов, особенно канонов церковных соборов и постановлений ведущих епископов. Обычно эти сборники строились по хронологическому принципу внутри широких категорий источников (каноны соборов, письма пап, изречения отцов церкви), но в некоторых сборниках было и разделение на ряд тем (рукоположение, церковные суды, литургия, брак, ересь, идолопоклонство). Едва ли хоть один из этих сборников был признан повсюду, почти все они имели чисто региональное значение.

Децентрализованный характер церковного права вплоть до конца



- | | |
|-----------------------------------|---|
| ----- Границы империи | ----- Границы королевств |
| Границы герцогств и графств | Византийские империи |
| /// Мусульманские султанаты | ==== Славянские области и русские княжества |

Карта 2. Западная Европа около 1200 г.

XI в. имел самое непосредственное отношение к децентрализованному характеру политической жизни церкви. Как правило, епископы были больше подвластны императорам, королям, крупным феодалам, чем папам. Даже в тех духовных вопросах, куда светские власти не вмешивались, епископ обычно имел значительную автономию в границах своей епархии³⁷. Универсальность церкви опиралась прежде всего не на политическое или юридическое единство, а на общее духовное наследие, общее учение и практику, общее богослужение. То политическое и юридическое единство, которым она обладала, было в первую очередь связано с сохранением духовной универсальности церкви. В этом отношении западная церковь была подобна восточной. Ее право, в значительной степени переплетенное с богословской доктриной, богослужением и таинствами, лишь во вторую очередь заботилось об организационных вопросах и власти епископов, и почти совершенно не интересовалось нормами имущественного права, преступлением и деликтом, процедурой, наследованием и т. п. В этих второстепенных и третьестепенных задачах право церкви почти целиком слилось со светским, а само светское право было в значительной степени растворено в политическом, экономическом и социальном обычаях.

На волне Папской революции возникли новая система канонического права и новые светские правовые системы, а с ними и класс профессиональных адвокатов и судей, иерархия судов, юридические школы, юридические трактаты и концепция права как автономного, интегрированного, развивающегося свода принципов и процедур. Западная традиция права формировалась в контексте тотальной революции, целью которой было установление “правильного порядка вещей” или “правильного порядка мира”³⁸. “Правильный порядок” означал новое деление общества на отдельные церковные и светские власти, институционализацию церковной власти как политической и юридической единицы и убежденность в том, что церковная власть обязана переделывать светское общество.

Дуализм церковной и светской правовых систем в свою очередь привел к плюрализму светских правовых систем внутри церковного правового порядка и более конкретно — к одновременной юрисдикции церковных и светских судов. Далее, систематизация и рационализация права были необходимы для того, чтобы поддержать сложное равновесие множественных конкурирующих систем права. Наконец, правильный порядок вещей, введенный Папской революцией, означал такую систематизацию и рационализацию права, которая позволила бы примирить конфликт разных властей на базе принципов синтеза: где только можно, противоречия следовало разрешать без уничтожения составных частей.

Подводя итог, можно сказать, что новый смысл права и новые виды права, которые возникли в Западной Европе на волне Папской революции, нужны были как средства для достижения следующих целей: 1) контроль центральной власти над разбросанным населением с разнообразными групповыми привязанностями; 2) поддержание отдельного корпоративного самосознания духовенства и добавление нового, юридического, измерения к его классовому сознанию; 3) регулирование отношений между соперничающими церковными и светскими владениями; 4) возможность для светских властей целенаправленно и программно претворить в жизнь заявленную цель — обеспечить мир и справедливость в своей юрисдикции и 5) возможность для церкви целенаправленно и программно претворить в жизнь свою заявленную цель — переделывать мир к лучшему.

Самое важное последствие Папской революции то, что она ввела в историю Запада сам опыт революции. В противовес старому взгляду на светскую историю как процесс разложения было привнесено динамическое качество, чувство прогресса во времени, убежденность в реформации мира. Больше не разумелось само собой, что “бренная жизнь” неизбежно должна ухудшаться вплоть до Страшного суда. Напротив, теперь впервые предполагалось, что в этом мире можно добиться прогресса по направлению к достижению некоторых предварительных условий спасения в мире ином.

Быть может, самая впечатляющая иллюстрация нового чувства времени и будущего — это новая готическая архитектура. Великие соборы Европы выражали своими устремленными ввысь шпилями и парящими контрфорсами, своими удлинненными выгнутыми арками динамичный дух движения вверх, воплощали чувство достижения, живого воплощения высших ценностей. Стоит отметить, что эти соборы часто планировалось построить за несколько поколений и веков.

Менее впечатляющий, зато еще более значимый символ новой веры в поступательное движение к спасению — великие юридические памятники, появившиеся в эту эпоху. В отличие не только от предшествующего обычного права германских племен, но и от римского права до и после Юстиниана, право на Западе в конце XI и в XII в. и потом задумывалось как органично развивающаяся система, продолжающийся, растущий организм, свод принципов и процедур, который будет строиться, как и соборы, на протяжении поколений и веков.

3.

ПРОИСХОЖДЕНИЕ ЗАПАДНОЙ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ В ЕВРОПЕЙСКИХ УНИВЕРСИТЕТАХ

Мейтленд назвал XII в. “юридическим веком”. Он был не просто юридическим веком, а тем самым веком, в котором сформировалась западная традиция права. Однако великие революционные события, которые дали ей права гражданства, и первые великие юридические достижения произошли не в XII, а в последние десятилетия XI в. Это были Диктаты папы Григория VII, административные меры по централизации, предпринятые норманнскими правителями Сицилии, Англии и Нормандии, научные достижения великого канониста Ивона Шартрского (1040—1116) и великого специалиста по римскому праву Ирнерия (ок. 1060—1125).

Возникновение западных правовых систем нового времени в конце XI и в XII в. было тесно связано с возникновением первых европейских университетов. Именно там впервые в Западной Европе право преподавалось как четко очерченный и систематизированный свод знаний, наука, в которой отдельные юридические решения, нормы и законодательные акты изучались объективно и объяснялись с точки зрения общих принципов и истин, базовых для всей этой системы в целом. Воспитанные в духе новой юридической науки, новые поколения университетских выпускников поступали на службу в канцелярии и другие учреждения возникавших в то время церковных и светских политий и становились советниками, судьями, адвокатами, администраторами, составителями проектов законов. Они прилагали свои знания для того, чтобы придать стройность и связность растущему множеству правовых норм, помогая таким образом вылепить новые правовые системы из материала старых правовых порядков, которые прежде были почти совершенно растворены в общественном обычае и политических и религиозных институтах вообще.

Разумеется, право в обычном значении правовых данных, то есть правовых норм и процедур, может составить науку не более, чем может составить науку материя или поведение животных. Наука права, если она вообще существует, должна быть научным изучением таких правовых данных, научным

знанием о праве точно так же, как физика или биология как науки являются научным изучением или суммой знаний о материи или жизни животных. И все же с научной точки зрения есть важные различия между правовыми данными или любыми другими социальными и физическими данными, которые происходят оттого, что участники общественной жизни осознают свои действия и их сознание является неотъемлемой частью данных. Более того, само сознание может иметь или стремиться приобрести характерные черты науки. Деятели могут приписывать своим собственным наблюдениям того, что они делают, качества систематического, объективного, подтверждаемого знания. Именно это и произошло в праве в конце XI и в XII в. Правовые нормы, понятия, решения и процедуры остались данными, и в этом смысле — прямой противоположностью науке, но сознание участников правовых действий стало включать и систематическое их изучение, и накопление суммы знаний о них, что имело некоторые качества науки. В дополнение к этому сама наука, сумма знаний о праве, воспринималась как часть правовых данных. Понимание слилось с толкованием, а толкование с применением. Например, научное наблюдение, что Десять заповедей запрещают убийство, но при этом другие места в Библии указывают, что убийство может быть оправдано, если оно совершено при самозащите, или прощено, если оно совершено нечаянно, само по себе является изложением применимого правового принципа, а именно, что на первый взгляд убийство незаконно (согласно Библии), но оно может быть оправдано или прощено в определенных обстоятельствах. Тот факт, что само это наблюдение является или может стать законом, частью того, что является предметом наблюдения, отличает науку права от естественных наук. Быть может, в этом одна из причин того, что в XX в. словосочетания “юридическая наука” и “наука права” практически вышли из употребления в английском языке и в Англии и в США, хотя продолжают широко употребляться во французском, немецком, итальянском, русском и других языках. В этих языках слово, обозначающее науку (англ. “science”, как правило, не относится к гуманитарным наукам. — *Примеч. пер.*), несет более широкое значение, а поэтому легче провести различие между правом и метаправом, то есть правом, как оно практикуется, и правом, как оно задумано (Recht и Rechtswissenschaft, droit и la science du droit).

Утверждение, что в конце 1000-х и в 1100-х гг. право на Западе стало изучаться и преподаваться как отдельная наука, в то время как господствующие правовые порядки только начали вычленяться из политики и религии, рождает ряд вопросов. Чему, собственно, учили первые преподаватели права? Как можно было преподавать право, если господствующие законы и правовые институты, как церковные, так и светские, были по преимуществу местными и обычными и в значительной степени слиты с религиозными убеждениями и практикой, а также с политической, экономической и социальной жизнью вообще?

Ответ прозвучит любопытно для современного уха. То право, которое сначала преподавалось и систематически изучалось на Западе, вовсе не было господствующим правом; это было право, содержавшееся в одной древней рукописи, извлеченной на свет Божий в итальянской библиотеке в конце

XI в. Рукопись эта воспроизводила Дигесты, огромный сборник юридических материалов, составленный при римском императоре Юстиниане около 534 г., то есть пятью веками раньше.

Свод римского права, составленный в Константинополе при императоре Юстиниане, был высокоразвитой, дифференцированной правовой системой, весьма отличной от народного права германских племен. Одно время эта система господствовала на территории и Восточной и Западной Римской империи. Однако в 476 г. был низложен последний император Западной Римской империи, а еще задолго до этого на Западе римская цивилизация была вытеснена примитивной племенной цивилизацией готов, вандалов, франков, саксов и других германских народов. После VI в. римское право на Западе сохранилось только во фрагментах, хотя его система продолжала процветать в Восточной империи, именуемой Византией (и включая юг Италии). Некоторые отдельные нормы и понятия римского права иногда появлялись на Западе в отрывочных законодательных актах церковных и светских властей и в обычном праве народов, населявших нынешнюю Францию и Северную Италию. Каролингская и посткаролингская идеи об унаследовании королем франков власти римских императоров также способствовали выживанию отдельных принципов и норм римского права, в особенности тех, которые касались императорской власти. Некоторые из слабо организованных сборников законов, изданных германскими королями, содержали ряд римских правовых норм и понятий. Однако к тому времени, когда в Италии была обнаружена рукопись Юстиниана, римское право как таковое, то есть как система, очень ограниченно действовало в Западной Европе. К этому времени многие тексты пропали, термины приобрели новые значения. На Западе не было должностей, соответствующих римским магистратам (преторам), юридическим советникам (юристам) или адвокатам (ораторам). Господствующие правовые институты были по преимуществу германскими и франкскими. Таким образом, первым объектом систематического юридического изучения в Европе стал свод права (правовая система) более ранней цивилизации, в том виде, в каком он был записан в огромной книге или наборе книг.

Решающее значение имел, однако, тот факт, что изучавшие эти древние тексты юристы считали, как и вообще все их современники, что эта более ранняя цивилизация, Римская империя дожила до их дней и на Востоке и на Западе. Она осталась жива в особом смысле, в новой форме, как душа, пережившая тело. Более того, они были уверены, что та империя обладала универсальностью и постоянством. Они воспринимали право Юстиниана не как право, применимое в Византии в 534 г., а как право, применимое всегда и везде. Другими словами, они принимали право Юстиниана за истину, точно так, как принимали на веру Библию, произведения Платона и (позже) Аристотеля. Хотя, скажем, то, что было написано в своде Юстиниана о собственности на землю, не имело ничего общего с регулированием феодального права собственности, господствовавшего в 1100 г. в Тоскане или Нормандии. Этот факт вовсе не означал, что оно не было правом, напротив, оно-то и было истинным правом, идеальным правом, воплощением разума. Более того, Тоскана и

Нормандия сами считались продолжением Рима, так же как церковь и христианский мир считались продолжением Израиля. Открытие свода Юстиниана около 1080 г. было воспринято точно в том же духе, как было бы воспринято нахождение давно утерянного списка приложения к Ветхому завету. Так, автор (или авторы) великого изложения английского права, Брактонова “Трактата о законах и обычаях Англии”, в XIII в. процитировал не менее пятисот отрывков из Дигест Юстиниана без всяких ссылок, считая само собой разумеющимся, что они в Англии “закон”, хотя многие из этих положений никак нельзя было бы применить в королевских судах¹. Брактону даже пришлось доказывать, что применимые в королевских судах английские обычаи составляют “право” такое же реальное, как и содержащееся в древних римских текстах.

Для создания западной традиции права были необходимы еще два ингредиента. Один — это метод анализа и синтеза, приложенный к древним юридическим текстам, метод, который в новое время несколько пренебрежительно называли “схоластикой.” Второй ингредиент — тот контекст, в котором схоластический метод был приложен к сборникам римского права, а именно университет.

Эти три элемента: открытие юридических документов, составленных при римском императоре Юстиниане, схоластический метод их анализа и синтеза, преподавание права в университетах Европы — и есть то, что лежит в основе западной традиции права. Римское право дало всей Европе (не исключая Англию) большую часть юридического словарного запаса. Схоластический метод остался преобладающим способом юридического мышления на Западе до сего дня. Университеты собрали вместе исследователей права — преподавателей и студентов — со всей Европы, познакомив их не только друг с другом, но и с преподавателями и студентами теологии, медицины, гуманитарных наук, и сделали из них сословие, а говоря сегодняшним языком, — профессию.

ЮРИДИЧЕСКАЯ ШКОЛА В БОЛОНЬЕ

Вновь открытые тексты римского права были переписаны. В конце XI в. их начали изучать в разных городах Италии и других стран. Студенты объединялись и нанимали на год учителя, чтобы он объяснял им эти тексты. Юридически это объединение принимало форму партнерства (в римском праве — *societas*) профессора и студентов. Особенную известность приобрел один учитель, который начал преподавать в Болонье примерно в 1087 г. и которого звали Гварнерием, хотя в историю он вошел под именем Ирнерия. Студенты стекались к нему со всей Европы². Его школа пережила его. По современным подсчетам, в Болонье в XII—XIII вв. одновременно изучали право до десяти тысяч студентов³.

Будучи чужестранцами, большинство из студентов находились юридически в сложном положении. Например, иностранца могли заставить отвечать по долгам любого из его соотечественников. Если болонский купец

имел претензии к лондонскому, он мог взимать убытки с любого английского студента, который попадется ему под руку. Чтобы защититься от подобных угроз, студенты объединялись в “землячества” по этническому и географическому принципам: франки, пикардийцы, провансальцы, алеманны (немцы), англы, испанцы и так далее, всего около двадцати землячеств. Наконец, они объединились в две организации, или гильдии: одна объединяла всех студентов из местностей к северу от Альп, другая — к югу. Каждая из этих двух групп была организована в виде *universitas*. Этому термину римского права было присвоено значение ассоциации, имеющей юридическое лицо, или, говоря нашим языком, корпорации. Преподаватели не были членами студенческой *universitas*.

Для студентов Болоньи преимущества юридического объединения были очевидны. Ведь это были подростки, не достигшие и двадцати лет, а по понятиям того времени — зрелые молодые люди, готовые к активной политической жизни. Будучи единой организацией, студенты могли гораздо эффективнее договариваться с городским правительством и контролировать управление школой. Болонья стала прообразом средневекового высшего учебного заведения, находящегося под контролем студентов, в противоположность университету, находящемуся под контролем преподавателей, такому, который был основан позже в Париже. В конце концов все такие заведения стали называть “университетами”. Изначально этот термин применялся к университету в сегодняшнем смысле слова, то есть все учебное заведение было *studium generale* (общее образование), что означало образование, доступное и даваемое всем, а не только в местном масштабе. Наличие нескольких факультетов не было обязательным; факультет теологии или права сам по себе мог называться *studium generale*.

Студенческая организация (*universitas*, корпорация, гильдия) получила от города Болоньи хартию, которая позволяла ей заключать договоры с профессорами, регулировать аренду студенческого жилья, определять преподаваемые курсы и охватываемый ими материал, устанавливать длину лекций и количество каникул, регулировать цены на аренду и продажу книг. Преподаватели получали плату непосредственно от студентов на уроках.

Студенческой гильдии дана была широкая гражданская и уголовная юрисдикция над ее членами. Таким образом, студенты были исключены из гражданского бесправия, связанного со статусом иностранца, и приобрели своего рода искусственное гражданство.

Болонская хартия требовала, чтобы студенческая гильдия обеспечивала “братское милосердие, взаимную связь и приязнь, заботу о больных и нуждающихся, ведение похорон и искоренение злобы и ссор, присутствие и сопровождение наших кандидатов на докторскую степень к месту экзамена и обратно, духовное благосостояние членов”⁴.

Профессура составила свою собственную ассоциацию, коллегию преподавателей, которая имела право экзаменовывать и принимать кандидатов на докторскую степень и взимать плату за экзамен. Так как получение докторской степени фактически означало допуск в ряды профессуры, преподаватели сохранили за собой право определять членство своей гильдии, но на этом их полномочия и кончались. Если студенты считали, что профессор не выполняет

своих преподавательских обязанностей, то они бойкотировали его уроки и отказывались платить ему. А если лекция не начиналась по звонку, или же если она заканчивалась до звонка, или если курс лекций был еще не дочитан к концу семестра, студенческая гильдия штрафовала преподавателя.

Руководящим органом студенческого университета был генеральный совет, в который каждое землячество избирало двух членов. Генеральный совет избирал ректора, причем каждое землячество пользовалось правом выдвижения своего кандидата. Ректор должен был быть не моложе 24 лет и находиться в университете не менее 5 лет. Ректор присваивал степень бакалавра, назначал студенческий комитет, члены которого назывались разоблачителями профессоров, докладывавший ему о плохом поведении профессуры.

Генеральный совет принимал решения большинством голосов. По крупным вопросам решения принимались собранием ("конгрегацией") студентов. Посещение этих собраний было обязательным, на них каждый студент имел право выступать и голосовать. Генеральный совет имел право принимать статуты университета. Статуты определяли экономические дела университета, включая плату за разные услуги и заработную плату, цену на аренду книг и жилья, условия дачи в долг. Они также регулировали вопросы дисциплины студентов и профессоров, а также многие аспекты учебной программы. Однако крупнейшим ограничением студенческого самоуправления служило условие, по которому ни один принятый ассамблеей статут не мог быть изменен иначе как через 20 лет после его принятия единогласным решением всех студентов и преподавателей.

Источник такой власти студентов был отчасти экономический. Студенты, которые либо были сыновьями состоятельных родителей, либо учились на средства фондов (обычно монастырей), приносили городу очень большой доход. Если им что-нибудь не нравилось, они легко могли переехать в другое место и забрать с собой преподавателей. Так как dormитории, трапезные, аудитории принадлежали обычно местным жителям, а не студентам, их отъезд мог вызвать серьезный экономический кризис. Позже профессура стала получать плату от города и была связана с ним клятвой не уезжать. Такое развитие событий привело к резкому ослаблению студенческого контроля над университетом.

Церковная иерархия также играла важную роль в контроле над юридическим образованием. Кроме итальянских городов везде в Европе в XII в. за юридическим образованием надзирали не светские, а церковные власти. Однако в 1219 г., более чем через столетие после начала юридического образования в Болонье, папа постановил, что никто в Болонье не имеет права вступать в преподавательскую профессию (то есть получать докторскую степень) без предварительного экзамена и получения лицензии от архидиакона Болонского. На самом деле архидиакон (в других итальянских университетах, по таким же папским постановлениям, епископ) не задавал вопросов, а скорее председательствовал на экзамене. Тем не менее это папское постановление 1219 г. лишило докторов независимости в присвоении степени, и отныне даваемая церковью *licentia docendi* (разрешение на преподавание) требовалась везде, в том числе и в Италии. Во многих европейских городах такое дистан-

ционное управление епископов университетами привело к периодическим студенческим мятежам.

Однако в историческом плане был важен не столько епископский контроль над университетами, сколько относительная (по сравнению с существующими учебными заведениями) свобода университетов от него. До XI в. формальное образование в Европе давалось почти исключительно в монастырях. В XI—XII вв. появились и постепенно стали преобладающими кафедральные школы при соборах. Так как собор был местом епископской кафедры, школа при соборе находилась под непосредственным надзором епископа, так же как монастырская школа находилась под непосредственным надзором аббата. Едва ли учитель посмел бы возражать своему епископу или аббату. С другой стороны, Болонский университет, как говорят, был основан в результате того, что Матильда, герцогиня Тосканская и друг папы Григория VII, пригласила в Болонью Ирнерия преподавать римское право. Таким образом, более ста лет преподавание в Болонье было свободно от прямого контроля церкви. Разумеется, непрямого давления было сколько угодно, говорят, сам Ирнерий был отлучен от церкви за то, что поддерживал партию императора. Однако в целом болонские юристы вольны были поддерживать и папу и императора, в зависимости от того, насколько различные постулаты римского права оправдывали притязания того и другого. Тем временем в Париже в начале 1100-х гг. Пьер Абеляр осмелился возражать своему епископу и преподавать “контркурс” против него. Именно из этой конфронтации в XII в. и родился Парижский университет⁵. Так с самого начала европейские университеты возникли как учебные заведения, в которых преподаватели вольны были занимать противоположные позиции. Это резко отличало их от предшествующей системы, известной со времен античности, когда в каждой школе обязательно доминировал один учитель или одна теория.

Болонья с самого начала была университетом и в том смысле, что она была высшим учебным заведением, то есть большинство студентов ранее получили гуманитарное образование, обычно в монастырской или кафедральной школе. Там программа состояла из семи “свободных искусств”: грамматики, риторики, логики (также именуемой диалектикой), арифметики, геометрии, астрономии и музыки. Однако многие из этих школ сосредоточивались на первых трех науках, вместе называемых тривиум, которые были основаны преимущественно на Библии, произведениях отцов церкви и на отрывках из Платона, Аристотеля, Цицерона и некоторых других римских и греческих авторов. Изучение свободных искусств было начиная с XII в. предварительным условием изучения других наук — права, теологии, медицины. (Когда, как в Париже, свободные искусства стали четвертой университетской дисциплиной, ее изучение осталось предварительным условием для изучения прочих трех.) В Болонье сначала не было иных факультетов, кроме юридического, а когда позже они там появились, между ними не было никакой организационной связи, кроме того, что все студенты получали свои дипломы от одного и того же канцлера — архидиакона Болонского.

Болонская система юридического образования была перенесена в другие

европейские города, включая Падую, Перуджу, Пизу, Саламанку, Монпелье и Орлеан, Прагу, Вену, Краков, Гейдельберг⁶. Однако большинство университетов к северу от Альп, хотя и приняли болонскую учебную программу и методы преподавания права, приняли парижский тип организации, когда профессора и студенты всех четырех факультетов — богословского, юридического, медицинского, свободных искусств — состояли в единой организации и подчинялись одному главе и одному управлению⁷. В Оксфорде Вакарий, получивший образование в Болонье, в середине 1100-х гг. преподавал право, хотя, по всей видимости, юридический факультет как таковой был учрежден в Оксфорде (и еще один в Кембридже) не раньше следующего века.

ПРОГРАММА И МЕТОД ОБУЧЕНИЯ

С самого начала в Болонье преподавался текст римского права, составленный юристами Юстиниана в VI в. Возможно даже, что сама школа была основана в основном для изучения этого текста.

Рукописи состояли из четырех частей: Кодекса, в который входили ордонансы и решения римских императоров; Новелл, содержащих другие законы; Институций — краткого учебника для начинающих студентов-юристов; Дигест, в пятидесяти книгах которых было собрано множество отрывков из сочинений римских юристов по весьма широкому кругу правовых вопросов. В переводе на современный английский язык Кодекс занимает 1034 страницы, Новеллы — 562 страницы, Институции — 173 страницы, а Дигесты — 2734⁸.

Европейские юристы конца XI и XII в. обращались со всеми этими произведениями как с единым текстом.

Однако первостепенное значение придавалось не Институциям, которые были своего рода азбукой римского права, и не Кодексу или Новеллам, которые излагали конкретные императорские статуты и декреты, а Дигестам, которые назывались также Пандектами. Дигесты были обширным собранием мнений римских юристов о тысячах правовых вопросов, касающихся не только собственности, завещаний, договоров, деликтов, других отраслей сегодняшнего гражданского права, но и вопросов уголовного, конституционного и других отраслей права, охватывавших римского гражданина. Это было муниципальное право *jus civile* (право города), описывавшее все, кроме “права наций” (*jus gentium*); последнее охватывало также неримлян, а Дигесты его едва касались. Дигесты не были кодексом в современном значении, в них не было сделано попытки представить полный, самодостаточный, внутренне последовательный, систематически организованный набор правовых понятий, принципов и норм. Только на Западе после основания университетов Дигесты вместе с Кодексом, Новеллами и Институциями стали называть Сводом гражданского права (*Corpus Juris Civilis*), то есть сводом гражданского права.

Те юридические утверждения, которые выдвигались в Дигестах, часто представляли собой “судебные решения” (как мы бы теперь сказали) по настоящим делам. Другие утверждения являлись заявлениями (“эдиктами”) ма-

гистратов, именуемых преторами, на предмет того, как они будут судить в предстоящих делах. Например, претор говорит: “Если ты или твои рабы силой лишили кого-либо собственности, которую он тогда имел, я удовлетворю иск только в течение года, но когда прошел год, я удовлетворю иск только в отношении того, что [впоследствии] попало в руки того, кто силой лишил истца его имущества”. Подобные заявления сопровождаются цитатами из сочинений разных юристов. Так, по поводу приведенного выше заявления претора цитируется Ульпиан: “Этот запрет был установлен во благо человека, которого изгнали силой, ибо совершенно справедливо прийти ему на помощь в таких обстоятельствах. Этот запрет был установлен для того, чтобы он вернул свою собственность... Этот запрет не относится ко всем видам насилия, а только к такому насилию, которое применено против лишившихся собственности людей. Этот запрет относится только к гнусному насилию, когда стороны лишаются владения почвой, как, например, надела земли или строения, но ни к чему иному”. Другие юристы тоже комментируют этот запрет. Например, Помпоний говорит: “Однако если ты изгнан вооруженной силой, ты имеешь право вернуть себе землю, даже если изначально ты приобрел ее либо силой (vi), либо скрытно (clam), либо на основании спорного притязания (precario)”⁹.

Римские юристы, как писал Джон П. Доусон, направляли свое внимание в основном “не на теоретический синтез, а на последовательное и упорядоченное разрешение конкретных дел... Ими двигало стремление к экономии не только в языке, но и в мыслях. Их предпосылки устоялись, главные цели социального и политического порядка под вопрос не ставились, а система правовых идей была хорошо известна и не нуждалась в длительном обсуждении. Эти люди решали дела, они работали в этой системе и не были призваны решать высшие проблемы человеческих потребностей и предназначения. Они работали от одного дела к другому, терпеливо, с острой проницательностью и глубоким уважением к унаследованной традиции”¹⁰.

Профессор Доусон отмечает свойственную римским юристам “глубокую сосредоточенность на конкретных делах”, иногда гипотетических, но часто взятых из настоящих судебных исков. “Эти дела, — говорит он далее, — изложены кратко, и так же кратко изложены собственные выводы юристов. В подробном обосновании причин не было нужды, так как для людей за пределами этой элитарной категории авторитет юристов был сам по себе достаточен, а члены ее понимали все причины и сами. Многие предпосылки были раскрыты лишь после нескольких веков терпеливого изучения, потому что римские юристы в свое время либо подразумевали их, либо намекнули на них и только. Основной задачей римских юристов в их понимании было обеспечить решения дел, которые возникли или могли возникнуть, проверяя и пересматривая свои центральные идеи путем наблюдения за их влиянием на конкретные прецеденты”¹¹.

Студентам-юристам в Европе сегодня, изучающим римское право в том виде, как его систематизировали университетские профессора на Западе начиная с XII в., с трудом верится, что оригиналы были до такой степени ка-

зуистичны и нетеоретичны. Студентов учат, что в этом мириаде узких норм и неопределенных общих терминов имплицитно содержалась сложная система отвлеченных понятий. Именно этот самый концептуализм римского права ставится в пример в сравнении с партикуляризмом и прагматизмом английского и американского права. Это означает смотреть на римское право Юстиниана глазами европейских юристов более позднего времени. Именно они первыми вывели концептуальные моменты из текста кодификации Юстиниана: создали теорию договорного права из конкретных типов римских договоров, определили право владения, разработали учение об оправданном применении силы и вообще систематизировали эти тексты на основе более широких принципов и понятий.

Программа обучения в школе права XII в. состояла прежде всего в чтении текста Дигест. Учитель читал вслух и правил язык рукописного текста, а студенты следили за ним по своим (обычно взятым в аренду) рукописным же копиям и делали необходимые поправки. К этому занятию и применялся термин “лекция”, означавший “чтение”. Некоторые студенты, у которых не было денег на покупку или аренду текста Дигест, заучивали его наизусть.

Так как текст был очень труден, его приходилось объяснять. Таким образом, после чтения текста учитель глоссировал его, то есть растолковывал его слово за словом, строчка за строчкой. (По-гречески *glossa* обозначает “язык” и “необычное слово”.) Студенты записывали диктуемые учителем глоссы между строчками текста, более длинные заходили на поля. Скоро письменные глоссы приобрели почти такой же авторитет, как и сам глоссированный текст. Около 1250 г. “*Glossa Ordinaria*” Аккурсия стала общепринятой авторитетной работой по Дигестам вообще. За Аккурсием последовали “постглоссаторы”, или “комментаторы”, они комментировали текст и глоссы.

Глоссы были нескольких видов. Некоторые из них (*notabilia*) давали краткое содержание глоссируемых отрывков. Другие (*brocardica*) были изложением широких правовых норм (максим), основанных на глоссируемой части текста. Кроме того, преподаватели аннотировали текст с помощью классификаций, которые назывались *distinctiones*. Они начинали с широкого термина или общего понятия и делили его на различные подчиненные виды, а те в свою очередь делились и подразделялись дальше, причем автор “следовал этим разветвлениям смысла и терминологии в самых мельчайших деталях”¹². Наконец, в дополнение к “различениям” учитель ставил *quaestiones*, проверяя какую-нибудь широкую доктрину путем ее приложения к конкретным проблемам или вопросам.

Программа и форма лекций и диспутов описывались в университетских статутах. Вот, например, как начинается одно из дошедших до нас вступлений к лекции средневекового преподавателя:

“Первое, я дам вам краткое содержание каждого из титулов [Дигест], прежде чем я перейду к самому тексту. Второе, я как можно лучше, яснее и подробнее поставлю примеры отдельных законов [содержащихся в титуле]. Третье, я кратко повторю текст с намерением поправить его. Чет-

верное, я кратко повторю содержание примеров [законов]. Пятое, я разрешу противоречия, добавив общие принципы, обычно именуемые “brocardica”, и разделения между тонкими и полезными проблемами [quaestiones] вместе с их решениями, насколько позволит мне Божественное Провидение. И если какой-либо закон, по причине его знаменитости или трудности, заслужит Репетиции, я оставлю его на вечернюю Репетицию”¹³.

В дополнение к чтению текста и глосс и к их анализу посредством “дистинкций” (различений) и вопросов, программа в Болонье и других средневековых юридических школах включала *disputatio*, то есть обсуждение вопросов права в форме диспута между двумя студентами под руководством преподавателя или диспута между преподавателем и студентами. Диспут часто сравнивают с современным ему фольклором, однако на диспуте обсуждались всегда только вопросы права и никогда — настоящие или гипотетические ситуации фактического характера.

С течением времени программа изучения права в Болонье, Париже, Оксфорде и других университетах Европы расширилась и стала включать не одно только римское право из Корпуса гражданского права. Главным новым предметом, добавившимся в XII в., стало новоизобретенное каноническое право церкви. По контрасту с римским правом каноническое право было ныне действующим, господствующим правом, которое постоянно пополнялось за счет постановлений пап и церковных соборов и которое применялось церковными судами. Развивались также и светские правовые системы городов, княжеств и королевств Европы, обычно под руководством юристов, прошедших обучение в университете Болоньи или другом. В связи с этим учебная программа обогащалась ссылками на текущие проблемы светского права. Анализируя тексты Юстиниана, преподаватели вводили в обсуждение практически важные правовые вопросы и анализировали их в свете и римского и канонического права.

Так, возрождение изучения римского права предыдущей эпохи привело к анализу текущих проблем права. Римское право послужило сначала идеальным правом, сводом правовых идей, взятых как единая система. Текущие правовые проблемы, прежде неклассифицированные и необтесанные, теперь анализировались в его терминах и оценивались по его нормам. В каком-то смысле римское право сыграло для средневекового правового мышления такую же роль, какую история права играла для англо-американского правового мышления с XVII по XX в. Римское право предоставило перспективу для анализа господствующих законов и идеалы для проверки истинности господствующих законов. Я не хочу сказать, что римское право считалось чем-то отличным от господствующего. Оно господствовало наряду с более новыми законами и в каком-то смысле — над ними. Однако у него было такое фундаментальное качество, которого неоставало новым законам. Новые законы были в процессе становления, нормы римского права уже существовали, чтобы комментировать их.

СХОЛАСТИЧЕСКИЙ МЕТОД АНАЛИЗА И СИНТЕЗА

Программа и методы обучения юридических факультетов в Болонье и других университетах Запада в XII—XIII вв. были основаны на новом способе анализа и синтеза, который позже назвали схоластическим. Этот метод, который впервые был полно разработан в начале 1100-х гг., как в праве, так и в богословии предполагает абсолютный авторитет определенных книг, в которых, надо понимать, содержится единое и полное учение. Однако парадоксальным образом схоластический метод предполагает, что в тексте могут быть и лакуны и противоречия, поэтому он ставит своей главной задачей суммировать текст, закрыть лакуны и разрешить противоречия внутри него. Этот метод называется “диалектическим” в том смысле, который придавался этому слову в XII в., то есть стремящимся примирить противоположности¹⁴.

И в праве и в богословии, а позже и в философии схоластический метод анализа и синтеза распространялся благодаря методу преподавания в университетах, особенно методу глоссирования текста и постановки вопросов для диспута. “Основные книги по праву и богословию были естественно расширяться университетскими лекциями”¹⁵. Другими словами, наука и учение произошли от учения, а не наоборот.

В то самое время, когда западные юристы создавали, по их мнению, науку права, западные богословы начинали создавать, по их мнению, науку богословия, теологию. Ведь Пьер Абеляр (1079—1142), который первым употребил слово “теология” в его нынешнем значении систематического анализа свидетельств божественного откровения¹⁶, был и одним из великих пионеров схоластической логики. Его даже часто называют отцом схоластики. Абеляр стремился посредством схоластических методов анализа и синтеза применить рациональные критерии к решению вопроса о том, какие истины откровения имели универсальную ценность, а какие — только относительную. Однако это не был такой фундаментализм, который во всех обстоятельствах принимает все слова данного текста за истину; целое считалось истиной, а внутри целого различные части считались обладающими разной степенью истинности. Например, одна из главных книг Абеляра “Sic et Non” (“Да и нет”) просто путем последовательных цитат перечисляет более чем 150 разночтений в Библии, произведениях отцов церкви и других авторитетов, считая все эти произведения истинными и оставляя читателю задачу привести их в гармонию¹⁷.

В праве схоластический метод принял форму анализа и синтеза массы доктрин, часто противоречащих друг другу, взятых из кодификации Юстиниана и у светских авторитетов. Как и в случае с теологией, сам письменный текст как таковой, Свод гражданского права, точно так же, как Библия и патристика, принимался как святая правда, воплощение разума. Однако задача примирения противоречий дала возможность западному юристу XII в. обращаться с правовыми понятиями и нормами с большей свободой и гибкостью, чем то было позволено его римскому предшественнику. Разумеется, как и этот предшественник, западный юрист заботился (по словам профессора Доусона) о “последовательном и упорядоченном рассмотрении отдельных дел”, но он также заботился (в отличие от римлян) о поиске “подробных обоснований” и “теорети-

ческом синтезе”. И в поисках обоснований и синтеза он часто жертвовал той более узкой последовательностью, которой так дорожили римляне.

ОТНОШЕНИЕ СХОЛАСТИКИ К ГРЕЧЕСКОЙ ФИЛОСОФИИ И РИМСКОМУ ПРАВУ

Метод европейских юристов XII в. представлял собой измененный метод диалектического рассуждения, характерный для древнегреческой философии и классического и послеклассического римского права. “Диалектика” по-гречески — “разговор”, или “диалог.” Древнегреческие философы считали “искусство разговора” (*tekhnē dialektikē*) методом мышления; Платон даже рассматривал его как единственный несомненный метод постижения истины, который он называл “наукой” (*epistēmē, scientia*). Написанные Платоном диалоги с Сократом включали три основных диалектических приема: 1) отрицание тезиса оппонента путем выведения из него через серию вопросов и ответов таких последствий, которые противоречат ему или неприемлемы по иным причинам; 2) выведение обобщения, опять путем вопросов и ответов, из серии истинных положений об определенных делах; 3) определение понятий с помощью техники различений, то есть путем неоднократного деления (анализа) рода на виды и видов на подвиды и затем синтеза, то есть неоднократного сбора видов в их род, а родов в более крупные роды. Путем таких рассуждений Платон стремился прийти к несомненному знанию природы Добра, Справедливости, Истины, Любви и других “Форм”, которые, по его мнению, существуют во вселенной независимо от человечества.

Аристотель существенно усовершенствовал платоновские понятия диалектического мышления. Во-первых, он провел различие между рассуждением, исходящим из необходимости, заведомо истинных посылок (например, “все люди смертны” или “огонь жжет”) и рассуждением, исходящим из посылок, которые хотя и являются общепринятыми или выдвигаются специалистами, тем не менее могут быть поставлены под вопрос (например, “человек — политическое животное” или “изучение философии желательно”). По Аристотелю, диалектическим является только последний тип рассуждения, а так как исходные посылки его не бесспорны, такое рассуждение способно привести не к достоверности, а лишь к вероятности. Только первый вид рассуждения, называемый “аподиктическим”, способен продемонстрировать необходимые истины, ибо бесспорные выводы можно сделать только из бесспорных посылок.

Аристотель также отточил и развил Платонову концепцию науки. Он первым употребил это слово во множественном числе для обозначения “целого ряда отдельных и ясно различимых наук. Все они разделяют определенные методы, но каждая из них имеет собственные отличительные *archai*, то есть принципы [буквально начала] и свой собственный определенный предмет”¹⁸. Каждая имеет и свой метод исследования, “вырастающий из самого предмета”¹⁹, хотя для всех является общим метод наблюдения и гипотез. Аристотель разделил Платонову “науку” на физику, биологию, геометрию, этику, политику, метафизику и другие виды. Однако медицина осталась для Аристотеля

“искусством” (tekhnē), так как она применяла научные истины, но сама не вела к демонстрации таковых. Право Аристотель не рассматривал даже как искусство, для него оно растворялось в этике, политике и риторике.

Аристотель учил, что и в аподиктическом и в диалектическом мышлении можно применить индуктивную либо дедуктивную логику. (В этом он также расходился с Платоном, в понимании которого истину можно было обрести только на пути дедуктивной логики, то есть рассуждая от общего к частному, а не наоборот.) Тем не менее у Аристотеля в диалектическом мышлении предпочтение отдается индуктивной логике, так как она яснее и убедительнее для большинства людей. В аподиктическом же мышлении для одних наук (например, математики) годится дедуктивная логика, а для других (например, биологии) — нет. Индуктивная логика движется от опыта либо к достоверности, либо к вероятности, находя в отдельных наблюдаемых случаях общее. Так, если из наблюдения известно, что умелый кормчий — лучший кормчий и что умелый возница — лучший возница, то можно заключить из этого, что в принципе умелый человек будет лучшим во всяком виде деятельности²⁰. Однако это общее наблюдение становится научным в Аристотелевом смысле только тогда, когда осознан лежащий в его основе принцип, то есть причина, и тогда видно, что исходные посылки аргумента по необходимости истинны.

Отличительной чертой диалектического мышления является не его склонность к индуктивной логике, ибо, как показал Аристотель, аподиктическое мышление также склоняется к индуктивной логике во многих областях. Отличительная черта диалектического рассуждения прежде всего в том, что оно начинается не с “посылок”, то есть декларативных утверждений, которые могут быть либо истинными, либо ложными и из которых можно сделать научные выводы, а с проблем, или вопросов, по которым люди могут расходиться во мнениях, хотя в итоге спорный вопрос будет окончательно разрешен посылкой или первопринципом в пользу той или другой стороны, если будут применены правильные методы диалектического рассуждения²¹.

Аристотелевское деление на аподиктическое и диалектическое мышление было принято стоиками начиная с III в. до н.э. Однако стоики рассматривали диалектическое мышление не как метод постижения первопринципов, а как метод анализа аргументов и определения понятий с помощью расчленения и синтеза родов и видов. Им также недоставало важнейшего для Аристотеля стремления к системности. У них диалектика стала независимой дисциплиной, по сути, не отличавшейся от логики, но содержавшей сильные элементы грамматики и риторики.

Именно в этой форме, приданной ей стоиками, греческая диалектика и была импортирована в Рим в эпоху Республики (II—I вв. до н.э.), а сами труды Платона и Аристотеля остались на заднем плане. Там диалектикой занялись образованные слои общества, включая и юристов, которые впервые применили ее к действующим правовым институтам. Греки никогда не делали подобных попыток. Причины этого многообразны. Греческие города не переживали подъема престижа класса юристов, которым было доверено развитие права. Правосудие осуществлялось большими народными собраниями, а вы-

ступавшие на них с декламациями спорщики апеллировали не столько к юридическим аргументам, сколько к моральным и политическим соображениям. Более того, греческие философы не признавали правовые нормы как отправную точку рассуждения. Они исповедовали приверженность высшей философской истине, достижимой одним лишь наблюдением и разумом²². Для них правовые нормы и решения вовсе не были авторитетами, которые надо было принимать или по крайней мере считаться с ними как с воплощением общественного чувства справедливости; они служили просто данными, которые можно было использовать или не использовать в философских построениях. Так, греческие философы с удовольствием спорили по вопросам природы правосудия и должен ли правитель править по закону или по своей воле. Однако они совершенно не видели смысла обсуждать такой вопрос: должен ли закон защищать владельца товаров от того, кто их честно приобрел у третьего лица, причем это третье лицо мошеннически побудило владельца расстаться с ними? Когда они все-таки рассматривали подобные вопросы гражданского права, они обычно считали их вопросом личной этики. Напротив, вопросы конституционного права обычно рассматривались как вопросы политики.

Платоновская мысль даже придавала трансцендентную реальность идее правосудия, что мешало доверить исполнение оною юристам. Ведь только искатель мудрости (*philosophos*) способен был управлять и то лишь после того, как он достигнет цели своих исканий и станет знающим. Говоря словами Карла Фридриха: «Сама трансцендентность правосудия [для Платона] делает невозможной его реализацию в конституционном порядке», он добавляет, что в результате конституционное право в западном смысле слова «было неизвестно в Афинах»²³.

В Риме, с другой стороны, довольно рано появился престижный класс юристов. Начиная с V в. до н.э. жрецы (понтификаки) вели письменный учет различных мер судебной защиты (исков), применимых для разных целей. Впоследствии возникла практика ежегодного избрания преторов, которые в виде эдикта каждый год объявляли общие нормы закона, применимые к частным спорам, и которые принимали от людей жалобы на нарушение закрепленных в эдикте прав. Претор передавал такую жалобу судье. Им был гражданин, избранный претором для этой цели, претор давал ему указание провести слушание дела и в случае подтверждения перечисленных в жалобе фактов принять меры. Кроме преторов и судей существовала и третья группа граждан, которые участвовали в судебных мероприятиях, — адвокаты, выступавшие перед судьями. Наконец, и это самое важное, существовали юристы (их называли также юрисконсультами). Они одни были профессионалами. Главной их задачей было давать юридические консультации преторам, судьям, адвокатам, тяжущимся сторонам, клиентам, желающим участвовать в юридических процедурах²⁴.

Римские юристы были чрезвычайно практичны в своем подходе к праву. Заимствование ими греческой диалектической аргументации во II-I вв. до н.э., хотя и было первым вторжением науки в римское право, не стало смешанным браком римского права с греческой философией, который состоялся более чем на тысячу лет позже в университетах Западной Европы. Римские

юристы не приняли эллинистическую систему образования, юридическое образование состояло в основном из весьма неформального, частного обучения в доме одного из старших практикующих юристов. “[Римские] юрисконсульты не обсуждали со своими учениками такие базовые понятия, как правосудие, право, правоведение, хотя грекам эти проблемы казались чрезвычайно, даже единственно, важными. Студента сразу погружали в практику, где перед ним раз за разом вставал все тот же вопрос: “Что следует сделать, исходя из представленных фактов?”²⁵. Тем не менее именно в этот период, до так называемого великого расцвета римского права I—III вв., римские юристы попытались провести систематическую классификацию римского права на разные типы (роды и виды) и с точностью определить общие нормы, применимые к частным случаям.

Быть может, самый ранний пример систематического приложения диалектического мышления к праву — трактат по *jus civile* римского юриста Квинта Муция Сцеволы, умершего в 82 г. до н.э.²⁶ В этой работе, “заложившей основы не только римской, но и европейской юриспруденции”²⁷, гражданское право было разделено на четыре основные части: право наследования, право лиц, вещное право и обязательственное право. Каждая часть подразделялась дальше: право наследования на наследование по завещанию и без него; право лиц на брак, опеку, правовое положение свободного человека, родительскую власть и др.; вещное право на владение и невладение; обязательственное право на договоры и деликты. Каждый из этих видов подразделялся далее. Например, договоры делились на реальные — купля-продажа, наем, товарищества; деликты — оскорбление действием, нанесение ущерба имуществу²⁸. Под каждым родом и видом, охарактеризованным по его главным принципам, приводились юридические материалы. Это были прежде всего решения преторов по отдельным делам, а также и законодательные акты, авторитеты более ранних сборников документов, авторитеты устной традиции. Автор поставил перед собой в качестве основной задачи — дать “дефиниции”, как он их называл²⁹, то есть точное изложение правовых норм, присутствующих в решениях по отдельным делам.

В работах Квинта Муция Сцеволы и его сотоварищей, юристов II—I вв. до н.э., не только система классификации, но и сам метод формулирования отдельных норм был по природе своей диалектическим в широком смысле. Ставились вопросы, собирались различные ответы разных юристов, а затем предлагались собственные выводы автора. Например, какой-то юрист в прошлом свел воедино различные решения, относящиеся к сфере действия закона о краже, сказав, что взявший займы лошадь совершил кражу, если он отвел ее в иное место, чем то, о котором договорились, или дальше, чем то место, о котором договорились. Квинт Муций Сцевола рассмотрел эти и другие решения и пришел к более широкой и в то же время более точной формулировке: если человек взял вещь на хранение и пользуется ею или если человек получил вещь в пользование и использует ее для иной цели, чем было оговорено, он виновен в краже³⁰. Это определение включает не только дачу займы, но и помещение на хранение.

Как пишет профессор Стайн: “Следуя приемам Аристотеля, [Квинт Муций] видел свою задачу в объяснении того, что происходило в процессе судебного разбирательства”³¹. Он стремился достигнуть своей цели путем подразделения правового материала на роды и виды, пока не приходил к конкретным решениям. Затем он классифицировал их и уже мог объяснить, находя “такую словесную форму, которая включала все относящиеся к предмету категории и исключала все прочие”³². Цель его и всех его последователей состояла в том, чтобы изложить существующее право и определить его точные границы³³. Однако широта обобщения находилась в обратно пропорциональном отношении к его разработанности. Не к римским юристам периода республики надо обращаться для обсуждения правовых понятий; “даже сама мысль о понятии отсутствовала в их складе ума”³⁴.

Впоследствии в классический и послеклассический период (I—V вв.) римские юристы развили и отточили ту диалектическую технику, которую применяли их предшественники республиканского периода, не меняя ее сути. Появилась тенденция к несколько большему уровню абстракции. В первой половине II в. римские юристы начали определенно говорить о нормах (*regulae*), а не только о “дефинициях”. Различие между двумя этими терминами довольно тонкое. Дефиниции, судя по всему, были более тесно связаны с теми прецедентами, которые они обобщали. Нормы, хотя они и выводились из прецедентов, можно было рассматривать отдельно. Иногда их собирали в книгах норм, которые особенно нужны были разным мелким чиновникам Римской империи. В это время было основано и несколько юридических школ, и хотя они сильно ориентировались на практику, конечно же, способствовали тенденции к поиску более широких норм. Аристотелевская концепция “естества” вещи использовалась для того, чтобы суммировать те нормы, которые касались возможных упущений в точных условиях договоров купли-продажи. Говорилось, что те условия, которые “естественно принадлежат” к данному делу, не требуют специального соглашения³⁵. Однако считалось, что только один термин “естественным образом” входил во все виды купли-продажи, а именно наличие у продавца правового титула. Все другие конкретно подразумеваемые договорные гарантии (говоря сегодняшним языком) для отдельных видов купли и продажи перечислялись особо, например, что данное животное здорово или что данный раб не имеет привычки совершать побег. Иногда разрабатывались общие нормы для регулирования разных видов сделок, различных видов договоров, например купли-продажи и сдачи в аренду. Лишь изредка римские юристы заходили так далеко, что могли постулировать широкие принципы, по-видимому, охватывавшие все право целиком. Так, Гай, великий юрист и преподаватель права середины II в., писал, что соглашения, заключенные “против норм гражданского права”, недействительны. Этим он подразумевал, но не более чем подразумевал, то, что впервые ясно изложили юристы-схоласты Запада в XII в.: право является цельной системой, “сводом”.

Эта же посылка присутствовала в некоторых очень широких нормах (*regulae*), которые, будучи извлечены из тех прецедентов, в которых они впервые были обобщены, приобрели форму отточенного эпиграмматического изложения фундаментальных правовых принципов. В Дигестах Юстиниана

заключительный титул 50.17 “О различных нормах древнего права” объединяет 211 таких широких норм. Например: “никто не может считаться обманувшим тех, кто знает и соглашается”; “в сомнительных вопросах следует предпочитать более благоприятное толкование”, “добросовестность владения дарует обладателю вещи столько же, сколько истинному собственнику, там, где закон (lex) не ставит препятствий”. Однако, как показал Стайн³⁶, эти “правовые максимы”, как стали называть их в XII в., взятые как отвлеченные принципы, имеют совершенно иное значение, чем то, какое они имели в контексте тех типов дел, в которых впервые были произнесены, и часто описываемых в первых частях Дигест. Так, первая из цитированных норм относилась первоначально к делу человека, приобретшего нечто у должника-мошенника с согласия его кредиторов: кредиторы не имеют права потом жаловаться, что их обманули. Вторая норма первоначально относилась к наследству, упомянутое в ней “более благоприятное толкование” — это толкование, предоставляющее выгодные условия для наследников. Третья норма первоначально имела в виду добросовестного владельца чужого раба, если этот раб совершил кражу у другого человека, жертва предъявляет иск этому владельцу. В 530 г. Юстиниан издал конституцию (указ), поясняющую более древний закон по этому вопросу. Эта конституция и есть тот закон (lex), который косвенно упомянут в заключительной фразе нормы.

Этим собранием из 211 голых утверждений, представляющих собой отвлеченные нормы древнего закона, Юстиниан отнюдь не собирался никого обмануть, создав ложное впечатление, что эти нормы имеют значение, независимое от тех конкретных ситуаций, в которых они были когда-то применены. Это ясно из самой первой нормы, в которой цитируются слова юриста Павла: “Норма — это нечто, кратко излагающее суть дела... Посредством норм передается краткое содержание дела... и если оно неточно, то теряет свою полезность”. Другими словами, нормы не следует рассматривать вне контекста содержания дел, которые они суммируют. Это ясно и из того факта, что каждая норма предваряется отсылкой к ее первоначальному контексту. Более того, за исключением первой, нормы организованы не систематически и некоторые из них противоречат другим³⁷. Юстиниан, по крайней мере отчасти, добавил нормы к своему великому сборнику как украшение. Также вероятно, что их намечалось использовать в споре, возможно, в качестве презумпций, могущих передвинуть бремя доказывания. Наконец, нормы служили дидактической цели: с их помощью легче было запомнить обширный текст. Несомненно, что ни один римский юрист не относился к ним как к отвлеченным принципам. Даже более того, взятый целиком, титул 50.17 Дигест должен был показать юристам эпохи Юстиниана справедливость знаменитого правила Яволина, тоже приведенного в титуле 50.17, которое гласило: “Все нормы (definitiones) в гражданском праве опасны, ибо они почти всегда могут быть искажены”. (Вполне вероятно, что и это тоже было направлено на какое-то конкретное определение)³⁸.

Римские юристы классического и постклассического периодов воспринимали правовую норму как обобщение общих элементов решений по ограниченному классу дел. Только ограничив таким образом сферу действия

правовых норм, они надеялись достичь своей цели — применить греческие методы классификации и обобщения как рациональную базу для решений по делам. Греки никогда не пытались осуществить подобное осмысление правовых решений и норм. Для них диалектическое рассуждение было приемом выведения правильных философских заключений, положений из установленных посылок. Римляне переделали греческую диалектику из искусства открытия в искусство суждения.

Важно отличать римскую юридическую казуистику от юридической казуистики западноевропейских юристов начиная с XI—XII вв., равно как и от прецедентного метода рассмотрения, по сей день практикуемого английскими и американскими юристами общего права. С одной стороны, римляне не применяли прецеденты для иллюстрации принципов или для того, чтобы проверить их, сделав как бы шаг назад и поглядев, как они были применены. С другой стороны, они сводили свои прецеденты к голым судебным решениям, не рассматривая их во всей полноте, не обсуждая ни двусмысленности, ни пробелы в их фактической стороне, ни альтернативные формулировки соответствующих юридических вопросов³⁹ Макс Вебер, вне сомнения, пошел слишком далеко, охарактеризовав использование норм классическими римскими юристами как “всего лишь паратактическую и визуальную связь по аналогии”⁴⁰. Однако неумение римских юристов выразить те предположения и глубинные обоснования, на которых базировались эти аналогии, да и само их неумение определить даже важнейшие юридические термины⁴¹, вело к узости или деревянности анализа дела, а этого-то римские юристы и добивались! Когда Цицерон ратовал за более сложную систематизацию права, с четкими определениями и отвлеченными правовыми нормами, юристы “отвечали на эти упреки вежливым молчанием”⁴². У них не было никаких причин пытаться переделать римский гений в области последовательного судопроизводства в философскую систему. Они имели все основания с подозрением относиться к применимости более высоких уровней греческой философии к практическим нуждам вынесения судебных решений.

Западноевропейские юристы XI—XII вв. довели греческую диалектику до гораздо более высокого уровня абстракции. Они попытались систематизировать нормы так, чтобы получилось единое целое, то есть не просто определить общие для определенного рода прецедентов элементы, но и синтезировать нормы в принципы, а сами принципы — в цельную систему, совокупность права, или *corpus juris*.

Один из приемов, используемых юристами-схоластами для достижения этой цели, состоял в том, что они считали римские *regulae*, собранные в титуле 50.17 Дигест, правовыми максимами, то есть универсально справедливыми независимыми принципами. Слово “максима” было взято из аристотелевской терминологии, оно означало “максимальная (то есть предельная) посылка”, то есть “универсалия”. Римский писатель Боэций (480—524), переводчик на латинский язык и комментатор Аристотеля, из работ которого и черпали свои знания об учении Аристотеля западные ученые с VI вплоть до середины XII в., писал, что Аристотель постулировал определенные самоочевидные посылки и что именно из этих “максимальных, то есть универсальных... посы-

лок... выводятся решения силлогизмов"⁴³. В XII в. великий логик Пьер Абеляр в своей "Диалектике" описывал такую максимальную посылку как посылку, которая суммирует смысл и логику, общие для подразумеваемых в ней отдельных посылок. Например, из посылок "если это человек, то это живое существо", "если это роза, то это цветок", "если это красное, то это цвет" и т.п., в которых вид предшествует роду, "выводится максимальная посылка, что сказанное о виде может быть сказано о роде". "Максима, — писал Абеляр, — содержит и выражает смысл всех таких последствий и показывает способ умозаключения, общий для всех посылок"⁴⁴. Точно так же юристы Болоньи, современники Абеляра, индуцировали универсальные принципы из содержания отдельных случаев. Это было прямой противоположностью старого римского понятия о норме как всего лишь "кратком изложении дела". Вместо этого считалось, что все право, *ius*, можно индуцировать путем синтеза из общих черт определенных видов прецедентов. Такую же логику несколькими веками позже применили английские и американские юристы для выведения общих норм из отдельных судебных решений. В наше время логики называют это "сущностным обобщением"⁴⁵. Оно основано на общем принципе умозаключения, что если отдельный предмет А из собрания М имеет свойство F, то о собрании М можно сказать, что некоторые или по крайней мере один из предметов в нем имеет свойство F. Юристы схоластической школы XII в., однако, пошли дальше своих англо-американских коллег, будучи уверены, что каждое правовое решение или норма — это вид рода "право". Поэтому они смогли использовать все части права для построения целого и одновременно использовать целое для толкования каждой из частей.

Именно такие убеждения и такой метод характеризовали тот подход, с помощью которого юристы-схоласты подвергали анализу и синтезу вновь открытые тексты Юстиниана. Здесь аристотелевская диалектика, даже до того, как были переведены главные труды Аристотеля по логике, была перенесена в право на таком высоком уровне синтеза, которым не обладали римские юристы, авторы изучаемых работ⁴⁶.

Однако была здесь и другая сторона. Аристотель отрицал аподиктический характер диалектического рассуждения. Оно не могло достигнуть достоверности, потому что недостоверны были исходные посылки. Западноевропейские юристы XII в., напротив, применили аристотелевскую диалектику с целью продемонстрировать, что истинно и что справедливо. Они поставили Аристотеля с ног на голову, сведя воедино диалектическое и аподиктическое мышление и применив то и другое сразу к анализу и синтезу правовых норм. В противоположность своим предшественникам, римским юристам и греческим философам, они полагали, что могут с помощью разума доказать универсальную истинность и универсальную справедливость авторитетных юридических текстов. Для них эдикты и *responso* римского права, взятые и по отдельности, и в целом, составляли нечто, чем они уж точно не были в представлении самих римских юристов — письменным естественным правом, *ratio scripta*, которое следовало принимать как священное, — наряду с Библией, патристикой и канонами церкви. Так как римские правовые нормы были истинны и справедливы, из них путем аподиктического рассуждения можно было вывести но-

вые истины. Но поскольку эти тексты содержали лакуны, двусмысленности, противоречия, то надо было поставить проблемы, дать классификацию и дефиниции, изложить противоположные мнения и синтезировать конфликты.

Это и было первое систематическое применение знаменитого девиза Св.Ансельма: “Credo ut intelligam” (“Верую, чтобы понять”). Само аристотелевское противоречие между диалектическим и аподиктическим мышлением было разрешено. Диалектический метод стал научным методом права, а вскоре он стал научным методом и других отраслей знания, включая естественные науки.

Юристы-схоласты расходились с древнегреческими философами не только в своем убеждении, что универсальные правовые принципы можно путем рассуждений вывести из авторитетных текстов, но и в своем представлении о природе таких универсальных принципов. Платон постулировал существование универсалий в природе, считая, что идея справедливости или красоты, идея треугольника, идея цвета, идея розы и другие общие идеи в человеческом разуме являются несовершенными отражениями “парадигм” или “форм”, которые существуют во внешней реальности. Этот “реалистический” взгляд на универсальные идеи, как его позже называли на Западе (сегодня его назовут “идеалистическим”), не полностью разделялся Аристотелем, но большинство разногласий между Аристотелем и Платоном замалчивались в единственных известных на Западе до конца XII в. версиях трудов Аристотеля, а именно в переводах и комментариях Боэция⁴⁷. Таким образом, христианские философы Запады считали и Платона и Аристотеля реалистами. Хотя некоторые из этих философов и раньше поднимали вопрос о “реальности” универсалий, первая острая и систематическая атака на позицию реалистов была предпринята в XI—XII вв., прежде всего Абельяром. Он отрицал внешнюю реальность тех общих характеристик, которые определяют класс отдельных сущностей. Он утверждал, что только единичные сущности существуют вне разума, а универсалии — это имена (*nomina*), которые разум изобрел для выражения сходства взаимоотношений между единичными вещами, принадлежащими к одному классу. Некоторые “номиналисты” вообще отрицали, что универсалии имеют значение. Абельяр, однако, утверждал, что имена обладают значением в том смысле, что они характеризуют единицы класса, но они не “существуют” кроме как в их приложении к отдельным вещам. Так, “доброта” и “общество”, “цвет”, “роза” не существуют ни в физическом мире, ни в каком-либо идеальном мире форм. Скорее, они — общие качества, которые человеческий интеллект относит к добрым делам, или отдельным людям, живущим в общественных отношениях друг с другом, или определенным пигментам, или конкретным розам.

Номинализм сыграл жизненно важную роль в систематизации права. Ибо реализм в Платоновом смысле, как бы убедительно он ни выглядел в качестве метафизики, был глубоко чужд усилиям юристов XII в. по классификации, разделению, различению, толкованию, обобщению, синтезу, гармонизации массы решений, обычаев, канонов, постановлений, указов, законов и прочих юридических материалов, составлявших правовой порядок того времени. Если бы они в духе Платона постулировали внешнюю реальность право-

судия, равенства, последовательности, процедурной правильности, других общих принципов, а потом попытались вывести из всего этого конкретные правовые нормы и институты, это было бы поистине пустое академическое упражнение. Система, абстрактная до такой степени, не нужна была возникавшим в то время политиям, будь они церковные или светские.

Греческий гений классификации и обобщения был действительно необходим, но без веры в то, что эти классификации и обобщения отражают реальности внешнего мира, короче говоря, без платоновского натурализма. В праве такой натурализм никак не мог далеко уйти от казуистических норм римских юристов. С другой стороны, номиналисты, хотя они и разделяли с реалистами серьезное стремление установить общие принципы и доказать справедливость общих понятий, все же отрицали существование этих принципов и понятий как таковых. Номиналисты считали, что универсалии продуцируются разумом, мышлением и волей, поэтому их можно пересмотреть разумом и волей, но в то же время универсалии содержатся в частностях, которые они характеризуют, поэтому их можно проверить этими частностями. Крайний номинализм отрицал, что “целое больше суммы его частей”, но номинализм умеренный, как у Абелияра, утверждал, что целое содержится в своих частях, оно скрепляет их вместе, так что части, взятые по отдельности (а не как части целого), не так велики, как части, взятые в их соотношении. Таким образом, строго говоря, ни части не выводятся из целого (дедукция), ни целое не выводится из его частей (индукция), а скорее целое есть части в их взаимодействии. Поэтому номинализм, такой, как абеляровский, был благотворен для систематизации и синтеза права, ибо в праве не может быть такого разделения целого и частей, общего и частного, формы и содержания, средств и цели, какое присуще реалистическим философиям.

Парадоксы, заключенные в сочетании универсалий и частных, были сродни парадоксам, заключенным в сочетании аподиктического и диалектического мышления. Те и другие в свою очередь были весьма родственны парадоксам, заключенным в схоластическом синтезе веры и разума. Схоластическая диалектика была больше чем методом рассуждения и больше чем способом организации мысли. Ее критерии были как интеллектуальными, так и моральными, это был способ проверки не только истины, но и справедливости. Так, схоластические антитезы включали не только общее против особого, объект против субъекта, аргумент против ответа, но также и строгий закон против отступления от норм в исключительных случаях, предписание против адвоката, абсолютная норма против относительной, правосудие против милосердия, божественное право против человеческого. Эти и аналогичные “оппозиции” использовались для логического примирения противоречивых текстов, но они также использовались для формирования правовых институтов и церкви, и светского государства таким образом, чтобы дать место альтернативным ценностям. Ибо сам Бог понимался как Бог и правосудия, и милосердия, и строгого закона, и справедливости. Впервые парадоксы божественной справедливости были систематически приложены к человеческим законам. Так схоластика оказалась не только методом, но и юриспруденцией и теологией

ПРИМЕНЕНИЕ СХОЛАСТИЧЕСКОЙ ДИАЛЕКТИКИ К ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКЕ

Быть может, самый поразительный пример роли схоластической диалектики в формировании западной науки права — это великий трактат болонского монаха Грациана, написанный около 1140 г. и весьма показательно названный “Согласование разноречивых канонов”⁴⁸. Это произведение, в современном издании занимающее более 1400 печатных страниц⁴⁹, было первым всеобъемлющим и систематическим юридическим трактатом на Западе и, возможно, в истории человечества, если под словом “всеобъемлющий” понимать попытку охватить буквально все право данного государства, а под словом “систематический” — попытку представить право как единый организм, свод, в котором все части рассматриваются в их взаимодействии по составлению целого.

До предыдущего (XI) века не предпринималось никаких усилий по сбору всех законов церкви в одну или несколько книг, а в немногих неполных сборниках законы (обычно именуемые “*capones*”, то есть правила, нормы), были помещены в хронологическом порядке. Однако около 1012 г. Бурхард, епископ Вормсский, составил очень большой сборник под названием “*Decretum*” (почти 500 страниц в современном издании), в котором законы были помещены не в хронологическом порядке, а по категориям: епископат, посвященные в сан, церкви, крещение, причастие, человекоубийство, инцест, монахи и монахини, ведьмы, отлучение, лжесвидетельство, пост, пьянство, миряне, обвинители и свидетели, блуд, посещение больных, покаяние, намерение (именно в таком порядке)⁵⁰. Бурхард не отличал право от теологии и не пытался представить никакой эксплицитной теории или теорий права. Он без комментариев приводил тексты из Писания, каноны вселенских и поместных соборов, постановления пап, нормы из различных книг покаяний и другие источники. Затем в 1095 г. Ивон, епископ Шартрский, сделал другой такой сборник, тоже названный “*Decretum*”, а через несколько лет сделал еще один под названием “*Ранпогма*”. Оба этих сборника включали гораздо больше комментариев, чем когда-либо раньше, и охватывали более обширный материал. Они включали много норм относительно кражи, определенных видов добровольных сделок, владения, вынесения судебных решений, других вопросов⁵¹. В Прологе к своему Декрету Ивон заявил, что пытается свести церковные нормы “в единое целое”. Он один из первых указал на противоречивые места у авторитетов и предложил некоторые нормы, по которым можно было их примирить. Увещевания, говорил он, должны уступить словам закона, а привилегиям нельзя придавать силу общих норм. Также следует учесть, можно ли отменить данный канон или нет и можно ли в определенных обстоятельствах делать отступления от него.

Грациан построил свой труд на работе Ивона⁵². Перед ним были и труды глоссаторов, прежде всего его соотечественника Ирнерия. Ко времени Грациана Ирнерий и его последователи в школе права в Болонье уже несколько десятилетий глоссировали и индексировали римские тексты, формулируя при этом общие принципы их пояснения. Грациан, однако, воспользовался отличным от всех своих предшественников методом систематизации. В отличие от комментаторов римского права, он не имел в своем распоря-

жении заранее определенного текста. Ему пришлось копаться в разных источниках, чтобы найти те каноны, которые он пожелал систематизировать. Он собрал и проанализировал примерно 3800 канонических текстов, в том числе и из раннего периода истории церкви. Однако при группировании этих текстов Грациан не пошел ни вслед за известными каноническими сборниками (посвящение в сан, брак, покаяние и т. д.), ни вслед за римским правом (лица, вещи, обязательства, наследование, преступления и т.д.).

Категории, выделенные Грацианом, были, с одной стороны, более всеобъемлющими: первая часть его труда была разделена на 101 *distinctiones*, из которых первые 20 анализировали и синтезировали утверждения авторитетов относительно природы права, различных источников права, взаимоотношений разных видов права, а следующие 81 касались юрисдикции разных служб внутри церкви и других норм касательно церковных служащих. С другой стороны, категории Грациана были более функциональны, чем ранее использовавшиеся в юридической литературе. Во второй части своего труда он приводит 36 конкретных прецедентов (*causae*), по каждому из которых он ставит трудные проблемы (*quaestiones*). Эти проблемы Грациан анализирует с привлечением авторитетов патристики, соборов, пап за и против, примиряя противоречия там, где можно, и оставляя их в неприкосновенности там, где нельзя, предлагая обобщения и иногда гармонизируя эти обобщения⁵³. Третья часть возвращается к форме *distinctiones*, а затем Грациан вводит еще один раздел, представленный во второй части в форме *distinctiones*. Эти вариации повлияли на симметрию его труда, но никак не на его целостность в качестве нового изложения права.

Наилучший пример его всеобъемлющего метода анализа и синтеза можно найти в первых двадцати различениях (*distinctiones*), в которых перечисляются разные виды права (божественное, естественное, человеческое, право церкви, княжеское право, законодательно установленное право, обычное право) и определяются отношения между ними. Разумеется, Грациан вовсе не изобрел эти категории, просто римские юристы приспособили к своим целям Аристотелевы различия между естественным и абсолютным правом, универсальным и национальным правом, обычным и законодательно установленным правом, а различие между божественным и человеческим правом всегда существовало в церкви. Но Грациан первый систематически исследовал правовой смысл этих дистинкций и расположил разные источники права в иерархическом порядке. Он начал с того, что поместил понятие естественного права между понятиями божественного и человеческого права. Божественное право — это воля Господа, выраженная в откровении, особенно в откровении Писания. Естественное право тоже отражает Божью волю, однако оно находится как в божественном откровении, так и в человеческом разуме и совести. Из этого Грациан смог заключить, что “законы [*leges*] князей [то есть светских властей] не должны превалировать над естественным правом [*ius naturale*]”⁵⁴. Сходным образом церковные “законы” не должны противоречить естественному “закону”⁵⁵. “Ius, — писал Грациан, — это род, а *lex* — его вид”⁵⁶.

Грациан также пришел к заключению, что, рассуждая с точки зрения естественного права, “князья связаны своими законами и должны жить по ним”⁵⁷. Этот принцип уже провозглашался и Ивоном и Бурхардом. Однако

в своей строгой форме — короли “связаны” своими законами — это положение не входило в римское и германское право. В старых текстах встречались высказывания на тот счет, что хороший князь или император должен бы, с позиции морали, соблюдать свои собственные законы, но общая точка зрения этих источников состояла в том, что с позиции закона правитель от закона свободен⁵⁸. Напротив, по новой теории, хотя законодатель и мог законным образом менять старые законы, он не мог по желанию законным образом игнорировать их.

Кроме того, законы (*leges*) и законодательные акты (*constitutiones*) князей, по Грациану, должны были подчиняться церковным законам и актам⁵⁹. Более того, он писал, что обычаи (*consuetudines*) должны уступать не только естественному праву, но и законодательно установленному, как церковному, так и светскому⁶⁰.

Теория подчинения обычая естественному праву, изобретенная канонистами, была одним из их величайших достижений. Когда жил Грациан, большая часть права на Западе представляла собой обычное право. Это означало, что большинство правовых норм носили обязательный характер не в силу того, что они были изданы политической властью, церковной или светской, а в силу того, что они на практике принимались сообществами, где они были распространены. Законодательно установленные законы встречались довольно редко. И даже будучи законодательно установленными, правовые нормы все равно, как правило, обосновывались существующим обычаем. Теория Грациана и его коллег канонистов дала основу для выкорчевывания тех обычаев, которые не соответствовали разуму и совести. Для определения справедливости обычая были разработаны изощренные критерии: его длительность, всеобщность, единообразие применения, его разумность — все те критерии, которые применяются и в XX в. Это значило, что обычай лишился святости, он мог быть обязательным, а мог и не быть.

Таким образом, канонисты, по словам Габриэля Лебра, “отметили в числе вечно действующих принципов те, которые стали переменными элементами права, принципы, подсказанные частными обстоятельствами, будь это время, место, лица, те условия, соблюдение которых может сделать другие неразумными. Это было равносильно признанию относительности норм и давало технику сглаживания противоречий”⁶¹. Две противоречащие друг другу нормы могли обе оказаться правильными, если, говоря словами Грацианова Пролога к “Согласованию разноречивых канонов”, они относились к закону, который был “переменным”, и противоречие происходило из-за отступления от его норм в особом случае.

Упор Грациана на естественное право и разум отчасти берет начало в греческой, особенно стоической, философии. Кроме того, новооткрытое римское право Юстиниана содержало много ссылок и замечаний о естественном праве и справедливости, но оно не развило эти понятия в систему. Источники права были классифицированы, но не организованы в иерархию или порядок. Римские юристы не были философами, а греческие философы не были юристами, но в XII в. западноевропейские специалисты римского и канонического права соединили греческую способность к философии с римской способностью к праву. В дополнение к этому они углубили старые концепции разума и справедливости, добавив к ним иудео-христианскую концепцию совести, которую они связывали с любовью и милосердием.

Более того, они провели особое различие между действующим и естественным правом как различие между *lex*, то есть законодательно установленным правом, и *jus*, то есть системой правосудия, правды. Не только князья и другие светские правители, но и церковные власти (папы, поместные соборы, епископы) издавали *leges* и *constitutiones*. Но свод *jus*, был ли это свод римского права (*corpus juris Romani*, как его стали называть) или свод канонического права (*corpus juris canonici*, как его стали называть веком позже), был священен. Действенность законодательного акта зависела от его соответствия человеческому праву в целом, а оно в свою очередь должно было соответствовать и естественному праву и божественному.

Подчинение установленного права естественному праву было усилено дуализмом церковного и светского права, а также сосуществованием конфликтующих светских властей. Церковь заявила, что светские законы, противоречащие законам церкви, недействительны. Князья далеко не всегда соглашались с этим утверждением. Тем не менее сами они выдвигали аналогичные притязания относительно законов других светских властей (например, феодалов или городских советов), а время от времени и относительно законов соперничающих церковных властей. При наличии множества правовых систем жертвы несправедливых законов всегда имели возможность сбежать из одной юрисдикции в другую во имя разума и совести.

Законы самой церкви должны были пройти проверку на соответствие естественному праву. Грациан писал: "Законодательные акты, церковные либо светские, если доказано, что они противоречат естественному праву, должны быть полностью исключены"⁶². Однако авторитетно высказаться о несоответствии церковного закона естественному праву удавалось нечасто, так как папа был не только верховным законодателем в церкви, но и викарием и представителем Христа на земле. По крайней мере в XII и XIII вв. большинство из тех, кто занимал должности представителей, судей, советников при королях и императорах, были клирики, которые по меньшей мере половину присяги должны были приносить папе. Несмотря на это, светские власти иногда возражали церковному закону, говоря, что он противоречит естественному праву.

Теория относительности норм отчасти была основана на политике соперничающих правовых систем. Частично она основывалась и на схоластической диалектике, предоставлявшей способ поместить и обычное, и законодательно установленное право в более широкие теоретические рамки природы и источников права.

Хорошим примером второго главного метода систематизации, используемого Грацианом, того метода, которым он пользуется во второй части своего труда для анализа и синтеза противоречащих друг другу решений определенной правовой проблемы, является его обсуждение вопроса, можно ли священникам читать профанную литературу⁶³. После постановки проблемы Грациан цитирует высказывания церковных соборов, отцов церкви и других, а также примеры из Писания и церковной истории, все на тему о том, что священникам не должны читать профанную литературу, а затем цитируются такие же авторитетные примеры и высказывания противоположной направленности. После приведения каждого авторитетного высказывания или примера Грациан дает свою собственную интерпретацию. Так, он начинает с постановления Карфагенского собора: "Епископ не должен читать книги языч-

ника". В своей глоссе он отмечает, что ничего не сказано о книгах еретиков, которые можно читать "осторожно, по необходимости либо особой причине". Далее он комментирует слово "необходимость", толкуя его в том смысле, что священники могут читать книги еретиков, "чтобы знать, как правильно говорить". Более важная глосса, сопровождающая само изложение вопроса, подводит итог толкованию высказываний всех авторитетов против чтения нечестивой литературы: "по всей видимости, читать только лишь для удовольствия запрещается". В итоге Грациан предлагает свое заключение, "разрешая противоречие" путем утверждения, что всякий (не только священники) должен приобрести профанное знание не для удовольствия, а для наставления, чтобы обратиться содержание его на благо священного учения. Грациан использует общие принципы и понятия для того, чтобы синтезировать противоположные доктрины — не только для решения вопроса о том, какое из двух учений верно, а какое нет, но и для выведения третьего, нового учения из этого конфликта⁶⁴.

Можно привести много других примеров, которые покажут нам, как схоластический метод применялся к частным правовым проблемам с целью сглаживания противоречий между авторитетными текстами и получения из них новых доктрин. Следующий пример, взятый не только из Грациана, но и из других канонистов и специалистов римского права XII—XIII вв., показывает сходство в приемах схоластов и современных юристов. И Ветхий и Новый заветы запрещают убийство, при этом оба приводят примеры, когда одобряется применение силы. Римское же право, напротив, не претендуя на установление моральных стандартов, содержало такую норму: "Vim vi repellere licet" ("Силу можно употребить для отражения силы"). Как римские правовые нормы вообще, эта тоже не изобреталась как воплощение общего принципа или понятия, а ограничивалась конкретными типами ситуаций, в связи с которыми она встречалась (в основном Lex Aquilia, о том, что человек может использовать физическую силу для защиты своей собственности от захвата). Европейские юристы XII—XIII вв. переделали эту норму в общий принцип, который они сопоставили с так называемыми пацифистскими высказываниями Христа ("подставь другую щеку"), а затем из двух противоположных максим выработали общее понятие оправдания ограниченного применения силы. Это понятие было приложимо к целому ряду взаимосвязанных систематически выдвинутых категорий: сила, необходимая для исполнения закона; для самозащиты; для защиты другого; для защиты своей собственности; для защиты собственности другого. Эти принципы применялись не только к гражданскому и уголовному праву, но и к политическим и богословским вопросам о "справедливой войне"⁶⁵.

Это все довольно простые примеры схоластической техники: ставился *quaestio* по противоречивым местам авторитетного текста, затем следовал *propositio*, то есть приводились авторитеты и основания в пользу одного из мнений, затем — *oppositio*, то есть приводились авторитеты и основания в пользу противоположного мнения, а завершал все рассуждение *olutio* (или *conclusio*), в котором показывалось, что приведенные в *oppositio* основания неверны либо следует изменить или отбросить *propositio* в свете *oppositio*. Обычно же схоластический метод постановки "спорных вопросов" был куда сложнее⁶⁶. Учитель или писатель часто ставил не одну, а по очереди целый

ряд взаимосвязанных проблем. Затем с двух сторон приводились аргументы, как между истцом и ответчиком на суде. “За” и “против” выстраивались в два “боевых порядка”⁶⁷. Цитировались нормы закона в поддержку каждого из аргументов; бывало, что приводились десятки таких *allegaciones* для подкрепления единственного аргумента “за” или “против.” Большинство характерных терминов такого спора, как показал Герман Канторович, были взяты из доступной литературы по греческой диалектике или из текста кодификации Юстиниана, или из того и другого⁶⁸. Когда юристы изобрели этот метод во второй четверти XII в.⁶⁹, было совершенно внове соединение всех этих терминов в сложное построение, напоминавшее тяжбу по трудным делам в суде. Сходство вовсе не было случайным, Канторович считает, что этот стиль и развился сначала в суде, а уже потом его имитировали в классе и в литературе точно так же, как стиль английских судебных ежегодников 1280—1535 гг. происходит, видимо, от студенческих заметок по тяжбам в королевских судах⁷⁰. Однако все равно остается вопрос: почему спор в суде принял форму целой батареи посылок “за” и “против”, с многочисленными цитатами, запутанными нормами, сложными синтезами? Несомненно, важная часть ответа на этот вопрос состоит в том, что “эти *quaestiones disputatae*” были основным связующим звеном между письменным правом Юстиниана и его применением в современных судах. Так развивалась смелость проводить дерзкие аналогии, обращаться с далеко идущими принципами права справедливости, заполнять лакуны права с помощью интуиции и воображения. Следовательно, историческая значимость этих вопросов как динамичного фактора в адаптации римского права к изменившимся и постоянно меняющимся взглядам и условиям была весьма велика⁷¹. Такая же дерзость и сходные приемы были применены для приспособления принципов Библии, патристики и канонов к новым условиям жизни.

В дополнение к разработке общих правовых принципов, лежащих в основе применимых к конкретным делам норм, юристы XII—XIII вв., как канонисты, так и специалисты римского права, дали определения общих понятий — представительства, юридического лица и юрисдикции. Римское право Юстиниана снабдило западноевропейских юристов основной терминологией, греческая диалектика Платона и Аристотеля обеспечила их методом, а сочетание этих двух элементов в совершенно ином общественном контексте произвело на свет нечто новое. Например, римские юристы в свое время установили ряд норм, по которым раб мог действовать от лица своего хозяина, как его агент, причем ответственность за все действия лежала на хозяине, но они не дали общего определения агентства или представительства. Аналогичным образом римские юристы установили ряд ситуаций, когда группа людей считалась коллективной единицей, например *societas* (“партнерство”), но при этом не предложили никакого общего определения группы или юридического лица и не развили идею ограниченной ответственности. Римское право Юстиниана не содержало даже общего понятия договора; оно рассматривало отдельные виды договоров, так что любое соглашение, не попадавшее в перечисленные в законе виды, оказывалось *ipso facto* не договором⁷².

Некорректно было бы сказать, что в римском праве эпохи Юстиниана и до нее не было общих понятий вообще. Напротив, римские юристы рьяно обсуждали ситуации, когда договор недействителен из-за “ошибки”, ситуации,

когда “добросовестность” требовала соблюдения неформального обязательства, и другие такие ситуации, в которых получение правового результата влекло обращение к понятиям. Буквально с рождения римское право было пропитано такими понятиями, как собственность, владение, деликт, мошенничество, кража и десятки других. В этом было его большое достоинство. Однако эти понятия не воспринимались как идеи, пронизывающие все нормы и определяющие их применимость. Они не рассматривались с философской точки зрения. Понятия римского права, как и его многочисленные нормы, были привязаны к определенным юридическим ситуациям. Римское право состояло из сложной сети норм; однако они существовали не как интеллектуальная система, а скорее как красочная мозаика практических решений конкретных юридических вопросов. Таким образом, можно сказать, что хотя в римском праве присутствовали понятия, там отсутствовало определение самого понятия.

В противоположность этому европейские юристы, возродившие изучение римского права в XI—XII вв., поставили перед собой задачу систематизировать и согласовать обширную сеть римских правовых норм и в плане общих принципов, и в плане общих понятий, пользуясь методами, сходными с теми, которые применяли их коллеги-богословы к систематизации и согласованию Ветхого и Нового заветов, писаний отцов церкви и других священных текстов. Юристы взяли за отправную точку понятие правового понятия и тот принцип, что закон принципиален.

Это означало куда больше, чем простое добавление философского измерения к практическому стилю римских текстов, пришлось полностью изменить само значение повседневных юридических вопросов, вроде “каковы мои права, если мой должник не платит долг?” На римские нормы продолжали ссылаться, но они подлежали толкованию в свете представления об их целях и отношении к другим частям системы. Например, если римская норма требовала от должника уплаты даже в том случае, когда он имел справедливую встречную претензию, оставляя ему добиваться удовлетворения от кредитора по отдельному иску, европейские специалисты римского и канонического права применяли в таком случае понятие взаимности договорного обязательства, основанное в итоге на принципе добросовестности.

Концептуализация общих условий права, например формулирование общих принципов, лежащих в основе правовых норм, была тесно связана не только с возрождением интереса к греческой философии, но и с событиями в области теологии. Причем и философский и теологический аспекты находились в тесной связи с великими переменами в политической, экономической и социальной жизни, которые и составляли Папскую революцию. Необходимость сформулировать правовые принципы появилась в первую очередь потому, что этого требовали нужды сосуществования и соревнования возникающих централизованных полостей, как церковных, так и светских. Так, церковь была первым коллективом, который в XI в. назвал себя юридическим лицом (*universitas*). Авторитет епископов и священников, ранее проистекавший исключительно из таинства посвящения в сан, проистекал теперь и из юрисдикции: впервые назначения делались с согласия папского престола (“соизволением Божиим и Апостольского престола”) и отменялись только им. Епископ теперь рассматривался как служащий юридически единой церкви. Его “юрисдикция” давала ему полномочия и обя-

зывала его рассматривать дела в суде по нормам всеобщего свода процедурного и материального права, с автоматическим правом апелляции проигравшей стороны к папской курии.

Аналогичный процесс концептуализации происходил в развитии светских правовых систем. Те же самые термины, преимущественно взятые из римского права, были использованы при формулировании общих принципов и затем при формировании общих понятий. Эти принципы и понятия были впоследствии взяты за основу при экстраполяции новых приложений. Такое развитие событий революционизировало науку права. Ведь теперь стало ясно, что можно было проверить значение правовой нормы и доказать ее справедливость путем демонстрации ее органичного единства с принципами и понятиями системы в целом.

ПРАВО КАК ПРОТОТИП ЗАПАДНОЙ НАУКИ

Юристы схоластической школы создали науку права, науку скорее в современном западном, а не в платоновском или аристотелевском смысле. Для Платона наука была знанием истины, полученным путем дедукции. Аристотель, хотя он и подчеркивал метод наблюдения и гипотезы, тем не менее сосредоточился на поиске истинной причины или необходимости, продуцирующей определенную сущность или вывод, для него высшей моделью науки была геометрия. Для западного человека нового времени сама неоспоримость математики, тот факт, что она основана не на страдающем погрешностями человеческом наблюдении, а на своей внутренней логике, делает математику больше похожей на язык или философию, чем на науку. Западная наука нового времени, в отличие от науки Аристотеля, сосредоточилась на формулировании гипотез, которые могли бы послужить основой для упорядочения явлений в мире времени, следовательно, в мире несомненности и необходимости, а в мире вероятности и предсказаний. Такой наукой и была наука схоластов. Они пользовались диалектическим способом установления общих правовых принципов, соотнося их с частностями в предикации. Что и говорить, это не была точная наука, вроде нынешней физики или химии, она не поддавалась лабораторным опытам, характерным для многих (пусть и не всех) естественных наук, хотя и пользовалась собственным видом опытной проверки. Она конструировала систему из наблюдаемых общественных явлений — правовых институтов, а не из наблюдаемых явлений материального мира. Тем не менее, как и шедшие по ее следам естественные науки, новая юридическая наука сочетала эмпирические и теоретические методы.

Науку в нынешнем западном понимании можно определить тремя наборами критериев: методологическими, ценностными, социологическими. По всем трем группам критериев правовая наука западноевропейских юристов XII в. была прародительницей всех современных наук Запада.

Методологические характеристики науки права. В методологических терминах науку в современном западном смысле можно определить: единую сумму знаний, в которой систематически объясняются частные проявления феноменов; в терминах общих принципов или истин (законов), знание которых (то есть и феноменов, и общих принципов) получено путем наблюде-

ния, гипотезы, проверки и, насколько возможно, эксперимента. Однако научный метод исследования и систематизации, несмотря на эти общие черты, не одинаков для всех наук, а должен быть специально приспособлен к частным случаям проявления феноменов, исследуемых каждой частной наукой. Это определение отвергает взгляд, разделяемый ныне многими (особенно в США и Англии), что только свойственные естественным наукам методы, физике и химии в первую очередь, правильно называть научными.

По всем пяти вышеперечисленным критериям ученые исследования и произведения итальянских, французских, английских, германских и прочих юристов XI, XII и XIII вв., как специалистов римского права, так и канонистов, составляют науку права. Изучаемые явления состояли из решений, норм, обычаев, статутов, других юридических материалов, изданных церковными соборами, папами и епископами, императорами, королями, герцогами, городскими магистратами, другими светскими правителями, а также содержащихся в Священном писании, кодификации Юстиниана, других письменных источниках. Юристы воспринимали эти правовые материалы как данные, которые следовало наблюдать, классифицировать и систематически объяснять в терминах общих принципов и общих понятий истины. Объяснения следовало проверить и подтвердить логикой и опытом. Так как можно было привести положительные примеры их применения и измерить эффект, наличествовал и своего рода эксперимент.

Оригинальность вклада юристов XII в. в научную мысль лежала в таком построении ими общих принципов, которое согласовывалось с доказательствами, и использовании этих принципов для объяснения доказательств и дальнейшей экстраполяции. Первые из западных ученых, они увидели и разработали не только эмпирические способы проверки справедливости общих принципов, но и эмпирические способы использования этих принципов. То, что исследуемые ими эмпирические данные представляли собой существующие законы, обычаи и решения, отнюдь не умаляло значения их достижений. В то время существовал другой метод обоснования теологических, космологических, политических доктрин, взятый из философии Платона, как ее тогда понимали: следовало использовать общие принципы (то есть идеальные Формы). Но так как метод Платона требовал отвергнуть внешние проявления, не совпадавшие с идеальными Формами, он мало подходил для согласования существующих законов, обычаев и решений.

Можно привести конкретный пример. Юристы знали, что во всех разнообразных правовых системах, которые они рассматривали, поднимался вопрос, имеет ли право человек, у которого силой отняли имущество, вернуть его силой. Толкование текста римского права эпохи Юстиниана дало одно решение. Там рассказывается, как римский претор постановил, что человек, насильно лишенный своей земли (об имуществе ничего не говорится), не имеет права вернуть ее силой по прошествии определенного времени. Юристы XII в. заключили, что эта норма равно применима и к имуществу, так как в обоих классах прецедентов цели одинаковые. Далее, постановления определенных церковных соборов и решения по отдельным церковным делам глаголющие, что насильно изгнанный из своей епархии епископ не должен употреблять силу, чтобы ее вернуть. Как отметили юристы XII в., епархия подразумевает не только права на землю, но и права на имущество, а в допол-

нение к этому — еще и права на прерогативы, иначе говоря, права на права (“права требования”). Подобные примеры порождали не только аналогии, но и гипотезы. Под различными нормами понимался основной правовой принцип, нигде в законе не изложенный, но применяемый в то время правоведами для объяснения закона: что лица, чьи права нарушены, должны защищать их судебным иском, юридическим действием, а не “путем взятия закона в свои руки”. Эта гипотеза была логически подтверждена посылкой, что основной целью закона является дать альтернативу применению силы в качестве средства решения споров. Далее эта гипотеза была подтверждена опытом, включая и обстоятельства, которые дали начало этой норме. Опыт этот состоял в том, что всегда, когда споры по правам на землю, имущество и права требования решались путем насильственного отнятия то одним, то другим спорщиком, результатом этого были беспорядок и несправедливость. Это подтверждение опытом достигло уровня эксперимента, когда юрист смог сопоставить последствия разных правовых норм и изменений в правовых нормах. Нормы, которые считались неудовлетворительными, иногда исправлялись, а то и отменялись или выходили из употребления. Нормы, считавшиеся удовлетворительными, часто сохранялись. Таким “экспериментам” недоставало точности лабораторных опытов, все же они были чем-то вроде социального эксперимента, “лабораторией истории”, а современные ученые назвали бы их “естественными экспериментами”. Если пользоваться современной терминологией, то опыт, включая опыт применения норм в конкретных случаях, рассматривался как постоянный процесс обратной связи относительно справедливости и норм и общих принципов и понятий, которые мыслились основанием норм.

Конечно, наука права была всецело на милости политики. Законодатели могли игнорировать открытия юристов и часто так и поступали. На практике логику и опыт часто приходилось приносить в жертву власти, предрассудкам и алчности. Однако это другой вопрос и не умаляет научных достижений правоведов XII в.

Проверка общих правовых принципов логикой и опытом представляла собой науку права на высочайшем интеллектуальном уровне. Однако обычно правоведа XII в., в точности так же, как их нынешние коллеги, занимались “правовой догматикой” (названной так значительно позже), то есть систематически вырабатывали рамификацию правовых норм, их взаимосвязи, их применение в особых ситуациях. Вернемся к примеру насильственного лишения права владения. Как только был установлен принцип, воспреещающий лицу возвращать свое владение силой, возникли запутанные вопросы по поводу средств правовой защиты пострадавшей стороны. Следует ли восстанавливать его во владении, даже если он в свое время приобрел его силой и даже если лицо, отнявшее владение, и есть настоящий собственник? Те же ли средства правовой защиты применяются к имуществу, как и к земле? Есть ли некий период времени, в течение которого жертва может законно защищать свои права на владение (“по горячим следам”)? Юристы рассматривали эти вопросы не как моральные или политические, а как в первую очередь юридические; значит, решать их надо было на основании авторитетно изложенного толкования правовых авторитетов — решений, норм, обычаев, статутов, текста Писания. Авторитетные тексты принимались как объективно данные, можно было сделать

попытку показать, что эти тексты противны разуму, бесполезны, привязаны к историческим условиям и прочее, чтобы подорвать их авторитет. Но уж если они устояли, то ничего не оставалось, как принять их. Эти тексты были “фактами”, а уж дело юристов было организовать их и извлечь смысл. Применяемые для этого методы немногим отличались от тех, которые позже использовали ученые для исследования и синтеза естественнонаучных данных⁷³.

В дополнение к той методологии, которую разработало правоведение для раскрытия и проверки принципов, заключенных в решениях, нормах, понятиях и других данных права, была разработана и другая, для открытия и проверки фактов в ходе судебного разбирательства. Доказывание фактов в суде было тесно связано с достижениями риторики. Риторика тогда еще не стала искусством убеждать путем апелляции к эмоциям и украшения речи; она все еще была аристотелевской и рассчитывала на убеждение путем апелляции к разуму. В XII в. особый упор делался на методы доказывания. Риторы выдвинули понятие гипотезы в дополнение к диалектическому понятию тезиса (*quaestio*). Считалось, что доказывание гипотез требует представления доказательств, что в свою очередь подразумевало понятие вероятной истины. Это привело к развитию целой шкалы вероятностей, в которой презумпции как логическая форма играли важную роль. Это также привело к выработке правил исключения ошибок в представлении и оценке доказательств. Параллели с правом специально подчеркивались, например, известный в XII в. трактат “*Rhetorica ecclesiastica*” утверждал, что “право и риторика имеют общую процедуру”. Тот же трактат определял иск (*causa*) как “гражданский спор, касающийся определенного утверждения или определенного действия определенного лица”⁷⁴. Таким образом, правовое понятие иска ассоциировалось с риторическим понятием гипотезы. Тот же трактат утверждал, что для поиска истины в спорном деле требуются четыре человека: судья, свидетель, обвинитель и защитник. Судье полагалось следить, чтобы не нарушались нормы аргументации, в особенности нормы относимости к делу и доказательственного значения. К началу XIII в. были разработаны нормы исключения, чтобы не допускать введения избыточных доказательств (уже установленных вопросов); не относящихся к делу доказательств (не влияющих на дело); неясных и неопределенных доказательств (из которых нельзя было сделать определенных заключений); чрезмерно общих доказательств (из которых возникла неясность) и противных природе доказательств (таких, которым невозможно было поверить)⁷⁵. Алессандро Джулиани показал, что эта система “искусственного разума” права была отвергнута в большинстве стран Европы после окончания XV в. и заменена “естественным разумом”, опиравшимся на математическую логику. При этом она сохранилась в английском общем праве благодаря усилиям Эдварда Кока, Мэтью Гейла и их наследников, невзирая на противоположные усилия Томаса Гоббса и др.⁷⁶

Сравнение между правовым мышлением и научным мышлением и утверждение, что правовое мышление было прототипом научного мышления на Западе, основываются на современных взглядах на науку, которые не всеми разделяются. Обычно зарю науки нового времени датируют временем Галилея — это на пять веков позже. Более того, Галилей, Кеплер, Декарт, Лейбниц, Ньютон и другие передовые умы так называемого классического периода науки нового времени, расходясь во многом, были едины в своей не-

приязни к “средневековой схоластике”. Однако важно понять, что их неприязнь была направлена не на схоластику как таковую, а на неумение схоластов разработать математические рамки объяснения. Как показал Александр Койре, Галилей и другие ведущие мыслители XVII в. считали математику моделью всех истинных научных объяснений⁷⁷. Именно математика и ее законы, как когда-то Платон и его Идеальные Формы, стали составлять идеальный язык науки нового времени. В XIX в. схоластический метод атаковали и с других направлений, критиковали его упор на исследование целей предмета. Тем не менее ни наука XVII в., ни наука века XIX не состоялись бы без научного метода, когда-то созданного юристами XII в.⁷⁸

Исходные ценности науки права. Науку в западном смысле слова обычно определяют только в методологических терминах, все более широкое признание приобретает мысль о том, что ее надо определять и с точки зрения убеждений, фундаментальных целей тех, кто вовлечен в научный процесс. Можно говорить даже о научном кодексе чести и ценностей⁷⁹, в который входит следующее: 1) обязательство ученых вести исследования объективно и честно, оценивая свою и чужую работу единственно на основании научной ценности; 2) требование, чтобы ученые занимали позицию сомнения и “организованного скептицизма” в отношении несомненности своих и чужих посылок и выводов вместе с терпимостью к новым идеям до их опровержения и готовностью публично признать ошибку, и 3) встроенное представление о том, что наука — “открытая система”, “ищущая не столько окончательные ответы, сколько все более максимальное приближение к истине” и что “науку нельзя заморозить в ортодоксальные концепции... но она — вечно меняющаяся сумма идей различной степени правдивости”⁸⁰.

Многие усомнятся в вероятности или даже самой возможности того, что юрист может удовлетворять этим трем требованиям. Его объективность, честность и универсальность под вопросом, потому что его привлекают и политические деятели, и частные лица для защиты и оправдания своих частных интересов. Далее, если он проявит скептицизм по отношению к своим собственным выводам, это может послужить препятствием к их принятию, а ведь убедить людей принять эти выводы часто входит в его профессиональные обязанности. Та же трудность стоит на пути понимания науки права как суммы постоянно меняющихся идей, общество само требует, чтобы закон представлял собой нечто большее. Наконец, в тот период, когда не только авторитет и власть папства, но и его догматизм достигли пика, кажется совершенно невероятным, чтобы юристы, даже если они правоведа, а не практики (на деле многие были и теми и другими), да и любые другие искатели знания, могли быть до такой степени бескорыстны и непредвзяты, как этого требует кодекс чести нынешних ученых.

Эти сомнения поднимают фундаментальные вопросы о свободе не только науки права в XII в., но и любой науки в любом обществе⁸¹. Научный кодекс чести очень ненадежен, его всегда приходится защищать от политического и идеологического давления извне и от предрассудков и групповых пристрастий самих ученых. В XII в. поражает тот факт, что на самой вершине движения за централизацию авторитета и власти в церкви, в то самое время, когда впервые легализовалась сама догма, а ересь стали определять в терминах преступного неповиновения⁸², возникло убеждение в том, что прогресс

науки зависит от свободы ученых занимать противоположные точки зрения по вопросам научной истины. Предполагалось, что результатом такого диалектического рассуждения с противоположных позиций станет синтез и что этот синтез совпадет с авторитетными декларациями истинной веры. Тем не менее предполагалось, что диалектическое мышление должно идти научным путем, иначе оно ничего не стоит. Таким образом, в то же самое время, как неортодоксальные учения запрещались законом, а упорствовавших в “неповиновении” еретиков предавали смерти, ценности научной объективности, бескорыстия, организованного скептицизма, терпимости к ошибкам и открытости к новым научным истинам не только провозглашались, но и получали выражение в самой форме тех новых наук, которые возникли в это время. Два движения противоположной направленности — к авторитету и к рациональности — на самом деле находились в тесной связи.

Сомнения относительно способности юристов придерживаться научных ценностей зиждутся на нескольких ложных представлениях. Конечно, верно, что, когда юрист является адвокатом стороны или определенного дела, он должен действовать как их сторонник, а не как ученый. Однако его роль является неотъемлемой частью судебного разбирательства, в котором противоположные точки зрения представляются на рассмотрение трибунала, облеченного властью принятия решений. На деле само судебное разбирательство является в некотором смысле научным, ибо само состязание призвано привлечь внимание трибунала ко всем относящимся к делу соображениям. В тяжбе суд должен решить дело “объективно”, на основе “доказательств”, представленных от имени спорщиков. Даже в тех случаях, когда этот идеал реализован, тяжба, судебный спор или иное судебное разбирательство обладают рядом совершенно ненаучных качеств. Во-первых, трибуналу приходится действовать под давлением определенного лимита времени, а ученый может неопределенно долго ждать, пока он сможет сделать выводы. Кроме того, трибунал — орган политический; он слишком близко стоит к предрассудкам и давлению общества, чтобы поддерживать требуемую от ученых “дистанцию”.

Тем не менее придерживаться научного кодекса ценностей требуют не от юриста-практика или трибунала (будь он судебным, законодательным либо административным органом), а от правоведа. Правоведу это тоже нелегко. Он испытывает, быть может, большие трудности, чем те ученые, которые работают в более удаленных от повседневной политической, экономической и социальной жизни областях. И именно поэтому он, возможно, более других чувствует внешнее и внутреннее давление собственных страстей и предрассудков, так что ему лучше удается им сопротивляться. По крайней мере, он более чувствителен к шаткости своей научной свободы.

Исходные ценности науки, включая науку права, заключались в диалектическом методе анализа и синтеза правовых проблем, созданном юристами-схоластами в XI—XII вв. Острая сосредоточенность на противоречиях в праве, на диалектических проблемах, усиленные старания примирить их с помощью правовых принципов и понятий на все возрастающем уровне обобщения могли как метод достигнуть успеха лишь при соблюдении тех самых ценностей, которые характеризуют науку: объективность, честность, универсализм, скептицизм, терпимость к ошибке, скромность, открытость к новой истине, а также, следовало бы добавить, при наличии особого чувства времени,

которое связано с сосуществованием противоречий. Так как господствовало общее убеждение, что право одушевлено единой целью, *ratio*, считалось само собой разумеющимся, что парадоксы когда-нибудь будут разрешены, а пока отряд юристов будет терпеливо бороться с теми неопределенностями, которые возникли из-за этих парадоксов.

Говоря об “исходных ценностях” науки, нельзя игнорировать тот факт, что по крайней мере на Западе, где наука расцвела более, чем в какой-либо иной цивилизации (некоторые даже скажут, что она расцвела слишком пышно), характеризующие научное исследование качества — объективность, скептицизм, открытость и общий дух рационализма — коренились в сложном отношении священного и профанного. С одной стороны, вера в священность или потенциальную святость всех вещей, существовавшая у германских народов и у восточных христиан, не способствует объективному, скептическому, открытому, рациональному исследованию. Потому не случайно первые науки на Западе появились во время разделения светских и церковных политий. С другой стороны, именно в церковной, а не в светской сфере науки впервые и появились в каноническом праве и в самом богословии. Западные теологи конца XI и в XII в. — Ансельм, Абельяр и другие, — нимало не колеблясь, подвергли проявления божественных тайн систематическому, рациональному и даже скептическому наблюдению. Ансельм стремился доказать “единственно разумом”, без помощи веры или откровения, не только существование Бога, но и необходимость его воплощения в Христе. Абельяр выявил противоречивость Священного писания, сделав первый шаг к научной критике Библии. Аналогичным образом канонисты открыто исследовали противоречия в канонах церкви. Исходя из объективного анализа господствующего права, они заключили, что даже папа, Христов наместник, подлежит низложению, если окажется еретиком или виновным в позорящем церковь преступлении.

Кажется неизбежным вывод, что научные ценности появились не потому, что была выделена сфера жизни (светская, брeнная, материальная), которую можно было исследовать, не рискуя религиозными верованиями, а потому, что возникло новое отношение к священному как таковому. Хотя церковь продолжала рассматриваться как “мистическое тело Христово”, она теперь считалась также видимой, законной общностью, юридическим лицом и имела земную задачу перевоспитать этот мир. Центр переместился со святости в смысле потусторонности на воплощение священного, под которым подразумевалось его проявление в политической, экономической и социальной жизни времени. Это в свою очередь делало необходимым исследование священного, духовного, исходя из ценностей науки. Только когда была сделана попытка изучать Бога и его законы объективно, стало возможно попытаться объективно исследовать светскую жизнь и светские законы, а впоследствии — и природную жизнь, и законы природы.

Несмотря на это, в теологии церкви и каноническом праве существовала явная напряженность между священным и профанным, которая наблюдалась и в других отраслях знания и неизбежно налагала суровые ограничения на научные исходные послышки. Едва ли нужно напоминать репрессивные меры, применявшиеся к отошедшим от официальной догмы ученым. Оригинальный мыслитель, новатор, сильно рисковал подвергнуться осуждению, еретика могли казнить. Малоутешительно, конечно, но важно знать, что

та самая напряженность, которая вызвала такие репрессии, обеспечила и первую поросль науки на Западе.

Социологические критерии науки права. В дополнение к методологии и исходным ценностям наука в том смысле слова, который сложился на Западе в новое время, должна быть определена и в терминах социологических критериев. Имеются определенные социальные предварительные условия, которые не только неотрывны от ее существования, но и помогают сформировать характер. Сюда входят: 1) формирование научных сообществ, обычно совпадающих по широте с научными дисциплинами, каждое из которых несет коллективную ответственность за ведение исследований, набор новых кадров, распространение научного знания и удостоверение научных достижений человека внутри данной дисциплины и вне ее⁸³; 2) сцепление разных научных дисциплин в более крупные научные сообщества, особенно в университетах, члены которых, кроме того что они разделяют общие цели продвижения знания и воспитания молодежи, также понимают, что в итоге все отрасли знаний зиждутся на одном фундаменте; и 3) привилегированный социальный статус сообществ ученых, который включает высокую степень свободы преподавания и исследования, соотносимую с их высоким уровнем ответственности в служении самой науке, ее методам, ценностям и общественной роли.

Едва ли можно серьезно оспаривать утверждение, что западное правоведение в XII в. было и сейчас продолжает быть коллективным предприятием и что правоведы составляли и продолжают составлять сообщество с едиными интересами и задачами. Чуть менее очевиден тот факт, что правоведы составляли и продолжают составлять профессию, в том смысле, что ее представители несут ответственность перед обществом и клянутся ставить прогресс своей науки впереди личной заинтересованности или выгоды. Эти трюизмы западного исторического опыта можно применить и ко всем наукам, где бы и когда бы они ни существовали. Однако западную науку, в том числе правоведение, с начала XII в. отличала тесная связь с университетом как учреждением; наука рождалась в университете, университет одаривал ее своим шатким наследием свободы преподавания и исследований.

Есть еще один ключ к решению вопроса о том, почему западные научные понятия и научные методы возникли в конце XI — начале XII в. Тогда возникли университеты. Может показаться, что этим замечанием мы просто возвращаем вопрос на шаг назад. Да, но не только. Сказав это, мы переводим вопрос из области истории идей в область истории сообществ. Нельзя объяснять научную методологию и ценности, характеризующие науку в современном западном значении, с точки зрения развертывания идей в некоем платоническом или гегельянском смысле, они явились социальным ответом на социальные нужды. Невозможно объяснить одними лишь новыми переводами Аристотеля тот факт, что в 1150 г. чуть не десять тысяч студентов со всей Европы жили в городе Болонья на севере Италии и изучали право⁸⁴. Они там оказались потому, что общество сделало это возможным, даже более того, срочно необходимым, и так же неизбежно те самые социальные условия, которые привели этих молодых людей в Болонью, играли решающую роль в определении природы той науки права, которую им предстояло изучать.

Схоластическая диалектика и, следовательно, наука нового времени, включая правоведение, были произведены на свет противоречиями в истори-

ческом положении западноевропейского общества в конце XI и в XII в. и мощной попыткой разрешить эти противоречия и выплавить новый синтез. В первую же очередь они были порождены революционным переворотом, который отделил церковную юрисдикцию от светской и этим сделал примирение противоположностей острой необходимостью буквально на всех уровнях социальной жизни. В Европе возникла профессия ученых-юристов, сначала преимущественно в церкви, а потом в различной степени в городах и королевствах. Это случилось в ответ на потребность примирить бушующие конфликты внутри церкви, между церковью и светской властью, между разными светскими политиями и внутри них. Формируясь прежде всего в университетах, юридическая профессия породила науку о законах, то есть юрсты составляли то сообщество, в котором наука права была выражением причины существования сообщества. Через свою науку юридическая профессия помогла решить противоречия в социальном и историческом положении Западной Европы, разрешив противоречия между этим положением и существующими правовыми авторитетами. В первом приближении правоведение было институционализацией процесса разрешения конфликтов в авторитетных юридических текстах.

Присутствие в центре христианского мира крупных островов еврейской и исламской культуры поддерживало потребность в диалектическом методе анализа и синтеза противоречий, а также потребность в правовом решении социального конфликта. Однако, как ни удивительно, практически не наблюдается прямого влияния современной еврейской или исламской культуры на развитие западных систем права в период их формирования, то есть в конце XI и в XII в. Нет нужды повторять, что уже в эту раннюю эпоху арабский мир оказал непосредственное влияние на астрономию, математику, медицину, искусство и, возможно, даже на некоторые правительственные учреждения и установления (особенно в норманнском Сицилийском королевстве), а еврейская культура прямо повлияла на изучение Библии и богословие; историческое же воздействие иудаизма на христианство было громадно, поскольку церковь признавала Авраама своим родоначальником, а еврейскую Библию — своим наследием. Однако, насколько показали исследования, ни Талмуд, ни Коран не оказали никакого влияния на великих законотворцов и юристов Запада⁸⁵.

Можно следующим образом суммировать социальные параметры западной науки права в период ее формирования, особенно с учетом влияния университетов.

Во-первых, университеты помогли установить транснациональный характер правоведения на Западе. Как сказал Дэвид Ноулз: “В течение трехсот лет, с 1050 по 1350 г., и прежде всего в столетие между 1070 и 1170 гг., вся образованная Европа составляла единый и недифференцированный культурный организм. На пространствах от Эдинбурга до Палермо, от Майнца или Лунда до Толедо человек из любого города мог отправиться на учение в любую школу, стать прелатом или служителем любой церкви, любого суда или университета (когда они были) на севере или юге, востоке или западе. Это эпоха таких людей, как Ланфранк Павианский, Бекский и Кентерберийский [Ланфранк был главным советником Вильгельма Завоевателя и архиепископом Кентерберийским]; Ансельм Аостийский, Бекский и Кентерберийский [Ансельм наследовал своему учителю Ланфранку при наследнике

Вильгельма]; Вакарий [знаменитый профессор римского права] Ломбардский, Кентерберийский, Оксфордский и Йоркский; Иоанн Солсберийский, Парижский, Беневентский, Кентерберийский и Шартрский [близкий друг и советник королей, архиепископов и пап, “самый выдающийся ученый и стилист своего времени”]; Николас Брекспир Сент-Олбенский, Французский, Скандинавский и Римский [сын английских крестьян, ставший папой Адрианом IV]; Фома Аквинский, Кельнский, Парижский и Неаполитанский... В это время значительное число знаменитейших писателей, мыслителей, администраторов достигли величайшей славы и сделали важнейшую часть дела своей жизни вдали от страны своего рождения и детства. Более того, в произведениях многих из этих ученых нет ни единой черты языка, стиля или мысли, которые подсказали бы нам их происхождение. Правда, мы говорим о небольшом образовании меньшинстве, к которому не принадлежали в целом аристократы-землевладельцы, многие монархи, да и некоторые епископы. Мир Церкви и Государства часто был раздираем схизмой и войнами, а основное население, прочно вросшее в землю, и не помышляло ни о чем за пределами своего уголка. Но на уровне литературы и мысли существовал единый фонд слов, форм и мыслей, из которого черпали все и которым все пользовались наравне. Если бы мы имели письменные труды без указания имен авторов, нам не удалось бы отнести их к определенной стране или народу”⁸⁶.

То, что Ноулз пишет об учености в целом, равно применимо к юридической учености в области канонического и римского права. Это были дисциплины без национальных границ. Их преподавали в университетах студентам-юристам, собранным со всех стран Европы. Конечно, все они говорили на латыни, которая была на Западе общим языком не только права, но и преподавания и учености, равно как и церковной службы, и богословия.

Во-вторых, кроме того что они придавали юридической учености транснациональный характер, европейские университеты способствовали тому, что само право приобрело транснациональную терминологию и метод. Выпускники юридических факультетов университетов возвращались в родные страны или переезжали в другие, где начинали служить церковными или мирскими судьями, практикующими юристами, юридическими советниками церковных, королевских или городских властей, административными служащими всех сортов. Поскольку они занимались каноническим правом, они могли непосредственно применить свое университетское образование, а если занимались светским правом, они применяли к нему терминологию и метод канонического и римского права, которое они изучали.

В-третьих, тот юридический метод, который преподавался в европейских университетах, позволял строить правовые системы из разных и противоречивых обычаев и законов. Приемы гармонизации противоречий, наложенные на веру в идеальный организм права, в единую структуру правовых принципов, позволяли приступить к синтезу канонического, а затем феодального, городского, торгового и королевского права.

В-четвертых, университеты возвышали роль ученого в формировании права. Право находилось по преимуществу в древних текстах, а потому необходимо было иметь класс ученых людей, которые могли бы объяснить эти тексты тем, кто хотел приобщиться к их тайнам. Доктор, то есть университетский преподаватель, стал авторитетным излагателем “истинного правила”.

Это тоже придало правведению ту универсальность, которая помогла преодолеть противоречия в законах.

В-пятых, сопоставление права и других университетских дисциплин, особенно богословия, медицины и свободных искусств, добавило изучению права недостающую широту. Во всех дисциплинах использовался схоластический метод, предметы изучения всех дисциплин пересекались. Так студент-юрист поневоле узнавал, что его профессия — составная часть интеллектуальной жизни эпохи.

В-шестых, право, хотя оно связано с другими университетскими дисциплинами, было также отдельно и отлично от них. Оно уже не было, как до появления университетов, ответвлением риторики, с одной стороны, и этики и политики — с другой. Если в Римской империи автономия правовой мысли поддерживалась практиками, особенно преторами и профессиональными юрисконсультами, то в Западной Европе эту автономию поддерживали университеты.

В-седьмых, тот факт, что право преподавалось как университетская дисциплина, с неизбежностью вел к тому, что правовые доктрины критиковались и оценивались в свете общих истин, а не просто изучались как ремесло или прием. Даже безотносительно к университетам церковь уже давно учила, что все человеческие законы надо верить законами божественными и моральными, однако университетские юристы добавили к этому и понятие идеального человеческого закона, римского права кодификации Юстиниана. Совместно с Библией, писаниями отцов церкви, постановлениями церковных соборов и пап и другими священными текстами кодификация Юстиниана предоставляла основные правовые принципы и стандарты для критики и оценки существующих правовых норм и институтов. Эти вдохновенные произведения прошлого, а вовсе не произвольные слова или действия какого-то законодателя, и обеспечивали высшие критерии правомерности.

В-восьмых, западные университеты подняли анализ права на уровень науки, как понимали это слово в XII—XV вв., путем концептуализации правовых институтов и систематизации права как единого свода знаний, так что справедливость правовых норм можно было продемонстрировать путем показа их соответствия системе в целом.

В-девятых, университеты создали класс профессиональных юристов, объединенный общим обучением и общей задачей — руководить юридическими делами церкви и светского мира империй, королевств, городов, маноров, купеческих и прочих гильдий. Сами студенты-юристы, по крайней мере сначала, составляли корпорацию, гильдию, и хотя после выпуска они разъезжались по разным странам, они оставались связаны общей профессиональной подготовкой и общей задачей.

Верно, что в Англии в XIV в. наряду с университетскими школами права в Оксфорде и Кембридже вырос иной способ юридического образования, школа подготовки барристеров Inns of Court. Тем не менее в Англии, как и в других странах Европы, основанная в XII в. система университетского юридического образования оказала глубочайшее влияние на правовую мысль. Так же верно, что рост национализма в новое время проделал брешь в транснациональном характере западного юридического образования и что связи между правом и другими университетскими дисциплинами ослабли. Однако что-то

от болонской традиции и что-то от схоластической диалектики все еще живо девятью веками позже, — даже в юридических школах Америки. Эти традиции распространились по всему миру. Только к концу XX в. им был брошен серьезный вызов.

Новая методология права, возникшая на Западе в конце XI и в XII в., ее логика, тематика, стиль мышления, уровни обобщения, приемы соотношения частного и общего, прецедентов и понятий — все это было неотъемлемой частью сознательной систематизации права как автономной науки. Это, в свою очередь, было неотъемлемой частью создания автономных правовых систем для новых государств, возникавших на Западе из Папской революции: церкви-государства, светских королевств, вольных городов, заново систематизированных феодальных и манориальных отношений, транслокального сообщества торговцев. Внимание к противоречащим друг другу авторитетным юридическим текстам и стремление примирить их посредством общих принципов и понятий были творческим интеллектуальным откликом на ощутимую потребность в сглаживании острых конфликтов между разными элементами, сосуществовавшими и соперничавшими в рамках одной социальной структуры. Осознать легитимность каждого из противоречащих друг другу элементов (церковного и светского, королевского и феодального, феодального и городского, городского и цехового) и в то же время осознать структурное единство всего общества (Европы, Запада, западного христианства), частью которого они являлись, и найти настоящий синтез, то есть способ преодолевать двойственность и конфликты без уничтожения автономии тех факторов, которые их составляли, — вот революционная задача той эпохи. И это была задача, вставшая в науке права перед глоссаторами и канонистами, так же как встала она и в развитии новых правовых систем, созданных с помощью этой науки⁸⁷.

Однако по тем же причинам новая западная наука права была гораздо больше, чем интеллектуальным достижением, значительно больше, чем метод рассуждения или метод организации мысли. Ее критерии были не только интеллектуальными, но и моральными. Форма выражала материальные ценности и политику⁸⁸. Примирение противоположных правовых норм было частью большего процесса, попыток примирить строгое право и право справедливости, правосудие и милосердие, равенство и свободу.

А сверх всего этого стремление соединить эти борющиеся нормы и ценности воспринималось в XI—XII вв. как часть еще более значительного примирения — примирения Бога и человека. Именно эта новая мечта о своем высшем предназначении, более чем что-либо другое, первоначально привела человека Запада к вере в науку права.

4.

ТЕОЛОГИЧЕСКИЕ ИСТОЧНИКИ ЗАПАДНОЙ ТРАДИЦИИ ПРАВА

Невозможно понять революционность западной традиции права, не исследовав ее религиозного измерения. Кто-то сказал, что метафоры позавчерашнего дня — это аналогии дня вчерашнего и понятия сегодняшнего. Так, правовые метафоры XI столетия стали правовыми аналогиями XII в. и правовыми понятиями века XIII. Правовые метафоры, лежащие в основании правовых аналогий и понятий, были главным образом религиозной природы. Это были метафоры Страшного суда и чистилища, жертвы Христа за грехопадение Адама, пресуществления хлеба и вина в таинстве причащения, отпущения грехов в таинстве покаяния, власти священства “связывать и разрешать [“развязывать”. — *Примеч. пер.*]”, то есть налагать или снимать вечное наказание. Другие правовые метафоры носили в основном феодальный характер, хотя и имели религиозный налет: метафоры чести, возмещения за нарушение чести, метафоры присяги в верности, взаимных уз службы и защиты. Все эти метафоры были частью единого здания обрядов и мифов. (Слово “миф” употребляется здесь не в старом значении “легенда”, а в противоположном и ныне широко принятом значении “священной истины”¹.)

Что же показывает такое исследование? Из него ясно, что истоки основных институтов, понятий и ценностей западных правовых систем лежат в религиозных обрядах, литургических нормах и доктринах XI—XII вв., которые отражали новые воззрения на смерть, грех, наказание, прощение, спасение, а также и новые представления об отношении божественного к человеческому и веры к разуму. За прошедшие века эти религиозные воззрения и представления коренным образом изменились, и сегодня их теологические источники, по-видимому, иссякают. Однако сформировавшиеся на их основе правовые институты, понятия и ценности живы и часто ничуть не изменились. Западная наука права — это светская теология, которая часто выглядит бессмыслицей, так как ее богословские послышки уже никто не признает.

Приведу один эксцентричный пример, чтобы пролить свет на парадоксы правовой традиции, потерявшей связь со своими теологическими истоками. Если, например, находящийся в здравом рассудке человек совершит убийство и будет приговорен к смерти, а после этого сойдет с ума прежде, чем приговор приведет в исполнение, казнь будет отложена до его выздоровления. Таков закон в западных и многих незападных странах. А почему? Для Запада исторически правильный ответ таков: если человека казнят, пока он не в своем уме, он лишается возможности добровольно исповедаться в своих грехах и принять святое причастие. Следует дать ему возвратиться в рассудок перед смертью, чтобы душа его не обрекалась на вечный адский огонь, а могла бы искупить свои грехи в чистилище и в конце концов, на Страшном суде, войти в царствие небесное. Однако, если вы ни во что это не верите, какой смысл сохранять человеку жизнь до выздоровления, а уж потом убивать его?

Приведенный пример сам по себе незначителен, однако ясно показывает, что правовые системы стран Запада и всех других стран, подпавших под влияние западного права, являются светским осадком религиозных воззрений и представлений, которые исторически выражались сначала в литургии, обрядах и учении церкви, а впоследствии в институтах, понятиях и ценностях права. Когда отсутствует понимание этих исторических корней, многие части права кажутся лишенными всякого источника и всякого обоснования.

СТРАШНЫЙ СУД И ЧИСТИЛИЩЕ

Христианство унаследовало от иудаизма веру в Бога, который одновременно и любящий отец, и праведный судия. Это парадоксальный Бог, который сочетает в себе и милосердие и правосудие. С одной стороны, Бог наказывает зло и вознаграждает добро; человек отвечает перед Ним за свои поступки. С другой стороны, Бог всегда готов сжалиться над человеческой слабостью и не воздаст ему полной мерой за ослушание. “Разве я хочу смерти беззаконника? — говорит Господь Бог. — Не того ли, чтобы он отвратился от путей своих и был жив?”²

Христианство также унаследовало от иудаизма веру в то, что в конце истории Бог придет судить все народы мира, перед ним предстанут души всех людей, когда-либо живших на земле. В Ветхом завете судный день ожидается с радостью: конечно, многие понесут наказание, но в то же время наступит мессианская эра мира, справедливости и любви³. Так и христианское учение утверждает, что в конце времени Христос вернется на землю, чтобы “судить живым и мертвым”, и что таким образом он установит на свете свое царство мира, справедливости и любви⁴. Однако угроза вечных мук и соответствующий акцент на раскаянии и прощении в Новом завете сильнее, чем в Ветхом. Христос заявляет, что в конце истории, “когда же придет Сын Человеческий во славе Своей”, “соберутся пред Ним все народы” и он разделит людей на две группы: те, кто при жизни на земле заботился о голодных, больных, голых, о странниках и об узниках в темнице, получат жизнь вечную, а те, кто пренебрегал ими, “пойдут в муку вечную”⁵.

Вера в то, что Бог — праведный судья и что Христос вернется как судья, играла важную роль в развитии правовых ценностей и восточной, и западной христианской церкви. В первые столетия своей истории, когда церковь состояла по преимуществу из многочисленных маленьких общин тайных верующих, правовые ценности были большей частью растворены в ценностях религиозных и нравственных. Провозглашались высокие нормы поведения, а для разрешения споров между христианами были установлены неофициальные процедуры, но не было сделано никакой попытки создать новую христианскую правовую систему. Вопросы отношения права к христианской вере были главным образом вопросами отношения христиан к иудейскому и римскому праву. Ранняя церковь считала, что иудейский закон не имеет обязывающей силы для христиан-неевреев, а соблюдение его не считалось путем к спасению; хотя церковь мыслилась историческим продолжением еврейства, она объединяла и другие народы, каждый со своим собственным правом. Тем не менее библейский закон (хотя и не раввинский) носил обязывающий характер в ином смысле, а именно в качестве откровения нравственных норм, установленных Господом для человека. Вот что писал апостол Павел членам церкви в Риме: "...закон свят, и заповедь свята и праведна и добра" (Рим. 7:12). Это означало, что христиане должны усвоить библейский закон, всем сердцем верить в воплощаемые им истины, и должны делать добро не столько в силу правовых предписаний и санкций, сколько из веры, надежды и любви.

Аналогичным образом церковь в первые три века уважала римский закон, но отвергала его абсолютный авторитет. С одной стороны, считалось, что "существующие... власти от Бога установлены" (Рим. 13:1), с другой стороны, безнравственный закон по совести не имеет обязывающей силы. Мог даже возникнуть прямой долг послушаться его. Принцип гражданского неповиновения был фактически неотъемлемой частью жизни ранней церкви, ведь сама христианская вера была незаконна.

Так, иудео-христианское убеждение в том, что Господь есть судья, а также и законодатель (ведь Библия занимает "активную" позицию по вопросу божественного правосудия), сначала рассматривалось в церкви почти исключительно в связи с такими высшими соображениями, как природа и предназначение человека, борьба сил света и тьмы в его душе, объяснение человеческого страдания, смысл жизни и смерти. Не было сделано никакой попытки, да и не было никакой возможности переделать закон государства так, чтобы он соответствовал божественному закону.

Обращение в христианство императора Константина в начале IV в. и объявление христианства государственной религией империи поставили во всей неприкрытой наготе вопрос: может ли христианство способствовать роли правителя как верховного судьи и верховного законодателя в пределах своего государства? Вопрос этот приобрел особую остроту в связи с тем, что император считался главой церкви и представлял Христа на земле. Ответ, в сущности, не отличался от того ответа, который давался на этот же вопрос при обращении в христианство германских королей в V — VII вв. Христианство было воспринято не как социальная программа, а как апокалиптическая вера. Однако оно имело определенный уклон к социальной реформе, который даже самые не от мира сего сторонники христианского учения не могли обойти. Христианские императоры Византии считали

своим христианским долгом пересматривать законы, как они выражались, “в сторону большей человечности”⁶.

Под влиянием христианства, а также воспринятых христианской философией идей стоиков и неоплатоников были сделаны изменения в ряде областей: 1) в семейном праве жене было предоставлено большее равенство перед законом, для законности брака стало требоваться согласие обоих супругов, развод стал труднее (в то время это был шаг к освобождению женщин), было ликвидировано право отца распоряжаться жизнью и смертью своих детей (*patria potestas*); 2) в правовом регулировании рабства раб получил право обращаться к магистрату, если его хозяин злоупотреблял своей властью, в некоторых случаях, если хозяин применял жестокость, раб получал свободу. Закон также расширил способы отпуска рабов на свободу и разрешил им приобретать права, породнившись со свободными; 3) в соотношении между буквой закона и правом справедливости укрепилось последнее, и была смягчена строгость в применении общих правовых предписаний; наконец, 4) крупные компиляции права, составленные императором Юстинианом и его преемниками в VI — VIII вв., вдохновлялись отчасти убежденностью в том, что христианство требует систематизации права, являющейся необходимым шагом к его гуманизации.

Усилия по исключению из права тех его черт, которые были этически неприемлемы для христианства, теряли смысл от того, что и на Востоке и на Западе отсутствовало всякое представление о том, какого же именно правового порядка требует христианская этика. На Западе вплоть до XII в. этот недостаток был осложнен отсутствием сознательно систематизированного свода права: не было ни профессионального класса юристов и судей, ни юридических учебных заведений, ни правовой литературы и совсем мало законодательной деятельности. В общем и целом право на Западе состояло из норм и процедур обычного права, а они были растворены в политических, экономических и социальных институтах вообще. Напротив, в Византии имелось четко очерченное правовое наследие, основанное на греческих концепциях превосходства естественного разума и на римском чувстве порядка. Были в наличии судьи и юристы, правовая литература, юридические школы, развитая система законодательства и управления. И все же на протяжении большого периода византийской истории римское право находилось в упадке, движению за его переделку “в направлении большей человечности”, чтобы быть эффективным, не хватало напора. Юридические школы появлялись и исчезали. Изменения, введенные одним императором, отменялись другим. Органического развития было мало. Византийские юристы так и не достигли такого уровня правового анализа, как их классические предшественники II—III вв. Юстиниан запретил комментировать свой свод законов. По иронии судьбы, когда вскоре после его смерти официальным языком империи вместо латыни стал греческий, собрание Юстиниана оказалось почти в забвении. Несмотря на свое в целом гуманизирующее влияние на право, восточное христианство в итоге, вполне вероятно, оказало отрицательное воздействие на византийскую юридическую науку, так как оно отняло у римского права его высшую значимость, не предложив при этом никакой другой системы юстиции в мире сем.

Пока Страшный суд понимался исключительно как начало царства

Божия в грядущем мире, который неизбежен или даже уже присутствует, он никак не вдохновлял на создание параллельных правовых институтов, которые послужили бы на земле пока, на время промежуточного периода. Такое видение мира было не столько пророческим, сколько апокалипсическим. Это и было характерно для церкви в первое тысячелетие ее истории и на Востоке и на Западе. Христианская вера была прежде всего представлена жизнью в монастыре, где мужчины и женщины, “умершие для этого мира”, стремились прожить безупречную жизнь в царстве небесном. Церковь обычно не занимала критическую или реформистскую позицию в отношении мира: принципиальная безнадежность светской жизни в разлагающемся “граде земном” принималась как данность, а возвращение Мессии, чтобы “судить живым и мертвым”, ожидалось терпеливо и с верой.

Однако в начале XI в. вера в Страшный суд приобрела новое значение благодаря развитию параллельного верования в то, что отдельные души получают промежуточный приговор в момент смерти и что существует время “очищения” между смертью каждого христианина и конечным пришествием божественного судии. По-прежнему Страшный суд относили к тому моменту, когда все когда-либо жившие души будут воскрешены, приведены на суд, либо допущены в царство Божье, либо вместе с дьяволом свергнуты в вечные муки. Чистилище, однако, понималось как временное состояние наказания отдельных христианских душ: ведь крещенные были избавлены от бремени “первородного” (естественного) греха. Тем не менее справедливость требовала, чтобы они в течение определенного времени после смерти отбывали наказание за “личные” (реальные) грехи, не искупленные до конца во время их земной жизни. За редким исключением, считалось, что никакое искупление на земле недостаточно и не избавляет душу от искупления после смерти. Искупление подразумевало уплату определенной цены, а вовсе не постепенное исправление: душа оставалась виновной (то есть в долгу) вплоть до полной уплаты назначенной цены.

В восточной (православной) церкви не было и нет общепринятого учения об искупительном страдании души после смерти и до Судного дня, хотя всегда были (и есть) молитвы за мертвых⁷. На Западе также вплоть до XI в. идея чистилища, хотя она появилась еще в V в. и укрепилась в монашеских книгах покаяний, не имела такого доктринального значения, как впоследствии. Эта мысль не была ни необходимой частью христианской веры, ни четко изложенным и определенным догматом.

Вскоре после 1000 г. на Западе был создан новый праздник. Его назвали Днем Всех Душ (День поминовения усопших), и он все еще ежегодно празднуется католиками 2 ноября, на следующий день после Дня Всех Святых. (День Всех Святых празднуется и на Востоке и на Западе, но День Всех Душ отмечается только на Западе и преимущественно в католической церкви.) Идею этого праздника вынес аббат Клуни Одилон, и именно он добился его всеобщего принятия. Это был день, посвященный сообществу всех душ, которые когда-либо жили и будут жить, и эти души представлялись трепещущими перед Судией в последний день истории. А пока христианские души на земле и в чистилище ожидали этого дня, вознося молитвы о милосердии. Розеншток-Хюсси ярко описал этот праздник как то общее представление о смерти, которое объединяло западных христиан. “Богослужбные чте-

ния на праздник Всех Душ подчеркивают, сколь ничтожен человек. Человек подобен Иову, траве, тени. Однако Бог о нем достаточно высокого мнения, чтобы обратить на него Свой взор и призвать его к суду ...идея Суда... раскрывала достоинство человека, его притязания на то, чтобы не быть брошенным в огонь как трава, а быть судимым... армия солдат Христовых с неколебимой верой шествует перед Спасителем, который был когда-то их товарищем, а теперь — их судьба. Вот победный клич толпы верующих в честь мертвых в День Всех Душ: "Знаю, что Искупитель мой жив и что восстану в Последний День"⁸. Великий гимн *Dies irae* ("День гнева") был написан в XIII в., чтобы выразить чувства и эмоции Дня Всех Душ. Красной нитью проходит через него тема конфликта правосудия и милосердия и их конечное примирение путем божественного суда в конце времени.

Однако вплоть до этого окончательного приговора христианская душа находится в чистилище, пока полностью не очистится страданием. Муки чистилища суждены всем христианам, кроме тех немногих, кто пребывает в раю (святые) или в аду (упорствующие во грехе); каждый в чистилище независимо от ранга терпит наказание в соответствии со своими грехами. Как Страшный суд мыслился как великая вселенская демократия, так и чистилище мыслилось как великая христианская демократия. Данте Алигьери (1265—1321) весьма ярко изобразил, как там папы и императоры мучаются вместе с крепостными и разбойниками. Единственным принципом, по которому судьба одного человека отличалась от судьбы другого, был принцип распределения наказаний в зависимости от тяжести грехов каждого.

Идея Страшного суда предполагает, что жизнь не просто течет, а имеет цель. И более того, человек несет ответственность за реализацию этой цели. Что такое вся жизнь человека? Это то, за что он даст отчет на Страшном суде. Этот отчет совсем не обязательно составляется по разработанной системе правил и норм. Однако идея чистилища как раз предполагает именно то, что отчет дается в соответствии с разработанной системой правил и норм. Грехи каждого взвешиваются, а наказания в чистилище назначаются соответственно тяжести каждого греха. Более того, считается, что церковь и конкретно папа имеют юрисдикцию над чистилищем. Папа распоряжается так называемой Сокровищницей Заслуг. Он может распределять эти заслуги в чистилище в соответствии с тем временем покаяния, которое понадобилось бы на земле для искупления грехов данного кающегося, конечно, при условии, что душа кающегося находится в том же состоянии, в каком она была бы, если бы она действительно совершила требуемое покаяние. По сути, это означает, что время в чистилище может быть сокращено по решению духовенства⁹. С возникновением папской монархии в конце XI в. Клермонский Собор при папе Урбане II даровал первую "общую индульгенцию", освободив всех участников первого крестового похода от ответственности за грехи, которые они совершили до вступления в святую армию крестоносцев.

Литургическая практика Дня Всех Душ и учение о чистилище образуют важное связующее звено между теологией и юриспруденцией в западном христианском мире. Ранее грех понимался как состояние отчуждения, как уменьшение человеческого бытия. Теперь грех воспринимался в правовых категориях как конкретные вредные действия, желания или мысли, за которые надо заплатить различные штрафы в виде временных страданий либо в этой

жизни, либо в загробной. Более фундаментальное понимание греха как удаления от Бога и от ближнего стало играть лишь вторичную роль. Какие именно греховные действия или помышления должны наказываться и какими именно видами или степенями временных мук, решалось в первую очередь нравственным законом, явленным Господом, во-первых, в Писании (божественное право) и, во-вторых, в сердцах и разуме людей (естественное право); однако во вторую очередь это решалось действующими законами церкви. Такие церковные законы следовало выводить из божественного закона и им же поверять.

В конце концов легализация, так сказать, жизни после смерти привела к ощутимому снижению значимости самого Страшного суда. Был сделан совершенно логичный вывод, что все, кто находится в чистилище, будут и в самом деле очищены от вины. Уплатив полную цену, они автоматически войдут в царствие небесное. Таким образом, предполагалось, что установление права должно привести к счастливому концу. По тому же принципу, однако, те, кто предпочел остаться вне системы, например нераскаившийся христианин и все неверующие, которые сознательно отвергли христианство, были обречены на вечное наказание с момента смерти. Так роль Бога на Страшном суде стала служебной, по крайней мере в отношении душ тех людей, которые умерли до Второго пришествия Христа. Теперь человек начинал занимать центр сцены. Его свобода выбора становилась решающим фактором на его пути к спасению. Этот путь был размечен системой наказаний и наград, протянувшейся от этого мира через следующий, вплоть до конечной цели.

ТАИНСТВО ПОКАЯНИЯ

Новое представление о чистилище, оказывавшее столь мощное влияние на религиозное воображение Запада в XI—XII вв. и потом, сопровождалось важными изменениями в литургии, связанными с таинством покаяния. До XI в. покаяние и в западной церкви, и в восточной состояло, по сути, в покаянных делах, ведущих к примирению с Богом, с сообществом верующих и с теми, кого этот человек обидел¹⁰. Покаяние лишь изредка называли таинством. Однако в течение XI — XII вв. на Западе покаяние стали называть таинством регулярно, причем одновременно его центр тяжести как таинства переместился в сторону от примирительных действий. Кающемуся теперь было достаточно исповедаться в грехах священнику с искренним смирением, чтобы получить освобождение от тех вечных мук в аду, которые после смерти грозили каждому христианину за смертные грехи, в которых он не исповедался и не раскаялся. Обычно священник настаивал, чтобы кающийся пообещал в будущем исполнять покаянные труды. Они должны были искупить предстоящее человеку временное наказание как при жизни, так и в чистилище после смерти, которое грозило каждому христианину за мелкие грехи и за смертные грехи, в которых он исповедался и раскаялся.

Хотя таинство продолжало называться “покаянием” (poenitentia), сами покаянные труды, которые откладывались и соответственно отрывались от раскаяния, исповеди и отпущения, впервые стали четко отождествляться с “наказанием” (poena) за прежние греховные поступки. Ведущий трактат XI в. на эту тему под названием “Об истинном и ложном покаянии”, оказавший

сильное влияние на позднейшие богословские и юридические сочинения, отождествляет *roenitentia* с *roenam tenere*, “подвергнуться наказанию”¹¹. Автор утверждает: “Собственно говоря, наказание (*roena*) является болью (*laesio*), которая наказывает и отмщает (*vindicat*) совершенное человеком... Покаяние (*roenitentia*) является, следовательно, отмщением (*vindicatio*), всегда наказывая в человеке то, о совершении чего он сожалеет”¹². Это был важный перенос центра тяжести с прежнего значения покаяния как дела раскаяния, символизирующего отказ от греха и обращение к Богу и ближнему.

Говорилось, что власть священника отпускать грех проистекла из передачи Христом Св.Петру “ключей от Царствия Небесного”, вместе с которыми он дал ему власть: “Что свяжешь на земле, то будет связано на небесах, и что разрешишь на земле, то будет разрешено [“развязано”. — *Примеч. перев.*] на небесах” (Мф. 16:19). Первоначально имелась в виду исключительно власть налагать или снимать вечное наказание. Однако в XI — XII вв. из того же источника стали выводить и власть налагать наказание в виде покаянных трудов: путем исповеди можно было превратить вечное наказание во временное¹³. Это было куда как далеко от “харизматического” покаяния православной церкви, упиравшейся на исцеление и духовный совет¹⁴. Такая практика также далеко отстояла от дисциплинарных мер покаяния, применявшихся в монастырях Европы в VI—XI вв. (и распространенных затем за пределы монастырей), ибо те меры были значительно менее формальны и в значительно большей степени сохраняли свой “восточный” характер. Кроме того, в тот период дисциплинарные меры покаяния носили чисто местный характер и в зависимости от этого менялись. Наконец, если на Востоке, как когда-то и на Западе, священник только призывал на грешника божье прощение, но не в состоянии был сам объявить его свободным от грехов, после Папской революции на Западе была введена новая формула: “*Ego te absolvo*” (“Я тебе отпускаю [грехи]”). Поначалу это толковалось как подтверждение священником действия Бога в ответ на раскаяние и исповедь грешника. Однако в XII в. эта формула интерпретировалась уже как исполнительная, то есть обладающая и сакраментальным и декларативным действием¹⁵.

ТАИНСТВО ПРИЧАЩЕНИЯ

В XI—XII вв. было жестко определено и систематизировано и возвышено празднование причащения, или тайной вечери. Оно стало основным таинством христианства, главным символом принадлежности к церкви.

Вопрос о смысле причащения начал горячо обсуждаться в 1050 — 1060-х гг., когда Ланфранк, возглавлявший тогда аббатство Бек в Нормандии и ставший позже архиепископом Кентерберийским, поставил под сомнение истолкование, предложенное главой соперничающей монашеской школы Беренгаром Турским. Беренгар знаменит главным образом тем, что упорно отстаивал свои взгляды на протяжении добрых 30 лет, и не только против Ланфранка, а против всей партии папы, включая и самого Григория VII. Беренгар заявил, что действительность причащения, его благодатная сила, не зависит от превращения хлеба. Он утверждал, что хлеб остается хлебом, но является “образом” и “подобием” Христа, когда его предлагают и принимают должным образом. Ланфранк, пользуясь аристотелевскими категориями субстанции и

акциденций, убедил Первый Латеранский Собор осудить взгляды Беренгара и подтвердить, что в таинстве причащения сущность хлеба в момент его освящения чудесным образом превращается в “истинное” тело Христово¹⁶. Теоретически в этом действии нет нужды принимать участие никому, кроме священника. В следующем столетии теория Ланфранка, позже названная теорией “пресуществления”, была отражена в литургической практике путем введения обряда вознесения святых даров: перед тем, как поднять хлеб, произносились ритуальные слова “это мое тело”, которые и вызывали превращение¹⁷.

В XII в. было установлено общее требование, чтобы миряне, раньше принимавшие причастие от случая к случаю или редко, причащались по меньшей мере раз в год, на Пасху, и чтобы этому предшествовало таинство покаяния. К 1215 г. Четвертый Латеранский Собор распространил это требование на всех христиан вообще. Евхаристия (святое причащение) стала символом принадлежности к церкви как корпоративной организации. Отлучение, то есть лишение права принимать причастие, стало главным средством изгнания из церкви.

Совершенно явно отношение этих перемен в литургической доктрине и обряде к Папской революции и новым прерогативам священства¹⁸. В этой связи полезно опять посмотреть на литургию православной церкви. Там и сегодня, как в западной церкви до XI—XII вв., самым важным таинством считается не причащение, а крещение¹⁹. Крещение воспринимается как великая христианская мистерия, в которой человек раз и навсегда умирает для себя, отвергает дьявола и заново рождается как гражданин небесного царства. Именно крещение в первую очередь спасает людей от демонов и от смерти. Доктрины “пресуществления” и “реального присутствия” принимались многими восточнохристианскими богословами в XVIII в. и позже, но они никогда не играли центральной роли в православной мысли. Более того, литургия евхаристии в православной церкви, как и в западной церкви до XI—XII вв., связывается не с принадлежностью к зримой, корпоративной церкви, а с общностью с восставшим из мертвых Христом²⁰.

Именно в это время, в XI—XII вв., празднование евхаристии стало на Западе чрезвычайно ритуализованным. В дополнение к этому число таинств, ранее не ограниченное, было сведено к семи, и каждое таинство было подчинено собственным литургическим правилам²¹. Эти события были также связаны с формированием корпоративной правовой структуры церкви. Таинства не считались действительными, если не осуществлялись правильным образом, а их правильное осуществление обычно требовало искусных услуг церковной иерархии. (Брак был исключением, но только до XVI в.) Считалось, что таинство действительно *ex proprio vigore* (“в силу себя самого”), если оно правильно осуществлено уполномоченным лицом. Так, в случае причащения считалось, что присутствие Христа — источника благодати — обеспечивается словами и действиями освящения, а не призывом Святого Духа, как всегда было и есть в восточной православной церкви.

НОВАЯ ТЕОЛОГИЯ: ДОКТРИНА ИСКУПЛЕНИЯ СВ.АНСЕЛЬМА

Именно в то решающее столетие Папской революции, грубо говоря между 1050 и 1150 гг., в Западной Европе впервые появились великие систематизаторы христианского учения, теологи в современном смысле этого слова: Св.Ансельм (1033—1109), великий наследник Ланфранка в Беке и Кен-

терберы; Пьер Абеляр (1079—1142); Петр Ломбардский (1100—1160) и многие другие. Даже само слово “теология” было впервые применено Абеляром к систематическому изучению свидетельств о природе божества.

Конечно, эти люди основывались на трудах предшествующих мыслителей, включая отцов церкви, в особенности Св.Августина (345—430) и нескольких выдающихся западных писателей последующих веков. Однако они коренным образом переделали их труды²². Для всех предшествующих мыслителей, включая Августина, “теология” означала божественную мудрость, молитвенное размышление над смыслом Святого писания или, точнее, мистическое постижение Господа и его свойств; в меньшей степени “теология” означала истолкование постановлений церковных соборов и епископов, особенно в отношении таинств. Теология в новом значении, то есть в значении рационального и объективного анализа и синтеза постулатов веры и свидетельств их справедливости, началась с сочинений Св.Ансельма, в особенности его онтологического доказательства бытия Бога (написанного около 1078 г.) и его обоснования “одним лишь разумом” необходимости вочеловечения (около 1097 г.). Новая теология получила важный толчок поколением позже, благодаря использованию Абеляром диалектического метода примирения противоречий в авторитетных текстах; с его помощью стало возможно объяснить парадоксы христианской веры способом, убедительным для разума и при этом согласным с откровением. Наконец, около 1150 г. Петр Ломбардский, ученик Абеляра, написал “*Libri Sententiarum*” (“Книги сентенций”), первый всеобъемлющий трактат по систематической теологии. Он оставался главным богословским учебником Запада даже после того, как столетием позже Фома Аквинский написал свою “*Summa Theologica*”.

Революция в теологии, сопровождавшая революцию в науке права, основывалась на аналитическом разделении разума и веры и в особенности на убеждении, что можно одним лишь разумом продемонстрировать то, что было постигнуто верой через божественное откровение. Это стало исходной посылкой доказательства бытия Бога в работе Св.Ансельма “*Proslogion*”, которую он снабдил подзаголовком “*fides quaerens intellectum*” (“вера стремится к пониманию”) и в которой провозгласил свой девиз, ставший великим девизом эпохи: “*Credo ut intelligam*” (“Верую, чтобы понять”)²³. Для Ансельма “понять” означало понять интеллектом, знать причины, уметь доказать. Разумное обоснование считалось важным и само по себе, и как средство убедить неверующего, и прежде всего как средство сохранить последовательность, а значит, и правильность христианского учения.

Многие, среди них Карл Барт, утверждали, что у Ансельма разумное обоснование означало обоснование, присущее данному объекту веры; следовательно, если верующий обращается к неверующим разумно, то это то же самое, как если бы те разделяли такие же теологические убеждения. Такая интерпретация игнорирует тот факт, что Ансельм применял к бытию Бога или необходимости его воплощения во Христе те же самые критерии доказательства, которые в то время применялись — и им, и другими — к другим явлениям опыта. Ratio, примененное Ансельмом к божественным тайнам, на самом деле не было присуще этим тайнам. Это было ratio феодалных правовых понятий удовлетворения чести и канонических правовых понятий наказания за преступление. Эти понятия представлялись как

объективные истины, открытые для постижения разуму как неверующих, так и верующих.

Научно, так сказать, подходя к явлениям, до тех пор считавшимся божественными тайнами, постижимыми только при полном единении разума с интуицией, опытом и верой, “рационалисты” XI—XII вв. продвигались в направлении объективизации общих категорий мышления. Это было время не только реалистов, веривших, что истина, справедливость, гуманность, праведность, грех и другие универсалии обладают независимым существованием, но и номиналистов, которые хотя и настаивали, что универсалии существуют только в голове, тем не менее вынуждены были самими условиями спора обращаться с ними так, как если бы они объективно существовали. Для номиналистов, например, справедливость и грех вообще представлялись не универсалиями, а проявлениями борьбы между Богом и дьяволом за душу каждого человека. На Востоке грех был не концептуализирован, а персонифицирован. Более ранняя западная теология, хотя она и придерживалась платоновского представления об объективности идей, тем не менее тоже не могла отделить универсальный грех — иначе как посредством персонификации — от отдельных грешников, в которых он обнаруживался. Грех считался не сущностью, а скорее отношениями между Богом и человеком. Более того, считалось невозможным отделить Человека с большой буквы, Адама, от конкретных мужчин и женщин. Ни гуманность, ни грех не считались объективной универсальной реальностью, существовавшей отдельно от своих конкретных проявлений.

Напротив, Ансельм в своих произведениях пытался претворить тайны христианской веры в логику, которая была бы понятна и убедительна для нейтрального в религиозном плане интеллекта. Его доказательство бытия Бога было, по сути, доказательством, что сами мыслительные процессы человека предполагают существование абсолютного добра. Его позднейшие и гораздо более смелые усилия обосновать необходимость воплощения Бога во Христе шли еще дальше: они имели целью доказать с помощью логики, что сама судьба человека есть отражение нравственной и правовой структуры мироздания.

В работе “*Cur Deus Homo*” (“Почему Бог воочеловечился?”) Ансельм вознамерился обосновать “необходимыми причинами” и “одним лишь разумом”, безотносительно к откровению, *Christo remoto* (“отодвинув в сторону Христа”), что принесение в жертву Сына Божьего было единственным средством искупить греховность человечества²⁴. В самом кратком изложении аргументация такова: Бог создал человека для вечного блаженства. Это блаженство требует, чтобы человек добровольно подчинил свою волю Господу. Человек, однако, избрал путь ослушания, и его грех непослушания передается по наследству всем людям. Справедливость требует, чтобы человек либо был наказан в соответствии со своим грехом, либо дал возмещение за то, что нарушил честь Бога. Что касается наказания, никакое наказание не будет достаточным: человек самое меньшее должен бы лишиться состояния блаженства, для которого он был создан, однако это лишь вновь сведет на нет усилия Бога. Что касается возмещения, человек не в состоянии предложить Богу ничего такого, что было бы достаточно ценным для восстановления божественной чести. Итак, человек не может, хотя и должен, искупить свой грех.

Бог может (так как он может все), но не должен этого делать. Так как только Бог может и только человек должен предложить нечто для возмещения, то сделать это следует Богочеловеку. Следовательно, необходим Богочеловек, Иисус Христос, который и может и должен принести себя в жертву и таким образом заплатить цену греха, помирит человека с Богом и восстановит первоначальную цель творения.

Ансельмова теория искупительной жертвы, хотя и не была официально принята церковью, была на Западе господствующей не только в XII — XV вв., но и (с некоторыми модификациями) в более позднее время, и не только в католической церкви, но и (с некоторыми модификациями) в протестантской мысли. Более того, именно эта теория дала западной теологии ее ярко выраженный характер и ярко выраженную связь с западной юриспруденцией.

Эта теория, даже если она не имела такой цели, стала объяснением изменения в литургии: возвышения причащения как главного христианского таинства и истолкования причащения как переживания реального присутствия распятого Христа.

И вновь это новое учение об искуплении можно противопоставить православной доктрине и литургии; то и другое там практически такое же, как на Западе до Папской революции. И тогда и теперь для восточной церкви распятие не имеет смысла вне воскресения. Искупительная жертва рассматривается как часть континуума “вочеловечение—распятие—воскресение”, в литургической практике воскресение является центральной частью даже в праздновании тайной вечери. Христианин “умирает и воскресает со Христом”. Христос рассматривается прежде всего как победитель смерти. В католической теологии Св.Ансельма, однако, и в католической литургии XI—XII вв. искупление связывалось главным образом с распятием²⁵. Воскресение объяснялось как необходимое следствие распятия. Христос рассматривался главным образом как победитель греха.

Поразительные различия между этими тесно взаимосвязанными концепциями Христовой миссии проявились в религиозном искусстве. Начиная с XI и XII столетий католическое религиозное искусство рисует Христа на кресте и крестный путь. Иконы восточной церкви, напротив, изображают воскресшего Христа, который “попирает дьявола и его воинство, воскрешает Адама и Еву, освобождает патриархов от пут”²⁶. Аналогичным образом и западные изображения Христа до XI—XII вв. почти всегда, даже на кресте, рисовали его как победный образ, небесного государя, а не только спасителя²⁷.

Более того, восточно-христианское искусство отразило теологию восточной церкви и теологию Запада между VI и X вв., которая подчеркивала трансцендентность (или “потусторонность”, как ее называют на Западе). Это теология с центром на небесах, сосредоточенная на “восхождении человека к бесконечности”, на обожествлении человека. В центре — Бог-Отец, Создатель. Христос показал человечеству путь к нему. Иконы это отражают. Но западная теология XI—XII столетий перенесла все внимание на второе лицо Троицы, на воплощение Бога в этом мире, на Бога-Искупителя. Человечность Бога во Христе выступила на передний план. Это нашло отражение в папском дополнении к Никейскому символу веры, когда было провозглашено, что Святой Дух “нисходит” не только “от Отца”, но и “от Сына” (filioque)²⁸.

Бог-Отец, представляющий все творение, космический порядок, воплощен в Боге-Сыне, который представляет человечество. Согласно дополнению о филокве, Бог—Дух Святой, отождествляемый в Никейском исповедании веры с церковью, проистекает не только от первого лица Троицы, но и от второго, то есть имеет своим источником не только творение, но и воочеловечение и спасение.

Так церковь все меньше стала рассматриваться как сообщество святых на небе и все больше — как сообщество грешников на земле. Сам рационализм был выражением веры с воплощением божественных тайн в человеческих понятиях и теориях. Бог представлялся не только трансцендентным, но и имманентным. Это отразилось в наиболее “реалистических” изображениях Святого семейства, а также в готической архитектуре, которая была великим художественным символом новой эры на Западе.

Не трансцендентность и не имманентность Бога как таковые связаны с рационализацией и систематизацией права и законности на Западе, а скорее его воочеловечение, которое понималось как процесс, посредством которого трансцендентное становится имманентным. Не случайно христианство, иудаизм и ислам — религии, которые постулируют и радикальное разделение, и радикальную взаимосвязь Бога и человека, постулируют также Бога как судью и законодателя, а человеком в их представлении управляет божественный закон. Несмотря на это, отличительные черты западных понятий “человеческого права”, возникших в XI—XII вв. и резко противоположных правовым понятиям не только ислама и иудаизма, но и восточного православного христианства, связаны с большим акцентом на воочеловечение Бога как центральную реальность вселенной. Это высвободило громадную энергию для спасения мира, однако оторвало правовое от духовного, а политическое от идеологического.

Концепция искупительной жертвы у Ансельма стала для новой теологии идеальным мифом. Она делала акцент на человечность Сына Божьего, который своей смертью расквитался за грех и этим дал Богу возможность простить, в то же самое время даровав человеку возможность принять прощение и этим спастись.

ПРАВОВЫЕ ПОСЛЕДСТВИЯ ДОКТРИНЫ ИСКУПЛЕНИЯ

Теория Ансельма также заложила основы новой юриспруденции. Был получен ответ на вопрос: почему требуется либо возмещение, либо наказание и почему Бог в своем милосердии и в знак благодати не может без всяких условий простить людям грехи? Вот какой ответ дала теория Ансельма. Если бы Бог поступил так, то остался бы неустранным беспорядок, внесенный грехом в устройство вселенной, а этот неустранный беспорядок был бы нарушением справедливости. Справедливый порядок вселенной, *iustitia* или праведность Бога, требует, чтобы цена была уплачена. Милосердие, говорит Ансельм, — это дочь справедливости; оно происходит от справедливости и не может действовать против нее²⁹. Именно милосердие господне позволяет человеку жить и даже предлагает ему спасение, хотя человек умышленно предал святое доверие Рая. Но Бог не поступает произвольно, его милосердие

подвластно его справедливости, равно как его справедливость подвластна его *rectitudo*, его “праведности”.

Интересно сравнить этот текст с языком трактата “Об истинном и ложном покаянии”, написанного лет за сорок—пятьдесят до “*Cur Deus Homo*” и хорошо известного Ансельму. Этот более ранний труд находится в русле более старой богословской и нравственной традиции (которая одновременно и традиция православия), отказывающейся подчинять Господне милосердие его справедливости или справедливость Господа — его милосердию. Автор этого трактата пишет: “Ибо Господь милосерден и справедлив, сохраняя милосердие в справедливости, а справедливость — в милосердии”. “Справедливый [судья] должен быть милосерден справедливо”. “Он должен иметь милосердие в справедливости... и справедливость в милосердии”³⁰. Однако в своем анализе наказания автор проводит различие между справедливостью и милосердием. “Ибо одна только справедливость осуждает”, — пишет он³¹. Далее он нападает на “заблуждение тех, кто предполагает прощение без покаяния”, то есть без наказания, ибо они, по его мнению, по сути, оправдывают зло и дают “волю греху”³². Нельзя так обесценивать милость Божью. Таким образом, новая теория “истинного и ложного покаяния” проложила дорогу тезису Ансельма, что рациональный порядок мироздания требует, чтобы грех всегда наказывался³³.

Ансельма часто обвиняют в том, что он занимал “правовую” или “легалитскую” точку зрения по вопросу искупительной жертвы Христа. В свою очередь его защитники ссылаются на то, что критерии справедливости (*iustitia*) у Ансельма, по существу, нравственные, а не правовые³⁴. Ни тот, ни другой взгляд не является полностью справедливым. Конечно, Ансельм никакой не легалист в том смысле, что он не занимался механикой “божественного права” греха и покаяния или преступления и наказания. Для него, как и для его предшественников, слово “*iustitia*” употреблялось вместо библейского слова, переводимого как “праведность”. Ансельм хотел исследовать фундаментальный характер праведности Бога

Однако он в равной степени занимался и вопросом о том, как именно справедливость (или праведность) Бога проявляется в конкретных законах и нормах. Он вовсе не желал приносить отдельное решение или норму, выведенные из справедливости, в жертву на алтарь некоего непоследовательного принципа, как бы привлекателен он ни казался. В своем труде “*Cur Deus Homo*” Ансельм вкладывает в уста своего ученика такие слова. “Если Бог следует норме справедливости, то нет спасения несчастному; и милосердие Господне, кажется, исчезло”. Ансельм отвечает на это: “Ты просил разума, так прими же его”³⁵. Как бы широко ни понимал Ансельм справедливость, разум требовал, чтобы он остановился у порога божественного милосердия. Бог связан своей собственной справедливостью. Если божественно справедливо человеку платить за свои грехи, то несправедливо было бы, а значит, невозможно Богу отказать от платы. Теология Ансельма в “*Cur Deus Homo*” — это теология права³⁶.

До Ансельма (а в православной церкви и сейчас) было бы сочтено неправильным так анализировать справедливость Бога. Во-первых, эти высшие тайны не могут уместиться в понятия и конструкции человеческого ума; разум неотделим от веры — одно не является слугой другого, но они слитны;

и все упражнение в области теологии права — это противоречие в терминах. А во-вторых, наши отношения с Богом определяются не только и не столько божественной справедливостью, сколько прежде всего благодатью и милосердием Господа. Именно его милосердием и благодатью, а не только его справедливостью объясняется распятие, ибо благодаря распятию человечество было выкуплено из власти дьявола и демонов смерти, — той самой власти, которая сначала явилась причиной убиения Христа, а потом сама была побеждена через воскресение.

По сути, православие так и не разработало теорий заслуг, возмещения, чистилища и превышения требований долга. Такие теории считались на Востоке легалистическими. Отвергалась и доктрина вечного проклятия. Грех рассматривался преимущественно как падшее состояние души человека, а не как действие, нарушающее божественный закон. Аналогичные идеи господствовали и в германском христианстве до Папской революции.

Если ее рассматривать в перспективе более древней традиции (сохранившейся в православии), теория Ансельма носит правовой характер в том смысле, что объясняет человеческое страдание и божественное прощение в терминах единой структуры справедливости и правильного порядка. Человеческое страдание рассматривается как цена, уплачиваемая за послушание человека. В более фундаментальном плане снятие Богом вечного наказания, несмотря на то бесконечное зло, которое человек принес ему, мыслится как правильное, то есть законное, благодаря принесению единственной жертвы, соразмерной этому греху. Так спасение объясняется, по сути, в терминах юридической сделки.

ТЕОЛОГИЧЕСКИЕ ИСТОЧНИКИ ЗАПАДНОГО УГОЛОВНОГО ПРАВА

Теория Ансельма, утверждавшая, что потребовалось возмещение за то, что человек нарушил честь Бога, отражала больше существующие правовые понятия, чем те, которые вскоре наложились на эту концепцию. Ансельм понимал возмещение как своего рода самоунижение, вроде такого, каким крепостной пытается умилостивить оскорбленного им господина. Самопожертвование Христа преподносилось не так, как было принято позже, особенно после Реформации, то есть в качестве наказания за преступление (где Христос был заменой), а мыслилось как покаяние в старом смысле этого понятия, то есть как дела раскаяния, ведущие к примирению жертвы с обидчиком³⁷. Так как Христос как представитель человека предложил себя в жертву за его грех, честь Бога была восстановлена и может быть примирена с человеком. Это — выражение лейтмотива уголовного права среди населения Европы до и в течение XI в. Преступление в целом воспринималось не как проступок, направленный против политического порядка как такового или против общества в целом, а как проступок, направленный против жертвы и тех, кто с ней отождествлялся: сородичей, территориальной общины, феодального класса. Это был также и проступок перед Господом — грех. Нормальным социальным ответом на такой проступок была месть со стороны самой жертвы, или ее сородичей, или другой группы, к которой жертва принадлежала. В то же самое время племенное и местное и феодальное право между VI и XI вв. делало

большой упор на покаяние, восстановление чести и примирение, взамен мести. В дополнение к этому и королевское и императорское право этого периода основывались на аналогичных понятиях и состояли по преимуществу из норм и процедур “обычного права”, охранявших права королевского или императорского двора и лиц, находившихся под его защитой. Время от времени короли издавали кодексы законов, которые подтверждали и перерабатывали “обычное право”, но в целом королевская или императорская юрисдикция над уголовными преступлениями была чрезвычайно ограничена. Относительное отсутствие универсального уголовного права и господство местных обычаев только подчеркивают тот факт, что преступление чаще всего считалось проступком перед другими людьми и одновременно перед Богом, а не проступком перед какой-то всеобъемлющей политической единицей, будь то церковь или государство.

То же было справедливо и для монастырей, уложения о наказаниях которых, то есть книги грехов и покаяний, составили важный источник нового канонического уголовного права XII в. Проступки, совершенные монахами, тайно сообщались на исповеди и тайно же наказывались до возвращения преступника в местную монашескую общину. Большая часть монастырей имела собственные нормы и правила покаяния. Эти же нормы стали широко применяться к мирянам в IX — XI вв.

Покаяние, восстановление чести и примирение — вот те стадии, через которые должно было пройти искупление преступления или греха. Альтернативой являлись кровная месть, объявление вне закона или отлучение.

Итак, искупительная жертва была представлена Ансельмом как акт покаяния (“воздаяние”) и примирения, в котором Богочеловек предлагал в жертву себя. Однако в итоге довод основывался на иной посылке, которая не была полностью сформулирована, а именно, что наказание (а не только покаянное возмещение) требовалось божественной справедливостью не за первородный грех, или (как предпочитал называть его Ансельм) “естественный грех”, а за “личные грехи” (“реальные грехи”), совершенные крещеными христианами. Через таинство крещения они приобщались к благодати Христовой искупительной жертвы — уплачивался бесконечный долг их первородного греха; однако оставалась ответственность за их последующие грехи, и подразумевалось, что вот эту-то ответственность они и принимают на себя, подвергаясь наказанию.

Это представление выводилось из резкого разграничения между: 1) всеобщим первородным грехом, который снимался крещением, и “реальными” грехами, совершаемыми потом отдельными христианами; и 2) между возмещением, то есть платой, достаточной для восстановления чести жертвы, и наказанием, то есть платой, соответствующей тяжести проступка. Ансельм подчеркнуто отвергал наказание как подходящую санкцию за первородный грех, ибо, говорил он, чтобы наказание было соизмеримо с тяжестью проступка, следовало бы полностью уничтожить человека. Господь, “который не создал ничего более ценного, чем разумное существо себе на радость”, не хотел полной гибели человека и потому допустил восстановить свою честь принесением в жертву своего Сына³⁸. Так Бог простил человечеству его греховность: человечество освобождается от последствий врожденной склонности к алчности, гордыне, властолюбию и другим формам пренебрежения к Богу.

Бог принимает человека таким, каков он есть. Но само данное Богом отпущение налагает на каждого христианина дополнительную ответственность — не избирать добровольно путь нарушения запретов. Если он все же сделает это, то будет наказан, но не уничтожением, не ненавистью, а платой, соразмерной тяжести проступка, то есть его противоправности. В отличие от первородного греха человечества (Адамова греха), реальные грехи отдельных христиан, крещеных и кающихся, не требуют уничтожения в качестве единственной меры, соизмеримой с тяжестью деяния; их можно искупить временными наказаниями в этой жизни и в чистилище. Даже приговоренные к вечным мукам все же не уничтожаются.

Новые концепции греха и наказания, основанные на доктрине искупления, обосновывались не с помощью германских представлений о примирении в качестве альтернативы мести, не с помощью платоновских представлений об устрашении и восстановлении в правах и не с помощью библейских представлений о завете между Богом и Израилем, хотя присутствовали элементы всех трех теорий. Главным обоснованием у Ансельма и его последователей в западной теологии стала сама концепция справедливости. Справедливость требует, чтобы за каждый грех (преступление) было заплачено временным страданием; чтобы это страдание, то есть наказание, было адекватно греховному поступку, и чтобы оно защищало (“отмычало”) конкретный закон, который нарушается. Как сказал Св.Фома Аквинский спустя почти два века после Ансельма, и уголовные и гражданские правонарушения одинаково требуют уплаты компенсации жертве, но так как уголовное преступление, в отличие от гражданского правонарушения, является вызовом самому праву, должно быть наложено не просто обязательство возместить ущерб, а наказание — как цена за нарушение права³⁹.

Эту теорию обычно называют “теорией возмездия” или “карательной”, поскольку она основана на постулате, что для “отмщения” права надо заплатить “дань”, то есть определенную цену. В Соединенных Штатах Америки теория возмездия часто связывалась с отмщением жертвы, а не с отмщением закона, а это совершенно иное дело. Я бы назвал первое “особым возмездием”, а второе “общим возмездием”. Исторически именно вслед за Папской революцией западный человек пережил замену особого возмездия (защита чести жертвы) в обосновании уголовного права общим возмездием (защита права). Однако выражение “общее возмездие” не исчерпывает всей глубины этой перемены. Доктрина искупления добавила новые измерения к идеям дани и защиты. С одной стороны, нарушивший закон грешник считался не только грешником, но и правонарушителем, преступником, и потому подлежал не только покаянию, но и раслате за нарушение права; с другой стороны, правонарушитель, преступник, был также и грешником, вина которого состояла не только в том, что он нарушил закон, но и более серьезно, в сознательном выборе зла. Таким образом, наблюдался сильный акцент на нравственное (или скорее безнравственное) содержание поступка, то есть на греховное состояние духа, в котором преступник его совершил.

В то же время связывание преступления с грехом и наказания с искуплением давало преступнику или грешнику своего рода достоинство перед лицом его обвинителей, судей и братьев-христиан. Ведь и они были грешниками, и они были кандидатами на неведомые мучения в чистилище, а влос-

ледствия на допуск в царствие небесное. Это смягчало элемент морального превосходства, который обычно сопутствует карательной теории справедливости. Например, палачу полагалось в последний момент на коленях просить у осужденного прощения за то, что ему предстояло совершить. Таким образом, хотя связывание преступления с грехом порождало бесконечную ответственность преступника перед Господом, приписывание греховности всем членам общества, в том числе и законопослушным, в какой-то мере служило сглаживанию праведного негодования как части уголовного права⁴⁰. Все христиане разделяли общую греховную человеческую природу.

Вера в нравственное равенство всех участников правового процесса дала основу научного исследования состояния сознания обвиняемого. В трактате “Об истинном и ложном покаянии” автор развил весьма примечательную теорию: судья, допрашивающий человека, должен сам поставить себя на его место, чтобы выяснить, что именно тот знает, и с помощью тонких вопросов извлечь из него то, что тот хотел бы скрыть даже от себя самого.

“Ибо тот, кто судит другого... осуждает себя самого. Поэтому пусть он сначала познает себя и очистится от того, что, как он видит, оскорбляет других... Кто из вас без греха, первый брось камень (Ин. 8:7) ...Ибо никто не без греха, так как понятно, что все виновны в преступлении... Пусть духовный [то есть церковный] судья опасается, как бы не упустить вооружиться наукой и этим не совершить преступления несправедливости. Ему подобает знать, как определить то, что он должен судить. Потому прилежный допрашивающий, тонкий следователь, мудро и почти коварно расспрашивает грешника о том, что тот и сам, быть может, не знает, или из стыда желает скрыть”⁴¹.

Наконец, доктрина искупления придала универсальную значимость человеческому правосудию, связав налагаемое судом наказание за нарушение закона с природой и предназначением человека, его поиском спасения, его нравственной свободой и его миссией создать на земле общество, отражающее божественную волю. Здесь имелась отчетливая параллель с иудаистской концепцией завета, заключенного Богом с его избранным народом. Из этого завета выводились Десять заповедей и множество библейских законов. Каждый из этих законов был священным; каждое нарушение было нарушением завета. По западному взгляду на искупление, Бог вступил в Новый завет, теперь уже со всем человечеством, представленным личностью, являющейся одновременно человеческой и божественной — богочеловеком. Однако по Новому завету библейское право больше не действует; ведь греховность человека перечеркнута жертвой Христа. Поэтому крещенные христиане способны были бы вести праведную жизнь без нужды в законе. Однако, несмотря на эту новообретенную милость, они избрали зло. И тогда потребовался новый закон — человеческий, не священный в старом смысле слова, хотя и вдохновленный Десятью заповедями и другими библейскими текстами. Человеческий закон должен судить людей на земле, оставляя священному правосудию Бога их бессмертные души. Однако в задачу человеческого права входит также помогать готовить души людей к их вечному предназначению. В особенности священники, будучи представителями Бога на земле, должны заботиться не только о душах посредством отправления таинств, включая покаяние, но и издавать и соблюдать нормы церковного права и помогать в издании и соблюдении норм светского права. Эти церковные и

светские законы, хотя они и являются человеческими, а не божественными, тем не менее предназначены для отражения божественной воли и потому обладают высшей справедливостью. Следовательно, чтобы защитить эту высшую справедливость, нарушения закона должны наказываться. “Закон должен держать слово”⁴².

КАНОНИЧЕСКОЕ УГОЛОВНОЕ ПРАВО

Новая теология отразилась в новой системе уголовного права, созданной канонистами в XI—XII вв. Эта система существенно отличалась как от “права Бога”, то есть права покаяния, ранее господствовавшего в западной церкви, так и от “мирского права” (или “права человека”), господствовавшего наряду с первым в племенном, местном, феодальном и королевском или императорском правовых порядках.

В более ранний период слова “преступление” и “грех” были взаимозаменяемыми. В общем виде все преступления были грехами, а все грехи — преступлениями. Не проводилось четких различий в природе тех проступков, которые надо было искупать церковным покаянием, и тех, которые надо было улаживать переговорами с сородичами (или кровной мезьей), местными или феодальными собраниями, королевскими или императорскими процедурами. Убийство, разбой и другие тяжкие нарушения прав человека считались в то же время нарушением права Бога; наоборот, половые и брачные проступки, ведовство и колдовство, святотатство и другие тяжкие нарушения прав Бога считались в то же время нарушениями права человека. Духовенство играло главную роль в “светском” судопроизводстве, а сама верховная королевская или императорская власть носила священный и священноначальнический характер. В церкви, однако, не существовало такой постоянной системы правосудия по уголовным делам, которая развилась после Папской революции; система церковных покаяний применялась в основном местными священниками и монахами, целью которых было не наказание само по себе, а забота о душах, возобновление нравственной жизни и восстановление правильных отношений с Богом. Аналогично первоочередной целью светских санкций было не наказание как таковое, а удовлетворение чести, примирение и восстановление мира.

В конце XI и в XII в. впервые было проведено четкое процессуальное различие между грехом и преступлением. Это произошло отчасти потому, что церковной иерархии удалось изъять у светских властей юрисдикцию над грехами, что, кстати, изменило смысл слова “светский” (“secular”). Любое деяние, подлежащее наказанию королевскими или “мирскими” должностными лицами, должно было отныне караться как нарушение светского закона, а не как грех, то есть не как нарушение закона Бога. Когда светские власти карали, например, за грабеж, то наказание следовало за нарушение мира, в защиту собственности и за проступок против общества. Стали говорить, что в мире сем только церковь имеет юрисдикцию в наказании за грехи, тем самым изменился смысл слова “церковь”, который теперь связывался с такими понятиями, как “иерархия”, “в этом мире”, “юрисдикция”, “наказание за грехи”.

Однако вопиющее нарушение принципа разделения церковной и светской юрисдикции содержалось в законе, применявшемся к еретикам. В XII—

XIII вв. ересь, которая ранее была только духовным проступком и наказывалась анафемой, стала и правонарушением, караемым как измена. Впервые для ее выявления стала применяться инквизиционная процедура и за нее впервые стала назначаться смертная казнь. Сутью проступка являлось отступление от догм церкви. Если обвиняемый был готов поклясться под пыткой или иным давлением, что будет придерживаться этих догм, его следовало оправдать, хотя он все равно подлежал покаянию. Если он упорствовал в ереси, то подлежал приговору церковного суда и затем передаче светским властям для казни. Так церковь преодолевала свое отвращение к пролитию крови, участвуя в нем лишь косвенно. Это была та самая “аномалия”, из-за которой в XVI в. разрушилась вся “модель”.

Церковь разделила свою компетенцию в отношении грехов на две части: 1) грехи, разбираемые на “внутреннем форуме” церкви, то есть священником, действующим по праву своего сана, в особенности как часть таинства покаяния; и 2) грехи, рассматриваемые на “внешнем форуме” церкви, то есть церковным судьей, действующим на основе своей юрисдикции. Эти последние канонисты XII столетия назвали преступными грехами, или церковными преступлениями, или просто преступлениями. Преступный грех был нарушением одного из церковных законов.

Принцип, что преступный грех является нарушением церковного закона, по необходимости нес с собой другой принцип: то, что не является нарушением церковного закона, не подлежит преследованию церковным судом. Петр Ломбардский в XII в. выразил это такими словами: “Нет греха, если не было запрета”⁴³. Примечательно использование прошедшего времени — “не было”. Вот начало того длинного и извилистого пути развития юриспруденции в западной традиции права, который нашел свое завершение в принципе, выраженном в XVIII в. в Просвещении и в “Декларации прав человека и гражданина”, порожденной Великой французской революцией: “Nullum crimen, nulla poena sine lege” — “Нет ни преступления, ни наказания без закона”.

Из принципа, что всякий преступный грех есть нарушение церковного закона, не обязательно следует, однако, что всякое нарушение церковного закона есть преступный грех. Грех есть проступок против Бога. Все нарушения греховны только в таком обществе, где все законы божественные. Так и было в древнем Израиле по закону Моисееву. Это же справедливо и для германских народов Европы до XI в. Проступок против родовой группы, местной общины или феодальных связей был и проступком против Бога (а в дохристианскую эпоху — богов). Это ясно из того факта, что обычным способом судебного разбирательства была апелляция к сверхъестественным силам — обычно в виде ритуальной присяги или испытания. В этом принимало участие и духовенство: прежде чем воззвать к божьему суду, полагалось принять таинство. Слова “грех” и “преступление” были взаимозаменяемы и в “мирском праве”, и в “божественном праве”. Однако в конце XI и в XII в. богословы и юристы Западной Европы провели различие между грехами, являвшимися проступками против одного только Бога и подлежавшими суду только Бога (например, тайные греховные помышления или желания), и грехами, являвшимися также проступками против церкви, в отношении которых церковь как корпоративное образование и политико-правовой институт имела

юрисдикцию в своих собственных судах. Преступные грехи отличались от прочих грехов тем, что их греховность, то есть их направленность против Бога, измерялась критериями церковного права, применяемого церковными судьями, которые действовали по праву своей юрисдикции, а не критериями “божественного права”, применяемого самим Господом через священников, которые действуют по праву своего сана.

Теоретические основы нового права церковных преступлений были заложены Абельяром в его “Этике” за несколько десятилетий до того, как оно приобрело более детализированную юридическую формулировку у Грациана, великого основателя науки канонического права⁴⁴. Абельяр выдвинул три главных условия, необходимых для подсудности греха церковному суду.

Первое. Это должен быть тяжкий грех. Исходной точкой для определения его тяжести служило традиционное деление на смертные грехи (грехи, ведущие к смерти, то есть духовной смерти) и мелкие грехи (простительные, легкие). Вслед за Абельяром канонисты XII в. говорили, что только смертный грех составляет преступление и при этом не всякий смертный грех, а только тот, который по обстоятельствам своего совершения достаточно тяжок, чтобы заслуживать уголовного наказания по приказу церковного суда. Например, алчность — смертный грех; однако алчность, заслуживающая уголовного преследования в конкретном случае, должна быть из ряда вон выходящей.

Второе. Грех должен проявиться в каком-либо внешнем действии. Греховные помыслы и желания наказуемы Богом и подсудны “небесному форуму” (как назвал его Абельяр) церкви в таинстве покаяния, включающем исповедь; но они ненаказуемы как таковые на “земном форуме” церкви, то есть церковным судом. Абельяр утверждал это на том основании, что только Бог может прямо видеть в уме, сердце и душу человека, а судьи-люди могут видеть только то, что проявляется внешне. Стало общепринятым, что церковь не судит скрытые вещи. Это в свою очередь привело к норме канонического права, которая в итоге стала и нормой светских правовых систем на Западе, что одна лишь подготовка к совершению преступления (даже включая подготовку орудий его) ненаказуема; должна иметь место по меньшей мере попытка, то есть внешне выраженное действие, означающее начало преступного акта. Существовали два поразительных исключения из этого правила: измена и ересь.

Канонисты также дали определение видов умысла и видов причинной связи, необходимых для того, чтобы внешне выраженное действие считалось преступным. Они проводили различие между “прямым умыслом” (осознанием того, что данный поступок приведет к конкретным противоправным последствиям, например убийству, в сочетании с желанием вызвать именно такие последствия) и “непрямым умыслом” (осознанием того, что произойдут противоправные последствия, но без желания их вызвать, например, вынужденное убийство сторожа с целью побега). Они также проводили различие между умыслом (любого вида) и небрежностью (например, когда субъект не знал, что произойдут именно такие последствия, но он был бы осторожен, если бы знал). В отношении причинности они различали отдаленные причины (*causae remotae*) и непосредственные причины (*causae proximae*). Они обсуждали сложные случаи, как реальные, так и гипотетические, входящих причин. Например, клирик бросает камень, чтобы напугать своего спутника; спутник, пытаясь увернуться, натывается на скалу и пол-

учает сильные ранения; в результате небрежности своего отца и врача он умирает. Было ли бросание камня непосредственной причиной смерти? Таких примеров было бесчисленное множество. Исследователь любой из современных правовых систем Запада знаком с этим способом анализа преступного поведения с учетом различия между умыслом и небрежностью, различными видами умысла, причинных связей.

Третье. Согласно Абельяру (и в этом тоже за ним последовали канонисты), поступок должен быть вызывающим раздражение церкви. Он должен быть “скандалом” для церковной организации. Закон не должен наказывать даже нравственно порочные поступки, пока они не наносят вреда обществу, право которого применяется в данном случае. Это тоже звучит совершенно по-современному⁴⁵. Так, канонисты решили, например, что нарушение простого обещания, хотя и морально небезупречно, все же не наносит церкви столь большого вреда, чтобы быть уголовно наказуемым.

Что в новом каноническом уголовном праве непривычно для нового времени, так это использование внешних признаков не только для определения вины в нынешнем смысле (было ли данное деяние преступлением? совершено ли оно обвиняемым?), но и для измерения греховности обвиняемого. Абельяр пошел дальше своих последователей, пытаясь исключить вопрос о греховности: он утверждал, что тяжесть греха следует предполагать по внешним признакам. Другими словами, по мнению Абельяра, церковный суд не должен вдаваться в специальное исследование воззрений, мотивов, нравственного облика обвиняемого, кроме как если такое исследование необходимо для установления нарушения им церковного закона, то есть было ли его деяние достаточно безнравственным и достаточно вредным, чтобы составлять церковное преступление, и имел ли обвиняемый требуемое намерение совершить его; была ли необходимая причинная связь и были ли установлены другие правовые компоненты вины. Его греховный ум (воззрения), сердце (мотивы) и душа (нравственный облик), непосредственно ведомые Богу, могут быть ведомы церковному суду только через внешние признаки, а потому, утверждал Абельяр, только внешние признаки суд и должен исследовать. Стефан Куттнер указывает, что этот ход мысли мог бы привести Абельяра к концепции преступления, совершенно свободной от понятия греха и от теологии (*theologiefrei*), но Абельяр так и не сделал последнего шага к этой концепции⁴⁶. Вместо этого он использовал непроверяемую презумпцию, то есть вымысел, юридическую фикцию, чтобы преодолеть разрыв между преступлением и грехом. Он заявил, что доступные земным судьям процедуры проверки, несмотря на свою ограниченность, будут приближаться по своим результатам к результатам самого Бога и что попытки достигнуть большего безнадежны.

Мнение Абельяра, что греховность может предполагаться, и только, и потому ее не надо брать в расчет, было церковью отвергнуто⁴⁷. Канонисты прежде всего заботились об измерении проступка против Бога. Они усматривали во внешних признаках данный Богом инструмент для этой цели, но шли еще дальше, особо вникая в ум, сердце и душу обвиняемого. Они понимали, что церковное право применяется на земном форуме церкви, а не на небесном, и потому оно должно осуществляться согласно критериям объективности и всеобщности. Несмотря на это, они не видели существенного

противоречия, а даже находили принципиальную гармонию между этими критериями и критериями божественной справедливости. Следуя своим представлениям о процедурах, используемых самим Богом, они одновременно интересовались и тем, совершил ли обвиняемый нравственно и социально опасный поступок в нарушение закона, и тем, в какой степени он этим обнаружил развращенность ума, сердца и души.

Эти два вида разбирательства, по сути, не отделялись один от другого. Чтобы оценить деяние, необходимо было проанализировать умысел совершившего его лица. Это вело к исследованию свободы его воли. Канонисты разработали правила, известные ныне всем западным правовым системам, освобождения от ответственности, если человек действовал не в своем уме, во сне, в состоянии опьянения или по ошибке, если при этом: 1) из-за своего состояния он не мог знать, что его действия противоправны; 2) он сам противоправным образом не привел себя в такое состояние (например, сознательно опьянев). Ясно, что исследование свободы воли обвиняемого, ведущее к выяснению, не привел ли он себя противоправно в состояние, в котором, как он должен был знать, мог бы совершить нравственно порочный, общественно вредный незаконный акт, по меньшей мере совместно с исследованием всей личности человека, если вообще не делает это необходимым. Такое исследование почти неизбежно вело от вопросов умысла и осознания к вопросам воззрений, мотивировок и нравственного облика. Канонисты это всячески приветствовали, ибо после разделения светского и церковного уголовного права именно греховность поступка, а не только противоправность деяния в конечном счете определяла передачу дел о преступных грехах в ведение церковного суда.

Тесная взаимосвязь между преступлением и грехом в каноническом праве также проявляется в нормах, впервые систематически разработанных в XII в. и касающихся оправдания и освобождения от ответственности за действия, считающиеся бы иначе преступными. Было принято, что действия лица, совершившего умышленное нападение, могут быть оправданы самозащитой или защитой других, или же это лицо может быть освобождено от ответственности, потому что оно осуществляло должностные полномочия, или не подлежит уголовной ответственности в силу своей молодости или ряда других оснований. Здесь также канонисты (отчасти опираясь на Кодификацию Юстиниана) создавали уголовное право нового времени, хотя основания у них были иные. Они-то беспокоились прежде всего не о вине, а о грехе⁴⁸. Опять оценка оснований для оправдания или извинения действий сливалась с оценкой мотивов, воззрений и нравственного облика личности.

Можно проиллюстрировать эти соображения с помощью дела, широко обсуждавшегося в XII и XIII вв. Разбойники ворвались в монастырь, избili двух монахов и забрали их одежду. Монахи собрались с силами, одолели разбойников и связали их. Один из братьев отправился известить о случившемся главу капитула, оставив второго стеречь грабителей. Пленники начали освобождаться от пут, и тогда оставшийся брат, чтобы не быть убитым ими, убил обоих. Дело было доложено Александру III, знаменитому папе-юристу XII столетия, который объявил и связывание разбойников, и их убийство преступными грехами. Братья нарушили принцип кротости, которая от них требовалась как от монахов, а также нарушили церковную дисциплину. Они

пренебрегли наставлением Христа, что, если кто-нибудь захочет взять у тебя рубашку, ты должен отдать ему и верхнюю одежду. Куттнер пишет: “Многие канонисты ссылались на эту декреталию как довод против допустимости убийства вора клириком или против права клирика с оружием в руках защищать имущество, или вообще против использования силы для самообороны любым, кто (как монахи) стремится к евангельскому совершенству. Однако было бы правильное интерпретировать решение Александра с учетом обстоятельств данного дела в соответствии с общей доктриной самообороны, а не рассматривать его как проблему [оправдания] убийства вора; ибо второй монах напал на грабителей не ради имущества, а для защиты своей жизни... [Однако] эта ситуация самообороны была создана предварительным связыванием грабителей, а это было недопустимо, так как первое нападение было отражено и монахи могли спастись другим путем. Таким образом, связывание грабителей можно рассматривать... как *culpa graecedens* [предшествующая вина] по отношению к убийству в целях самообороны; и потому решение Александра гармонировало с общей теорией [привилегии] самообороны”⁴⁹.

Это дело служит примером тесной взаимосвязи в каноническом праве между преступлением и грехом, то есть между проступками, направленными против правового порядка церкви, и проступками, направленными против Бога. В рамках уголовного права, без ссылки на грех, можно обосновать норму, позволяющую одному человеку убить другого для предотвращения своей гибели от его руки. Аналогично можно обосновать норму, не позволяющую человеку убивать другого и устанавливающую уголовную ответственность в тех случаях, когда убийство было совершено для предотвращения кражи имущества. Решение папы Александра III вводит, однако, два дополнительных фактора.

Первое. Убийца — духовное лицо, более того, монах. Каноническое право твердо соблюдало принцип, что совершающий преступное деяние клирик совершает больший грех, чем виновный в таком же деянии мирянин. Более того, монах не обыкновенный клирик, а тот, который “умер для мира сего” и приступил к совершенной жизни. Поэтому он подлежит еще более высоким критериям оценки.

Второе. Обыкновенная норма, оправдывающая убийство, когда оно совершено в состоянии необходимой обороны, подлежит важной оговорке, введенной канонистами: человек, защищающий свою жизнь, не должен сам неправомерно создавать угрозу ей. Юридически это считалось “предшествующей виной”, но налицо юридическая фикция, так как подразумеваемое преступление состоит не в неправомерном создании опасности последующего нападения, а в убийстве за пределами необходимой обороны. Можно провести аналогию с нормой, что человек, убивший другого в состоянии опьянения, все равно подлежит ответственности за убийство, потому что добровольное опьянение его не оправдывает. Если судить на основании внешних признаков, такой человек должен подлежать ответственности не за умышленное убийство, а за умышленное приведение себя в опьянение с осознанием возможности впасть в невменяемое состояние и убить кого-нибудь. Если же на основании юридической фикции его признают виновным в умышленном убийстве, хотя он и не имел умысла убивать, есть основание сказать, что “реальное преступление” — это грех пьянства.

Канонисты изобрели слово для отличия юридической греховности от юридической вины, то есть от вины, определяемой юридическими критериями, такими, как тяжесть деяния, умысел на его совершение, непосредственные причины. Ранее они позаимствовали слово “вина” из римского юридического термина “culpa”. Качество греховности лица, совершившего преступный грех, они описывали новым словом “contemptus”, которое, хотя так и не было точно определено, использовалось для обозначения презрения, пренебрежения, вызова, упрямства, предвзятости или, с противоположной точки зрения, гордости или переоценки своей значимости. Например, грех Адама заключался в завышенной самооценке, проявившейся в презрительном вызове закону Бога⁵⁰.

Подчеркивая субъективные факторы уголовной ответственности, канонисты использовали различия, сложившиеся в более ранней римской науке права, но превратили их в более сложные и весьма дифференцированные понятия. Такие римские термины, как imputabilitas (вменение), culpa (вина), dolus (злой умысел, преднамеренность), систематически анализировались под углом точного определения состояния сознания субъекта (субъективный аспект) и деталей обстоятельств поступка (объективный аспект). Напротив, римское уголовное право и раньше, и особенно в эпоху Юстиниана, не особенно интересовалось нравственной стороной конкретного преступного деяния; скорее, оно занималось тем, что мы сегодня назвали бы защитой интересов и реализацией правовых постулатов. Значительная часть римского уголовного права разрабатывалась по аналогии с нормами, регулирующими отношения собственности, договоров и возмещения вреда. В послеклассический период, когда усилилась императорская власть, возросло как число видов противоправного поведения, подлежащих императорской юрисдикции, так и суровость санкций. Однако это не сопровождалось акцентом на наказание безнравственности (греха) как таковой. Только в монашеских книгах покаяний моральное негодование и нравственное перевоспитание стали предметом первостепенного правового внимания, и именно на монашеской практике “тщательного и подробного исследования обстоятельств греха... [и] точного исследования намерения в каждом данном случае... и внешних обстоятельств деяния”, канонисты конца XI—XII в. построили свои доктрины субъективных и объективных аспектов преступления⁵¹.

Поражают как единство, так и сложность нового канонического уголовного права. С одной стороны, здесь имелась целостная теория уголовного права, подкреплявшая и объяснявшая церковную практику дисциплинирования армии духовенства и поддержания нравственного и идеологического уровня среди мирян. С другой стороны, здесь имелись сложные различия: между божественным правом (включая божественное уголовное право) и человеческим правом; в человеческом праве — между церковным и светским правом; в церковном праве — между грехом и преступлением. Более того, самой жгучей проблемой и в теории и в практике было разграничение между ролью церкви по обеспечению дисциплины ее собственной армии духовенства и ее же ролью в поддержании нравственного и идеологического уровня среди мирян. Духовные лица подлежали церковному суду за любые преступления. Убийство, кража, поджог, членовредительство — любое деяние, запрещенное любыми светскими властями, будь они племенные, местные, феодальные, королевские или императорские, совершенное клириком, могло оказаться в ком-

петенции церковного суда. Совершенно независимо от технических вопросов параллельных юрисдикций любое серьезное нарушение мира могло быть либо светским преступлением, либо церковным, будучи совершено членом духовного сословия. Несомненно, объяснение здесь политическое: церковь как политико-правовой организм стремилась сохранять контроль над своими функционерами. Есть и теологическое и этическое или, как сказали бы теперь, идеологическое объяснение: духовенство было элитой, и то, что для мирянина могло считаться простым нарушением мира, для клирика могло обернуться нарушением гораздо более высокого долга.

Какое бы объяснение мы ни приняли, однако перед церковью стоял серьезный практический правовой вопрос: оставлять ли определение “светских” преступлений (убийство, кража, поджог и т.п.), совершенных духовными лицами, светским властям или же церковь сама должна дать определение этим преступлениям? Ответ на этот вопрос добавляет еще одно измерение к анализу соотношения преступления и греха. Церковь не пыталась дать определение отдельным светским преступлениям. Однако она дала свои собственные определения тем условиям, при которых светские преступления, будучи совершены клириками, становились грехами. Например, когда эти преступления были достаточно тяжкими в нравственном смысле и вызывающими по отношению к церкви; были совершены с умыслом; были непосредственной причиной общественно опасных последствий; не были оправданы самозащитой или другими видами оправдания; не влекли освобождения от наказания, будучи совершены по должности или согласно какой-нибудь привилегии, и когда они демонстрировали *contemptus* обвиняемого.

Отношение к делу и существенность исследования греховности становится еще яснее, как только мы вспомним, каковы были главные санкции, налагавшиеся церковными судами на клириков. Это были следующие меры: разжалование (то есть окончательное лишение всех церковных должностей и прав); смещение с определенных должностей; лишение права отправления таинств на определенный срок; обязанность совершать богоугодные дела; возмещение ущерба пострадавшим; подвиги благочестия, такие, как пост и паломничество, а для самых злостных преступников — отлучение от церкви. Отлучение могло принимать разнообразные формы, от запрещения участвовать в таинствах до полного исключения из церкви (что было равносильно полному ostracismu). Однако церковный суд мог отложить отлучение с тем условием, что провинившийся любым способом восполнит причиненный им ущерб, а это включало как компенсацию жертве, так и добрые дела, например дары бедным или паломничество к каким-нибудь святым мощам.

Итак, если посмотреть на юрисдикцию церкви только над духовенством, поражает скорее “уголовная”, а не “греховная” сторона канонического права.

Что касается другой части уголовной юрисдикции церкви — над мирянами, то там церковь претендовала только на ограниченную компетенцию, и не из скромности, а в результате сознательной политики. В целом акты насилия среди мирян должно было наказывать светское уголовное право; светская власть в первую очередь для этого и существовала. Миряне подлежали уголовной ответственности в церковных судах только за проступки, в целом подпадавшие под следующие категории: ересь, святотатство, колдовство, ве-

довство, ростовщичество, клевета, определенные половые и брачные проступки (гомосексуализм, прелюбодеяние и другие), осквернение религиозных мест кражей или иным способом, нанесение телесных повреждений клирикам. Иными словами, церковь настаивала на своей компетенции в отношении определенных видов преступлений мирян, включающих сильный нравственный и идеологический элемент и (обычно) не связанных с насилием, а также в отношении преступлений против церковной собственности и духовных лиц. И вновь элемент греховности в проступке являлся очень важным основанием для притязаний церкви на юрисдикцию в отношении него.

Касательно мирян церковные санкции также носили не столько физический, сколько моральный и экономический характер: богоугодные дела, пост, возмещение, добрые дела, и в конце концов отлучение, в том числе с откладыванием приговора, с условием, что провинившийся возместит ущерб жертвам, совершит благотворительные поступки или дела благочестия и т.д. На практике принцип возмещения вреда заставлял каноническое право идти на некоторые компромиссы с принципом греховности. Финансовая ответственность налагалась иногда на невиновных третьих лиц, связанных с виновником, — наследников, членов семьи, юридических лиц, ассоциации, особенно если бывали задеты экономические интересы церкви.

Западное уголовное право возникло из убеждения, что справедливость сама по себе и в себе, справедливость *an sich*, требует, чтобы за нарушение закона было заплачено наказанием, и что это наказание должно соответствовать нарушению. Считалось, что система различных цен, уплачиваемых за различные нарушения, себя оправдывает. Это была справедливость самого Бога. Эта мысль нашла отражение не только в уголовном праве, но и во всех отраслях нового канонического права начиная с XII в., и она находила все большее отражение в различных отраслях новых светских правовых систем, которые начали развиваться одновременно с ним. Было сказано, что договоры должны соблюдаться, а если не так, следует платить за их нарушение. Гражданские правонарушения должны компенсироваться платой, эквивалентной ущербу. Права собственности должны восстанавливаться теми, кто их нарушил. Эти и подобные принципы столь глубоко укоренились в сознании, более того, в священных ценностях западного общества, что уже трудно представить себе правовой порядок, основанный на иных принципах и ценностях. И однако современные незападные культуры имеют правовые порядки, основанные на принципах и ценностях иного рода, и так же обстояло дело в культуре Европы до XI—XII вв. В некоторых правовых порядках господствуют идеи судьбы и чести, мести и примирения. В других доминируют идеи завета и общины, в третьих — идеи устранения и восстановления в правах.

Западные концепции права по своему происхождению, а значит, и по природе тесно связаны с западными теологическими и литургическими понятиями искупления и таинств. Новый церковный праздник, День Всех Душ, введенный в XI в., символизировал представление человека Запада о Судном дне как всеобщем Дне Закона, когда все когда-либо жившие души предстанут перед Христом Судией, чтобы дать отчет в своих грехах, и будут либо навечно приговорены, либо оправданы.

На этой основе была построена новая концепция чистилища: крещенные христиане, умершие с покаянием, могли быть уверены, что их природная

склонность к греху уже прощена и что их реальные грехи можно будет полностью искупить соответствующим наказанием в этой жизни и в следующей, до наступления последнего дня. В этой концепции Христос рассматривался уже не как в первую очередь Судья, а как божественный Брат, чья жертва на кресте послужила примирению Бога и человека. Новый акцент на искупление был в свою очередь связан с новой символикой в праздновании таинства причащения. Считалось, что выполнение священником определенных действий и произнесение им определенных слов превращают хлеб в духовное тело Христа. Так искушение, с его парадоксальным следствием в виде божественного прощения и божественного наказания, многократно повторялось и входило в жизнь верующих. При таком понимании божественной справедливости казалось совершенно естественным создать параллельную концепцию человеческой справедливости. Как Бог правит через право, так и церковные и светские власти, возведенные им в должность, провозглашают правовые принципы, налагают соответствующие санкции и определяют меры защиты прав в случае их нарушения. Они не могут, как Бог, прямо заглядывать в души людей, но они могут найти способ приблизиться к суждению Бога.

Однако наш анализ нуждается в важной оговорке. Шаги по выведению западной юриспруденции из теологии XI—XII вв. были не такими естественными, как казалось тем, кто их делал. Движение от Ансельма к Абеляру и к Грациану было на каждой своей стадии продуктом не одного лишь разума, а и напряженности между разумом и верой, наукой и мистикой, правом и визионерством. Собственная вера Ансельма в разум сопровождалась глубоким благочестием и поэтичным сознанием господней милости. Он говорил, что разум только докажет то, что вера знает и так, и что его анализ “одним лишь разумом” предназначен для интеллектуального “восторга”. Точно так же Абеляр — скептический схоласт был и Абеляром — ревностным верующим, а также страстным влюбленным и автором известных всей Европе любовных песен. Великий правовой трактат Грациана полон изощреннейших мифологических приемов примирения непримиримого ради справедливости и во славу Господа.

Когда думаешь о XII столетии как великом веке создания правовых институтов и правовых понятий, надо вспомнить и Бернара Клервоского, смертельного врага Абеляра, святость которого была известна всему христианскому миру не менее, чем скандальные похождения знаменитого схоласта. В 1129 г. на Реймском соборе под председательством папы Иннокентия II Бернар осудил изучение римского права, которое тогда было единственным систематически изучавшимся правом, ведь трактат Грациана (который ввел каноническое право в университетскую программу) будет написан лишь через десять лет; собор запретил монахам изучать римское право. (Несмотря на то что этот запрет был повторен на Клермонском соборе в 1130 г. и на Турском соборе в 1163 г., римское право по-прежнему широко преподавалось монахам и некоторым монахам тоже.) Бернар также осудил легализм папской курии и призвал вернуться к духовности. Нынешние теологи православной церкви рассматривают Бернара Клервоского как союзника в то время, когда в западной теологии громче звучали чуждые их верования голоса.

Нельзя понять Абеляра без Бернара или Бернара без Абеляра. Нельзя понять и фундаментальных изменений в теологии и юриспруденции, проис-

педших на Западе в конце XI и в XII в., не поняв, что их характер отчасти происходит от более мистических и романтических тенденций этой эпохи. Символом этих тенденций были не только жизнь и учение таких людей, как Св.Бернар, но и культ Девы Марии (ведь именно она первая милосердно заступится за грешников перед Верховным Судией)⁵² и возникновение рыцарства и куртуазной любви⁵³. В самом праве милосердие утвердилось как принцип под греко-римским именем *aequitas* (“equity”, “право справедливости”). В “каноническом праве справедливости” суровость буквы закона должна была смягчаться в исключительных случаях, когда этого требовали добросовестность, честность, совесть или милосердие⁵⁴.

Борьба и напряженность между рациональными, научными и формалистическими воззрениями, с одной стороны, и мистическими, поэтическими и харизматическими — с другой, помогают объяснить, почему новой юриспруденции понадобились три поколения, чтобы утвердиться, и многие века, чтобы пройти свой путь, и почему она впоследствии была поставлена под сомнение другими революциями.

За этими соперничающими воззрениями стояло революционное разделение западного общества на две политические сферы: духовную и светскую — и дальнейшее подразделение светской сферы на королевскую, феодалную, городскую и другие политии. Вера в Бога справедливости, который управляет законной вселенной, наказывая и награждая согласно принципам соразмерности, которые милосердно смягчаются в исключительных случаях, соответствовала вере в сложный социальный организм, христианский мир, в котором диалектика взаимодействующих сфер и политий регулировалась такого же рода справедливостью, основанной на законе, и законом, основанном на справедливости, и где исключительную роль играло милосердие. Более того, за сложным диалектическим единством в пространстве стояла историческая диалектика во времени — революционный разрыв между древним и новым и эволюционное развитие нового. Подобно тому как каждый человек в своей жизни движется к чистилищу, а через него к Страшному суду, пожиная награды и наказания за выбор между добром и злом, так и различные сообщества, в которых человек живет, двигаются сквозь время к исполнению предназначения каждого из них. И их движение тоже отвечает праву. Это и была фундаментальная концепция западной традиции права, порожденная теологическими метафорами и аналогиями, — концепция общества, которое способно трансформироваться во времени благодаря быстрому и постоянному вливанию божественного права в его церковные и светские правовые институты.

Начиная с XVI в. легализм католической церкви постоянно терпит нападки со стороны протестантизма. Мартин Лютер отвергал концепцию зримой корпоративной церкви, объединенной правом; он сжег книги канонического права отчасти и для того, чтобы выразить свое убеждение в том, что истинная церковь не может иметь никакого юридического характера, ибо она — невидимая общность верующих.

Несмотря на это, Лютер также страстно верил в ценность права, то есть светского права Государя, права государства, под которым он просто понимал закон христианского государя. Так католическое представление о вливании божественного и естественного права в правовые учреждения было про-

должно лютеранством, но только в отношении светских, а не церковных правовых институтов. Церковь отныне выглядела как чисто духовное сообщество, сосуществующее с определенным светским укладом, тогда как между XI и XV вв. многие светские уклады сосуществовали и взаимодействовали с *ius sapientie ecclesie*. Однако для протестантизма и в его лютеранской, и в его кальвинистской форме Бог оставался Богом справедливости, и совокупность церковного и светского права “средневековой” (как стали говорить с XVI в.) Европы была в значительной степени перенесена в право “нового” государства.

С переносом основных правотворческих и правоприменительных функций в исключительную компетенцию национального государства была заложена основа для отделения юриспруденции от теологии и в конце концов для полной секуляризации правового мышления. Это произошло не сразу, так как господствующая система убеждений на Западе оставалась христианской. Только в XX в. христианские основы западного права были почти целиком отброшены.

Такое развитие событий является историческим следствием западного убеждения, впервые изложенного Св.Ансельмом, что сама теология должна изучаться независимо от откровения. Ансельм не собирался возвышать разум за счет веры. Однако, как только разум отделили от веры в целях анализа, эти два понятия стали разделять и для других целей. Постепенно стала общей идея, что разум способен функционировать и сам по себе, а в итоге — без каких-либо основополагающих религиозных убеждений вообще.

В результате такого же хода мысли было постепенно признано само собой разумеющимся, что право как продукт разума способно функционировать как инструмент светской власти в отрыве от высших ценностей и целей; и не только религиозная вера, но и страстная убежденность стали считаться личным делом каждого. Так не только правовая мысль, но и само здание западных правовых институтов было снято со своего духовного фундамента, а этот фундамент лишился когда-то возвышавшегося над ним строения.

5.

КАНОНИЧЕСКОЕ ПРАВО: ПЕРВАЯ ЗАПАДНАЯ СИСТЕМА ПРАВА НОВОГО ВРЕМЕНИ

Утверждая, что впервые была создана система канонического права, или, иначе говоря, право церкви стало систематизированным, в течение полутора веков между 1050 и 1200 гг., мы вовсе не отрицаем существование правового порядка в церкви с ее зарождения. Сам Новый завет, особенно в Посланиях апостола Павла и Деяниях апостолов, свидетельствует, что внутри христианской общины существовали юридически конституированные власти, которые провозглашали и применяли нормы, касающиеся учения церкви, богослужения, морали, дисциплины и структуры церкви¹. С давних времен старейшины (епископы) судили споры между христианами и налагали санкции за совершенные ими проступки. Такие книги, как “Didache” I в., “Didascalia Apostolorum” (“Учения апостолов”) III в. и “Constitutiones Apostolorum” (“Предписания апостолов”) IV в., содержали многие церковные нормы, предназначенные регулировать поведение и служить основой церковного судебного разбирательства². В III и IV вв. местные церковные соборы (синоды) в Северной Африке и в Арле издавали законы, а в 325 г. в Никее состоялся первый вселенский (экуменический) собор, который принял много законов³. В то время греческое слово *kanon*, первоначально имевшее значение “прямой прут”, затем “измерительная палочка”, а впоследствии “правило” или “норма”, стало приобретать специальное правовое значение — закона, изданного синодом, вселенским собором или даже отдельным епископом. (Слово “канон” стали также использовать для обозначения истинного, или “канонического”, списка книг Святого писания наравне со списком лиц, законным образом признанных, или канонизированных, святыми. Еще одно значение относится к “каноникам” — членам соборного капитула, уполномоченным местным епископом служить в храме.)

На протяжении столетий число канонов, изданных синодами и вселенскими соборами, а также отдельными епископами, множилось, и их время от

времени сводили в неофициальные сборники. Эти сборники содержали также нормы, изложенные в Писании и трудах отцов церкви, декретальные письма и решения патриархов, пап и епископов, наряду с рескриптами и постановлениями римских императоров и другими нормами, касавшимися церкви⁴. Ни один из этих сборников не позволял говорить о наличии осознанной правовой системы. Ни один из них не претендовал на полноту или универсальность. В более ранних компиляциях содержание было организовано по хронологическому принципу; позднее некоторые сборники строились по предметным рубрикам, и отдельные из них носили юридический характер. Все эти сборники соединяли правовые нормы с нравственными предписаниями, теологическими доктринами и литургическими формулами. Тем не менее имелось много норм, и включенных, и не включенных в юридические рубрики, которые касались правовых вопросов: 1) церковные финансы и собственность, например десятины; 2) благотворительные отказы имуществу; право владения, пользования и распоряжения церковными землями и зданиями; 3) церковная власть (власть назначать на церковные должности, процедуры улаживания споров между священниками, дисциплинарные санкции); 4) отношения между церковными и светскими властями, например исключение духовенства из подсудности светским судам в определенных случаях; 5) преступления, например перечень покаяний, налагаемых за разные проступки, включая убийства и лжесвидетельство; 6) брачно-семейные отношения, например препятствия к заключению брака, законнорожденность детей, расторжение брачных уз.

Эти церковные законы как на Западе, так и на Востоке испытали сильное влияние римского права. Были заимствованы различные понятия и нормы классического и постклассического римского права, особенно в вопросах собственности, наследования и договоров. В дополнение к этому компиляции Юстиниана и его преемников на Востоке содержали большое количество императорских предписаний относительно литургии и теологии, равно как и церковной власти⁵. На Западе церковные предписания частенько издавались королями и императорами. Франкские императоры даже заявляли, что унаследовали власть над церковью вместе с мантией римского императора. Более того, в раздробленной на кланы Западной Европе считалось, что церковь — носительница римского права, и кодекс рипуарских франков VIII в. (*Lex Ribuaria*) прямо заявлял: "*Ecclesia vivit jure Romano*" ("Церковь живет по римскому закону"). Это означало, что как каждый человек нес с собой закон своего клана и должен быть судим по нему, где бы он ни оказался, так церковь должна была нести с собой римское право.

Кроме того, законы церкви в первое тысячелетие ее истории несли на себе сильную печать Библии, в особенности Ветхого завета. Из Библии церковь выводила авторитет Десяти заповедей и многие нравственные принципы, сформулированные как божественные наставления. Сверх того, от Библии перешла всепроникающая вера во вселенский порядок, управляемый Господом, который одновременно верховный законодатель и верховный судья. В качестве наследницы традиции Израиля церковь принимала всерьез учение о божественно-покровительственном характере права, его всеприсутствию в божественном мироздании. Более того, многие конкретные нормы поведения, содержащиеся в Ветхом и Новом заветах, равно как и многие библейские примеры и метафоры, были перенесены в церковные каноны.

Конечно, правовые понятия и нормы, господствовавшие в церкви на Западе с V по X в., испытывали влияние не только римского и библейского права, но в особенности народного права германских племен, в центре которого стояли такие понятия, как честь, клятва, возмездие, примирение и коллективная ответственность.

Существование вплоть до XI в. большого количества церковных законов, которые регулировали широкий спектр отношений и внутри церкви и между церковью и светскими властями, заставило многих ученых усомниться в справедливости утверждения Рудольфа Зома, великого немецкого историка права. Зом считал, что “старокатолическое” церковное право, как он его называл, было по природе своей сакраментальным, духовным и теологическим, и что только после трактата Грациана каноническое право стало наконец “правовым” в нынешнем значении этого слова⁶. Зом утверждал, что до XII в. церковь была, по сути, духовным или сакраментальным сообществом, а не правовым. Однако, как указал Стефан Куттнер, “переплетение “духовной” и “материальной”, корпоративной сторон Церкви старо, как сама Церковь и... коренится в двойственной природе Церкви как духовного сообщества и корпоративного общества в одно и то же время. В данном случае Зом не сумел разглядеть действия “правового” элемента в старом каноническом праве, это отчасти можно отнести на счет отрицания им лежащего в самой основе дуализма, т.е. существования и сакраментального, и юрисдикционного элементов в праве первоначальной и древней церкви”⁷.

Невзирая на эти оговорки, можно, пожалуй, извлечь истинное и важное из тезиса Зома. Общепризнано, что вплоть до конца XI в. материальная и корпоративная сторона церкви была слита с ее духовной и сакраментальной стороной в гораздо большей степени, чем потом. Профессор Куттнер, возможно, согласился бы, что “лежащий в основе дуализм”, о котором он говорит и который стал так заметен в столетие после правления папы Григория VII, в тот давний период не ощущался как “лежащий в основе”, во всяком случае далеко не в такой степени. Различия между священным и профанным были гораздо менее выражены. Юрисдикционный элемент церковного права мыслился как неотъемлемая часть сакраментального элемента, который охватывал не только такие литургические события, как крещение, брак и посвящение в сан, но и несчетное число нравственных и духовных действий и обрядов. Это было связано с высокой степенью гетерогенности и ярко выраженным местным характером церквей в догригорианском христианском мире.

Говоря конкретнее, “переплетение” (выражение Куттнера) церковного права с литургией и теологией было столь прочным, что никому явно не приходило в голову выделять правовые аспекты и превращать их в некую систему. В самом деле, в сборниках церковных законов, составленных до XI в., правовые нормы были полностью смешаны с нормами (и высказываниями ненормативного характера), касающимися богослужения и веры. Термин “каноническое право” (*jus canonicum*) не применялся регулярно до XII столетия, а выражение “*jus ecclesiasticum*” относилось к той части императорского, королевского или феодального права, которая регулировала церковные отношения. Существовали церковные законы, правовой порядок внутри церкви, но не было системы церковного права, то есть не было независимого, единого, развивающегося свода церковных правовых принципов и процедур, ясно отличимых от литургии и теологии.

Систематизация законов церкви в конце XI—XII в. имела самое прямое отношение к Папской революции во всех ее аспектах. Уже в 1050 г., в самом начале движения за реформу, был опубликован сборник канонов и других текстов под названием “Собрание 74 титулов”. Этот сборник пытался найти правовое обоснование верховенства папы над церковью и независимости церкви от светской власти, обращаясь к декреталиям первых пап и римских соборов. За ним последовали другие аналогичные сборники — Ансельма Луккского, кардинала Деуседита и других ведущих реформаторов. В период между смертью папы Григория VII и трактатом Грациана появилось множество новых собраний. В 1090-х гг. в произведениях Ивона Шартрского впервые была сделана попытка дать связанное изображение всего права церкви (“*Rapportia*”, то есть “все право”, как он сам называл его). Этот всплеск юридической науки свидетельствует не только о возникновении сплоченной группы канонистов, но и о том важном значении, которое лидеры Папской революции придавали каноническому праву. Такое развитие событий было тесно связано с провозглашением папством своего права законодательствовать. Впервые Григорий VII заявил о полномочиях папы “создавать новые законы в соответствии с нуждами времени”⁸. Эти новые законы, названные декреталиями, которые издавал сам Григорий и его преемники, считались не просто частичными дополнениями к уже существующим канонам, а совершенно новыми установлениями. Таким путем в истории церковного права появилась революционная периодизация и на ее основе стало возможным обобщать законы. Это движение по обобщению законов достигло кульминации в 1140 г. в великом трактате Грациана, который был немедленно признан окончательным обобщением так называемого “*jus antiquum*” и объединением его с так называемым “*jus novum*”. Выражения “старое право” и “новое право”, обычно используемые применительно к периоду сразу после Грациана, фактически подразумевались в разделении источников канонического права на две группы — (старых) соборных канонов и (новых) папских декреталей. Ученик Грациана Гугуччи разработал учение о том, что “декреталии выше канона”, так как папа издает свои декреталии, “опираясь на достоверное знание, согласно закону”⁹. Таким образом, система канонического права, в понимании Грациана, опиралась на постулат, что организм права — не мертвое тело, а живое, “*corpus*” (лат. “тело”), а не “*corpse*” (англ. “труп”); этот организм имеет корни в прошлом, но растет в будущее. В противоположность иногда высказываемому мнению эта концепция эволюции права отнюдь не является изобретением Эдмунда Берка, Фридриха фон Савиньи и “исторической школы” XVIII—XIX вв.¹⁰ Она была основополагающей для западных юристов и неюристов начиная с конца XI и в XII в. сначала в церковной сфере, а потом и в светской

Эти взаимосвязанные элементы. 1) периодизация права на старое и новое; 2) обобщение и объединение их в единую структуру; 3) представление о движении всего свода права во времени, в поступательном процессе — и есть определяющие черты западной традиции права.

Книга Грациана, которая сама рассматривалась как часть поступательного движения права, почти сразу получила признание в качестве авторитетного изложения канонического права. Эта книга не только заняла свое место рядом с римскими юридическими текстами как главный предмет изучения в европейских школах права, но на ее авторитет ссылались папы, цер-

ковные соборы, церковные суды. Имея относительно свободную организацию и открытую структуру, трактат Грациана словно предназначался для глоссирования и обобщения. И действительно, вскоре глоссы, комментарии, трактаты и монографии по нему появились в изобилии.

На построенном трудом Грациана фундаменте стало возможным возвести здание не только научных глосс и обобщений, но и судебных решений и законодательства. Папа Александр III (1159—1181), сам знаменитый юрист (под именем Роландо Бандинелли) и бывший ученик Грациана, издал множество декреталий, из которых сохранилось семьсот. Многие из этих декреталий являются по существу выводами из разрешенных дел, то есть нормами права, выражающими логический смысл решений. Папа Александр III созвал Третий Латеранский собор в 1179 г., а папа Иннокентий III, тоже выдающийся юрист, в 1215 г. созвал Четвертый Латеранский собор; эти соборы породили сотни новых законов (Они проводились в Латеранском дворце в Риме, который одновременно использовался как кафедральный собор.) В последнее десятилетие XII и в первые десятилетия XIII в. были подготовлены пять крупных систематических компиляций декреталий. Наконец, при папе Григории IX вышло полное собрание декреталий, состоявшее примерно из двух тысяч разделов, в котором обобщался и систематизировался почти столетний труд; вместе с “*Decretum*” Грациана, “Декреталии” Григория IX оставались основным сводом канонического права католической церкви вплоть до принятия в 1918 г. “Кодекса канонического права”¹¹.

Ученые-юристы глоссировали, комментировали и обобщали эти компиляции, папы даже официально направляли их прямо в университеты. С точки зрения тесной связи юридической науки и юридической практики, а также диалектического характера науки права, проявившегося в глоссировании и обобщении авторитетных текстов, новая развивающаяся система канонического права оказала формирующее влияние на западные понятия о природе правовой системы.

Систематизация канонического права не была, однако, делом чисто интеллектуальным. Напряженность между новым и старым, целым и частями, теорией и практикой нельзя было привести в гармонию одними лишь книгами и лекциями, хотя наука права действительно играла важную роль в этом процессе. Одной теологии, и даже теологии вместе с юриспруденцией, тоже не удалось бы сохранить целостность правовой системы. Было совершенно необходимо, чтобы в само действующее право были встроены гармонизирующие элементы.

ОТНОШЕНИЕ КАНОНИЧЕСКОГО ПРАВА К РИМСКОМУ ПРАВУ

Иногда говорят, что новая система канонического права была “отпрыском” римского права Юстиниана¹² и что “великие кодификации, составляющие “*Corpus Juris Canonici*”, составлены по образцу кодификаций “*Corpus Juris Civilis*”¹³. Подобные утверждения по меньшей мере требуют уточнения. Происхождение канонического права следует возводить не к римскому праву Византии VI в., а к возрожденному и измененному “романистскому” праву христианского мира XI и XII вв. Однако даже с этим уточнением мысль о

том, что каноническое право каким-то образом создавалось по образцу римского, основана на серьезных заблуждениях. Канонисты в изобилии использовали римское право (как его понимали в то время), библейское право и германское. Все виды права они использовали в качестве источников. Таким образом, в известном смысле можно говорить о “романо-канонической” правовой системе. Канонисты также разделяли со своими современниками — знатоками римского права — одни и те же основные теории природы и функций права и те же основные методы анализа и синтеза противоположностей. Эти теории специалисты римского права в той же мере заимствовали у них, и наоборот. На практике не только теории и методы, но и многие конкретные правовые понятия и институты были перенесены в тогдашнюю науку римского права из новой науки канонического права¹⁴.

Сравнение римского права и канонического права в конце XI, в XII и XIII столетиях затрудняется тем обстоятельством, что каноническое право было действующим правом церкви, а римское право не являлось таковым ни в одном политическом образовании на Западе. Конечно, римское право действовало в Восточной Римской империи, Византии, однако это отнюдь не было римское право “*corpus juris Romani*”, как его понимали западные ученые. На Западе римское право Юстиниана считалось идеальным правом, писаным воплощением разума, *ratio scripta*, принципы которого должны руководить правовым регулированием повсюду, и в церкви, и в светских государствах. Юристы обращались к Кодификации Юстиниана, как и к закону Моисееву, к Аристотелю, считая их источниками действующего права. Верно, что со времен Карла Великого императоры Запада претендовали на звание преемников власти императоров Древнего Рима, с открытием текстов Юстиниана западные императоры, как и папы, стали опираться на них. Но “Священная Римская империя германской нации”¹⁵ управлялась законами, установленными западными императорами, да еще наложенными на племенные (клановые), местные, феодальные, городские, торговые, церковные и прочие конкретные законы. Нормы, понятия и институты римского права только тогда становились действующим правом Западной империи, равно как и западной церкви, когда их четко вводили в это действующее право через законодательство или с помощью юридического толкования. Римское право называли “служанкой канонического права”. С тем же успехом его можно было назвать служанкой императорского и служанкой действующего права возникших светских королевств и городов-государств. Однако оно было служанкой всегда. Ошибаются те ученые, которые полагают, будто Восточная Римская империя Юстиниана каким-то образом продолжала существовать на Западе как политическая реальность¹⁶.

Быть может, самое важное различие между римским и каноническим правом на Западе состояло в том, что римское право, за редкими исключениями, воспринималось как законченное, неподвижное, подлежащее перетолкованию, но не изменению¹⁷. Напротив, каноническое право, хотя и пришло тоже из прошлого, было не закончено, оно постоянно переделывалось, имело качества органического развития, сознательного роста на протяжении поколений и веков. От этого оно было несколько неупорядоченным, что, возможно, делало его как интеллектуальное упражнение менее привлекательным, чем римское право¹⁸, однако наверняка гораздо более интересным и с нравствен-

ной и с политической точек зрения. Ибо его “неупорядоченность” как науки была необходимой частью его динамического качества как системы — его движения из прошлого в будущее. Существование такого временного измерения — это существенная черта западных правовых систем нового времени.

КОНСТИТУЦИОННЫЕ ОСНОВАНИЯ СИСТЕМЫ КАНОНИЧЕСКОГО ПРАВА

Гармонизирующие, или структурные, элементы канонического права, которые помогли ему сделаться независимой, целостной, развивающейся системой, отчасти происходили из конституции церкви, как она понималась в конце XI и в XII в. Слово “конституция” здесь употребляется в его современном значении для обозначения местонахождения и пределов суверенитета, процесса избрания правителей, распределения законодательных, исполнительных и судебных полномочий, объема власти правительства, основных прав и обязанностей подданных. Такое употребление может показаться анахронизмом, ибо церковь не только была лишена в XI—XII вв. формальной конституции, но и еще не привела в систему свое каноническое право. Наибольшим приближением канонистов к созданию подсистемы конституционного права внутри свода канонического права была разработка ими права корпораций и применение его к церковной политической организации. Тем не менее определенные фундаментальные конституционные принципы были общепризнаны, и вот они-то и легли в основу новой системы канонического права в целом.

Опираясь на григорианскую реформу и в особенности на “Dictates” Григория 1075 г., канонисты конца XII и XIII в. закрепляли за папой высшую правительственную власть (“*imprium*”) в церкви. Папа был главой церкви, все остальные христиане были частями ее тела, ее членами. Папа обладал полнотой авторитета (*plenitudo auctoritatis*) и полнотой власти (*plenitudo potestatis*)¹⁹. Хотя на практике полномочия папы были ограничены, они возрастали постепенно, особенно в XIII и XIV вв. Тем не менее по закону, начиная с эпохи Григория VII, папа был верховным законодателем, верховным правителем, верховным судьей. Он мог создавать законы, устанавливать налоги, наказывать за преступления, учреждать и упразднять епархии, мог распоряжаться церковными бенефициями и имел последнее слово в отношении приобретения, управления и отчуждения церковной собственности. Все действия и решения должностных лиц или органов церкви, например решения церковных судов или спорные выборы епископов, можно было обжаловать ему. Кроме того, он был вселенским судьей первой инстанции: любой христианин мог обратиться к нему по любому вопросу, требующему судебного решения; он обладал исключительной юрисдикцией по так называемым главным делам, связанным, например, со смещением епископов или решением спорных вопросов веры; обладал высшей властью отлучать от церкви непримиримых инакомыслящих. Он один мог созывать вселенский собор, а решения собора обретали силу только после подтверждения их папой. Наконец, он был в церкви высшим учителем, имел решающий голос в определении церковных догм, норм литургии и других вопросов богослужения. Также в XII в. папа получил исключительное право канонизировать святых.

Эти полномочия принадлежали папе не потому, что он был епископом Рима. Они принадлежали епископу Рима потому, что он был папой, то есть папа имел свои полномочия не в силу своего посвящения в сан (*potestate ordinis*), а в силу своей юрисдикции (*potestate jurisdictionis*). В самом деле, архидиакон Гильдебранд был избран папой Григорием VII, не будучи даже возведен в сан священника, не то что епископа. Как только он стал папой, его суждения по вопросам, представленным ему как папе, имели предпочтительное, по выражению Грациана, перед мнениями таких почитаемых богословов, как Св.Августин и Св.Иероним. Однако, добавляет Грациан, по вопросам толкования Писания следует предпочесть мнение Св.Августина и Св.Иеронима. В конце концов, заявляет Грациан, папа может же оказаться еретиком²⁰. Его власть разрешать доктринальные споры проистекала не из его высоких духовных качеств, а исключительно из его юрисдикции как высшего должностного лица церкви²¹.

Резкая граница между посвящением в сан и юрисдикцией, впервые проведенная в конце XI и в XII в., стала одним из основополагающих конституционных принципов римской церкви. Возведение в сан, рукоположение, было таинством, то есть священным символом божественной благодати. Посредством посвящения в сан каждый священник получал от Бога полномочия на служение обедни, празднование причащения, принятие исповеди и наложение покаяния, а также исполнение других таинств и священнических обрядов; епископ в силу своего сана мог возводить в сан священников и других епископов. Напротив, юрисдикция была полномочием, которое налагалось церковью как корпоративным правовым образованием. Это была власть управлять посредством закона — «говорить закон» (*jus dicere*, откуда «*jurisdictionis*»), в установленных законом пределах. В силу юрисдикции каждый епископ имел высшую законодательную, исполнительную и судебную власть в своей епархии, подчиняясь при этом папе, точно так же как папа в силу юрисдикции имел высшую законодательную, исполнительную и судебную власть в церкви в целом. Такие полномочия, вытекающие из юрисдикции, могли осуществляться любым лицом, которому они были законным образом делегированы. Папа, например, мог назначить диакона судьей в споре между двумя епископами. Таких полномочий не было до Папской революции.

Так *imperium* и *auctoritas* или *potestas* папы, хотя они и были высшими и полными, определялись так же, как его *jurisdictionis*, а это означало, что они носили правовую природу. Это в свою очередь означало, что существуют и правовые пределы их реализации.

Эти правовые границы содержались уже в самом способе избрания папы, равно как и подчиненных ему епископов, аббатов и других должностных лиц церкви. До Папской революции избрание пап, епископов, аббатов в значительной степени было под контролем императоров, королей, князей и баронов. Одним из первых событий, приведших к Папской революции, было постановление церковного собора в Риме, созванного папой Николаем II в 1059 г., по которому римские кардиналы, то есть епископы и священники соседних епархий, осуществлявшие также ряд литургических и других функций в великих базиликах Рима, получили главную роль в избрании папы²². Веком позже постановление Александра III дало кардиналам исключительное право избирать нового папу, а в 1179 г. Третий Латеранский собор установил

для избрания большинство в две трети голосов. (По постановлению Николая II достаточно было простого большинства, однако оно было квалифицированным в том смысле, что требовалось большинство “большей и лучшей” части выборщиков.) Избранный папа правил пожизненно, если не подавал в отставку. Однако как только место освобождалось, большую роль в выборе преемника играла не только политика, но и право, и это, несомненно, укрепило ответственность папы перед церковью. Выборы папы часто проходили в жесткой борьбе. Иногда даже появлялись соперничающие папы. Все 278 лет, с 1100 по 1378 г., кроме каких-то 82 лет, законно избранные папы вынуждены были жить за пределами Рима²³.

Разумеется, кардиналы назначались папой, и несмотря на это, со временем они приобрели некоторую независимость. Они управляли церковью в периоды папских междуцарствий. Им оставались высшие посты в церкви. Сложилась норма обычного права, обязывающая папу получить коллективное согласие на учреждение новых епархий, перевод епископа из одной епархии в другую, на назначение аббатов и ряд других важных дел. Временами возникала острая напряженность, когда Коллегия кардиналов стремилась расширить свои полномочия, а папа сопротивлялся подобным попыткам²⁴.

Как папа избирался кардиналами, так и епископ избирался соборным капитулом, то есть канониками и другими клириками, жившими и работавшими в столице епархии; аббат избирался монахами монастыря. То, что папа был апелляционной инстанцией для проигравших спорные выборы епископов и аббатов, свидетельствует о наличии у папы контроля над процедурой выборов. Однако папа, по крайней мере в теории, мог вмешаться только в том случае, если выборщики проявили халатность, мнения разделились, или по какой-либо причине была нарушена должная процедура выборов. А на практике священники соборного капитула или монахи аббатства обычно играли важную роль. Если их воля не учитывалась, они могли причинить немалые неприятности. Здесь также принцип выборности — до его постепенного упадка и фактического исчезновения в XIV—XV вв. — помогал сохранить конституционный характер папской монархии и иерархической цепочки власти.

Папский абсолютизм существенно ограничивался не только принципом выборности и необходимостью удовлетворить кардиналов, епископов и духовенство вообще, а также и самой сложностью церковной системы управления. Хотя законодательство было прерогативой пап, они тем не менее в XII—XIII вв. чувствовали потребность в периодическом созыве вселенских соборов, чтобы те помогали им в законодательном процессе. Это и были первые законодательные собрания Европы. В области системы управления папство создало высокоэффективную бюрократию специалистов в разных областях (см. схему 1). Папская канцелярия отвечала за составление и издание документов, включая ордера для начала судебного разбирательства, а также за ведение записей постановлений, указов и решений папского правительства; канцлер был хранителем папской печати. Папское казначейство, именуемое Апостольской палатой, выступало и в качестве хранилища доходов престола, и в качестве министерства финансов. Кроме того, палата имела свой собственный суд по гражданским и уголовным делам, связанным с налогообложением и другими финансовыми вопросами. Папский суд общей юрисдикции, как и первая и апелляционная инстанции, в XII в. назывался консисторией, сам

папа был его председателем. По мере расширения юрисдикции папского престола папы стали назначать судебных аудиторов (кардиналов, епископов или простых капелланов), чьи решения имели обязывающую силу после утверждения их папой. В XIII в. аудиторы составили постоянный суд под названием Слушание святого дворца, который функционировал как единый орган (часто дробясь на отделы), а в конце того же столетия был создан отдельный апелляционный суд по гражданским и уголовным делам. (В XIV в. был учрежден верховный суд, названный затем Rota.) В дополнение ко всему этому при папском дворе имелся “пенитенциарий”, рассматривавший дела на “внутреннем” форуме, то есть дела о таких грехах, которые должны наказываться не как уголовные или гражданские правонарушения, а исповедью или покаянием. “Большой пенитенциарий” занимался апелляциями по поводу покаяний, наложенных епископами, и распределял дисциплинарные взыскания и отпущения грехов, находившиеся в исключительной компетенции папы.

Папское правительство действовало на региональном и местном уровне через папских легатов, а также через других уполномоченных и подчиненных. С самых давних времен папа время от времени назначал делегатов, чтобы те действовали от его имени, но только после Папской революции этот институт стал постоянным орудием папского управления²⁵. Делегаты были трех видов: прокторский легат, посылавшийся в какую-либо местность с “полным правом” действовать вместо папы либо с общим, либо со специальным мандатом; судья-уполномоченный, осуществлявший судебную власть папы в конкретных делах; и нунций, который до XVI в. обладал лишь ограниченными полномочиями представлять папу, например, он мог передавать послания, собирать информацию, вести переговоры и заключать соглашения по конкретным вопросам. Из этих трех наиболее могущественным был прокторский легат. Иногда ему даже поручалось председательствовать над епископами и выносить решения об их смещении. Однако решения всех этих легатов можно было обжаловать папе.

Папы осуществляли свою власть также через других должностных лиц, в особенности папских сборщиков (налогов) и папских банкиров (добывавших займы).

Более того, архиепископы и епископы, равно как и главы крупнейших религиозных орденов и монастырей, прямо подчиненных папе, тоже в определенном смысле были служащими папы. Начиная с конца XI в. они при вступлении в должность должны были принести присягу в верности папе. Для их назначения требовалось одобрение папы, а все их решения подлежали его утверждению.

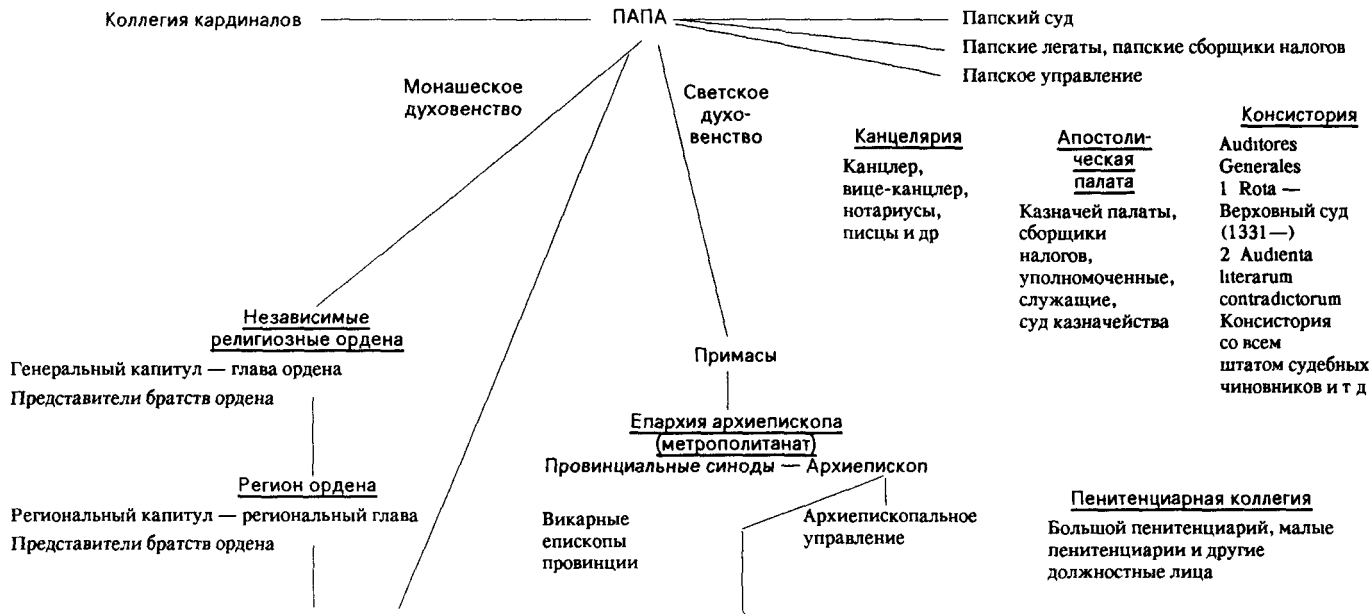
Однако епископы были больше чем служащими папы и в теории и на практике. Каждый из них имел верховную власть на своем уровне. Даже после Папской революции каждый епископ оставался верховным судьей, законодателем и правителем в своей епархии, пока не вмешивался папа. Поэтому было бы полуправдой сказать, что папа правил всей церковью через корпус епископов; вторая половина правды состоит в том, что епископы правили своими епархиями как подданные папы. У них тоже имелись *imperium*, *auctoritas*, *potestas jurisdictionis*, но не такой полноты, как у папы. Папе приходилось считаться с ними, он не мог просто ими командовать.

При этом епископ в своей епархии был окружен самыми разными функционерами, которые на практике обладали значительной уравновешивающей властью. Каноники избирали епископа точно так же, как кардиналы папу. Каноники также избирали провоста или декана, который председательствовал на собраниях духовенства собора. Капитул имел право судить своих членов своим судом за дисциплинарные нарушения. На разные действия епископа, например на отчуждение церковной собственности, требовалось согласие капитула. Привилегии соборных капитулов варьировались от одной епархии к другой. Во многих местах трения между капитулом и епископом даже приводили к тому, что одна из сторон обращалась в Рим.

Число должностных лиц при дворе епископа стало умножаться в конце XI в., одновременно с ростом числа служащих папской курии. Возросла власть архидиакона как главного лица исполнительной власти, он обычно избирался епископом и вел повседневные дела епархии. Появился канцлер как хранитель епископской печати и чиновник, занимавшийся перепиской и внешними сношениями епархии. Юридически образованный “официал” (*officialis*) заседал в качестве судьи вместо епископа. Судебные хранители печати, нотариусы, секретари, адвокаты, поверенные, судебные исполнители, заседатели и прочие судебные и квазисудебные чиновники стали помогать епископу в суде точно так же, как протоиереи, коадьюторы и прочие клирики стали помогать епископу в его литургических функциях.

Как папа имел промежуточные инстанции для управления епархиями, так и епископы имели промежуточные инстанции для управления приходами. Для приходов побольше епископ (совместно с архидиаконом) выбирал диаконов, причем у каждого имелись своя маленькая канцелярия, секретарь и судебный чиновник для управления собственностью, ведения учета, поддержки нуждающихся священников и доклада о серьезных проступках духовенства. Время от времени созывались также собрания священников епархии — местные синоды, а епископ должен был ежегодно наносить официальный визит в каждую епархию. Как епископы приносили при возведении в сан присягу в верности папе, так и священники должны были поклясться в верности епископу. Епископы могли также посылать в приходы нунциев для передачи распоряжений и проверки состояния дел.

На уровне приходов также существовали разделение функций и система обуздания произвола власти. Приходский священник отвечал и за духовное руководство приходом, и за управление его собственностью. В отношении своих начальников — епископа и папы — он имел долг платить церковные налоги. Каноническое право также требовало от него постоянного проживания в приходе. В то же время, особенно в больших приходах, священника окружали помощники из клириков и мирян, желания и потребности которых он никак не мог проигнорировать без риска для себя. Ему помогали викарные священники, особенно в ведении литургии. Капелланы, которые могли быть клириками либо простыми мирянами, надзирали за благотворительностью в приходе; на них также часто возлагалось обучение детей. “Братства” ревностных христиан прихода посвящали себя религиозному рвению, благотворительности и покаянию; Ле Бра называет их “ячейки благочестивых христиан... маленькие приходы внутри большого”²⁶. Как правило, они проводили ежегодные собрания. В XII в. распространилась также практика создания “ма-



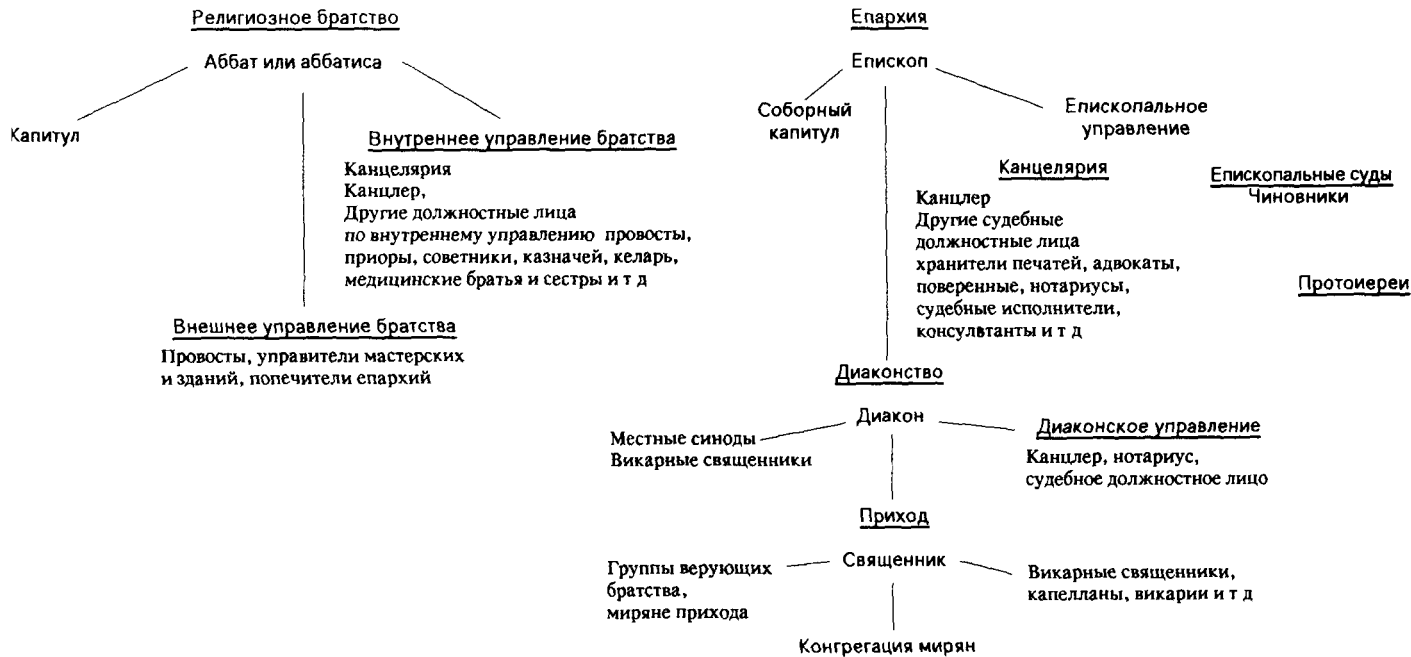


Схема 1 Структуры западной церкви-государства (1100 1500)

стерских” (fabricae) из мирян, чтобы помогать управлять собственностью прихода, они часто вызывали раздражение и у приходского священника, и у епископа²⁷.

Итак, хотя все полномочия по управлению церковью постепенно сосредоточились в руках папы, папская автократия была ограничена разделением функций внутри бюрократии на высшем уровне, а также иерархической, или пирамидальной, структурой церковного правительства в целом. Эти ограничения, конечно, были далеки от нынешних понятий о разделении властей и федерализме²⁸, однако представляли собой важные факторы сдерживания абсолютизма и по меньшей мере возвращали те обычаи и традиции управления, которыми папы по большей части не любили пренебрегать. Была создана формальная, правовая, бюрократическая структура, которая была совершенно новой для германской Европы. Правление перестало опираться на личную преданность человека своему господину. Развились сложные внутриорганизационные взаимоотношения, которые резко контрастировали не только с племенными, но и с феодальными институтами, и даже с более древними имперскими институтами, и византийскими, и франкскими. Они сами стали источником конституционных принципов. “При такой тонкой, сверхразветвленной системе управления, как в средневековой Церкви, консенсус решал абсолютно все”²⁹.

Конституционализм в церковном управлении прежде всего облегчался ограничением объема самой церковной власти. Это ограничение налагалось отчасти теорией дуализма церковной и светской властей, а отчасти и привычкой светских властей сопротивляться церковным злоупотреблениям и чрезмерным притязаниям. Правда, некоторые папы и канонисты, особенно в XII — начале XIV в., выдвигали непомерные притязания на неограниченную компетенцию церкви. Они хотели законодательствовать не только в вопросах веры, учения, культа, таинств, церковных должностей и дисциплины духовенства, но и в вопросах договоров, собственности, любых преступлений и даже светской политики. Однако в целом церковь после Wormского конкордата 1122 г. и в теории и на практике признала существенные ограничения объема своей власти. Само разделение церковной и светской власти стало главным конституционным принципом, который пронизывал всю систему канонического права.

Кроме того, в самой церкви как отдельной от светских государств политике существовали и теоретические и практические ограничения произвола как папского престола, так и князей-епископов. Во-первых, было признано, что церковь как зримый институт основана самим Христом и что он и апостолы, а позже отцы церкви и вселенские соборы первых семи веков наделили ее определенными, неизменными нормами веры и поведения. Даже на вершине папской власти общепринятая каноническая глосса утверждала, что “опасно было бы доверить нашу веру воле одного человека”³⁰. Всем было ясно, что ни папа, ни вселенский собор не могут по желанию изменять догму церкви или вводить новую. “Новые учения следует поверять существующей догмой, однако помимо того следует выдвигать только такие доктрины, которые уже скрыто содержались в существующей сокровищнице учения Церкви и которые представляют собой органическое развитие существующих основ веры”³¹.

Говоря более конкретно, папы и вселенские соборы, а также епископы и местные соборы были особо ограничены в объеме своей власти и божествен-

ным, и естественным правом. Правда, никто не имел права отменить или признать недействительным папское постановление, противоречащее божественному или естественному праву. Единственным путем был путь политических действий или гражданского неповиновения. Тем не менее канонисты заложили правовые основы для такого сопротивления. Грациан писал, что “папу никто не может судить, разве что он будет уличен в отступлении от веры”³². Как заметил Брайан Тирни, это открывало дорогу теории низложения папы по причине ереси³³. Позднее канонисты добавили другие основания, включая растраниживание церковной собственности, а в конце XII в. Гугуччио разработал теорию, что папу можно судить и низложить за злостное прелюбодеяние, грабеж, богохульство или иное злостное преступление, которым папа оскандалит церковь³⁴.

Далее, канонисты XII—XIII вв. заявили, что папа не может поступать вопреки “состоянию” (*status*) всей церкви и что он не может издавать закон в ущерб ее “общему состоянию” (*generalis status ecclesiae*), то есть ее характеру, общему благосостоянию или общественному строю, или, как сказали бы в последующие века, ее конституции³⁵. Даже папа Иннокентий IV (1243—1254), один из самых авторитарных правителей, допускал возможность послушаться папы, если тот повелит несправедливое дело, которое может нарушить “*status ecclesiae*”, например, если его повеление содержит ересь³⁶.

Теории конституционных ограничений папского абсолютизма ослаблялись отсутствием трибунала, в котором можно было бы бросить вызов папе. До XV в. вообще не было ни одного суда над папой или его низложения, вплоть до того момента, когда Констанцский собор сместил двух противоборствующих пап и принял отставку третьего. Несмотря на это, даже на вершине папской власти такие теории ограничения имели прочную основу в социальных, политических и экономических условиях, которые очень способствовали местной автономии. Протицируем Тирни: “Несмотря на устойчивую тенденцию папства к централизации, церковь в целом, не менее чем другие светские государства, в определенном смысле оставалась федерацией полуавтономных единиц, союзом бесчисленных больших и маленьких корпоративных образований”. Тирни называет епархии, аббатства, коллегии, фонды средств для чтения молитв, гильдии, религиозные ордена, конгрегации и братства, причем все они “пользовались существенными правами самоуправления”³⁷.

Так отождествление канонистами *imperium* с *jurisdictio* совпало с живой конституцией церковной политики. Церковь была *Rechtsstaat*, государством, основанным на праве. В то же время ограничения, налагаемые на церковную власть, в особенности светскими политиями, а также ограничения, налагаемые на папскую власть внутри церкви, в особенности самими структурами церковного управления, взращивали нечто большее, чем законность в смысле *Rechtsstaat*. Это было ближе к тому, что сегодня в английском языке называется “верховенством права”, “*the rule of law*”.

КОРПОРАТИВНОЕ ПРАВО КАК КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО ЦЕРКВИ

Принцип юрисдикционных ограничений компетенции и власти был фундаментальным конституционным принципом, лежащим в основе новой системы канонического права конца XI и XII в. Однако анализ способов, ко-

торыми применялся этот юрисдикционный принцип, требует рассмотрения не конституционного права как такового, а скорее корпоративного права. Согласно канонистам, именно церковь как корпоративное правовое образование наделяла юрисдикцией отдельных должностных лиц церкви (папу, епископов, аббатов), и именно право корпораций определяло природу и пределы предоставленной таким образом юрисдикции.

Термин “корпорация” (*universitas*; также *corpus* или *collegium*) был взят из римского права, как и многие слова, используемые для определения этого термина и применимых к нему норм. Однако есть существенная разница между корпоративным правом римлян и корпоративным правом западноевропейских юристов XII в.

Согласно римскому праву эпохи Юстиниана³⁸ государство как такое (все еще именуемое *populus Romanus*) считалось корпорацией, но ее права и обязанности регулировались не судебным, а административным путем, и она не подпадала под действие гражданского права. Однако императорское казначейство имело все-таки права собственности и другие гражданские права и обязанности и могло быть субъектом и объектом представления исков в обычных судах. Муниципалитеты тоже были корпорациями, они имели право владеть собственностью и заключать договоры, получать дары и наследство, быть субъектом и объектом предъявления исков и в целом осуществлять правовые действия через представителей. Аналогично многие частные ассоциации, включая организации по поддержанию религиозного культа, общества для совершения похоронных обрядов, политические клубы, цехи и гильдии ремесленников и купцов, считались корпорациями, хотя объем их прав зависел от дарованных императором привилегий и свобод. В 381 г., когда христианство стало официальной религией империи, а в определенной мере еще до того церкви и монастыри тоже были включены в список ассоциаций, которые имели право получать дары и наследство, обладать собственностью и заключать договоры, действовать через представителей как юридические лица. Кроме того, законодательство Юстиниана признавало за благотворительными обществами, такими, как больницы, дома для умалишенных, приюты для сирот, дома престарелых, юридическое право принимать дары и наследство, закрепив право общего надзора за епископом епархии. (Ни на Востоке, ни на Западе до конца XI столетия понятие корпорации как юридического образования не применялось к церкви в целом, Вселенской церкви.)

Римские юристы, ненавидевшие определения и теории, никогда в общем виде не ставили вопрос об отношении *universitas* к совокупности ее членов. Дигесты давали формулировки в стиле эпитаграм: “Что [собственность] корпорации, то — не отдельных лиц”, или: “Если что следует корпорации, это не следует [ее] отдельным лицам; отдельные лица также не должны то, что должна корпорация”. Однако многие вопросы не обсуждались римскими юристами вовсе, например: основываются ли существование и полномочия корпорации на разрешении публичной власти, на воле ее членов-основателей или на ее собственной природе как ассоциации; какие полномочия осуществляются ее должностными лицами и что не может ими делаться без согласия членов; как должны избираться должностные лица и как и почему они могут быть смещены. Даже выражения “юридическое лицо” и “юридическая личность” римские юристы редко употребляли и никогда не анализировали. Толь-

ко ретроспективно можно выделить несколько имплицитных принципов римского права, которые стали эксплицитными в западной правовой мысли в XII в., когда впервые начали систематизировать корпоративное право. Два из этих принципов состояли в том, что, во-первых, корпорация имеет правоспособность действовать через представителей и, во-вторых, что права и обязанности корпорации не совпадают с правами и обязанностями ее должностных лиц.

Римские нормы корпоративного права были перенесены церковью в германские сообщества Западной Европы. Однако им там пришлось конкурировать с христианскими понятиями о корпоративной природе церковных общин и с германскими понятиями о корпоративной природе ассоциаций вообще. Св.Павел называл церковь телом Христовым (1 Кор. 12:27) и писал к галатам: “Ибо все вы одно во Христе Иисусе” (Гал. 3:28). Церковь также характеризовалась такими христианскими метафорами, как “жена”, “супруга”, “мать”. Все эти персонификации должны были прилагаться к товариществу верующих, “общности святых”, “конгрегации верующих”. Хотя считалось, что все христиане повсюду образуют духовное тело, главный акцент делался на духовное единство отдельных церквей или епархий. В этой связи подчеркивалось, что прелат отдельной церкви — будь это приходский священник, епископ или иной пастырь — соединен со своей церковью в духовном браке. Считалось, что подобно тому как Христос обвенчан с Церковью Вселенской, так епископ или священник обвенчан с церковью местной. Он представлял ее, как голова представляет остальное тело. Эти христианские идеи были диаметрально противоположны тем идеям римского права, которые имплицитно присутствовали в его трактовке церквей как корпораций. Я не хочу сказать этим, что при римском императоре или германских императорах и королях церковь была против того, чтобы предоставить отдельным церквам статус корпораций по римскому праву. Наоборот, она очень стремилась укрыться под защитой этого статуса. Однако было по меньшей мере ненормально, что по римскому праву христиане, составлявшие церковную корпорацию, не несли никакой ответственности за деяния своих прелатов от имени корпорации и для ее блага; а еще более ненормально было то, что сами прелаты внутри этой ассоциации считались лишь агентами, а не членами-учредителями или партнерами.

Германские концепции ассоциации несколько напоминали христианские концепции церкви как “одного лица”, “*corpus mysticum*”. Как подчеркивал великий историк германского права Отто фон Гирке, германский двор, или военный отряд, клан, деревня считались групповой личностью, которую разделяли все ее члены. Собственность ее была и их общей собственностью, и они вместе несли ответственность по ее обязательствам. Однако, согласно Гирке, это *Genossenschaft* (товарищество) черпало свое единство и свою цель не из какой-то высшей власти, божественной или человеческой, а исключительно из себя самого, то есть исключительно из добровольного объединения членов для достижения поставленной перед собой цели³⁹.

Канонисты XII в. использовали более древние римские, германские и христианские понятия о корпоративных образованиях для развития новой системы корпоративного права применительно к церкви. В определенной степени они привели в гармонию эти три соперничающие системы понятий. Однако это не было абстрактное упражнение в правовой аргументации. Они

стремились найти практические решения практических правовых конфликтов, возникших на волне Папской революции: конфликтов между церковью и светскими политиями и конфликтов внутри церкви. В то же время канонисты изучали соотношения между этими правовыми конфликтами и стремились систематизировать те правовые принципы, на основе которых их следовало разрешать.

Следующие вопросы служат иллюстрацией тех практических проблем, которые возникали в XII в. в судебных процессах.

Должен ли глава корпорации (скажем, епископ) советоваться с ее членами (капитулом) прежде, чем принять решение подать в суд или отвечать по иску в суде? Должен ли он не просто советоваться, а получать согласие? И что делать, если речь идет об отчуждении собственности или предоставлении каких-либо привилегий?

Как должно выражаться согласие капитула?

Кто должен осуществлять полномочия главы корпорации в период вакансии, то есть когда глава умер или подал в отставку, или уволен?

Если духовенство капитула имеет право действовать от имени своего епископа в случае его неспособности осуществлять свои обязанности по болезни или старости, то может ли оно поступать так же в случае его нерадивости?

Может ли корпорация совершать преступления? А гражданские правонарушения? Отвечает ли она за преступления или гражданские правонарушения своих должностных лиц?

Можно ли учредить церковную корпорацию без разрешения папы?

Если корпорация лишается всех своих членов, продолжает ли она свое существование? Если нет, могут ли ее возродить один или два заявителя, соответствующие требованиям членства?

Что происходит с собственностью прекратившей свое существование корпорации?

Может ли корпорация устанавливать закон для своих членов? Может ли она избирать магистрат для осуществления правотворческих функций от ее имени? Может ли она избрать судью для решения дел от ее имени?

Может ли корпорация, которой была предоставлена собственность для конкретной цели, законно использовать эту собственность для другой цели?

И последний вопрос: будут ли даны иные ответы на все эти вопросы, если корпорацией является не епархия, аббатство или другое местное образование, а сама римская церковь, возглавляемая единственным Христовым наместником на земле?

Как только церковь на Западе объявила себя корпоративным правовым образованием (*universitas*), независимым от императоров, королей и баронов, эти вопросы сразу же и возникли. Больше всего поражает в этих вопросах, во-первых, их юридическая формулировка; во-вторых, высокая степень их сознательной взаимосвязанности; в-третьих (это связано со вторым), систематизированный характер данных на них ответов, то есть обращение к осознанной систематизации корпоративного права с целью прийти к набору удовлетворительных решений.

Свод корпоративного права, который развился в католической церкви в конце XI и на протяжении XII и XIII вв., можно охарактеризовать как подсистему внутри системы канонического права в целом. Оно существенно

отличалось от корпоративного права римлян в том виде, в каком было представлено в Кодификации Юстиниана. Во-первых, церковь отвергла точку зрения римского права, что помимо публичных корпораций (государственное казначейство, города, церкви) только коллегии, признанные в качестве корпораций императорской властью, могут иметь привилегии и свободы корпораций. По каноническому праву, напротив, любая группа лиц, имевшая требуемую организацию и цель — богадельня, госпиталь, студенческое общество, а также и епархия, да и сама Вселенская церковь, — составляла корпорацию, не нуждаясь для этого в специальном разрешении вышестоящей власти⁴⁰. Во-вторых, церковь не согласилась с римлянами, что только публичная корпорация может создавать новое право для своих членов и осуществлять судебную власть над ними. По каноническому праву любая корпорация может иметь законодательную и судебную “юрисдикцию” над своими членами. В-третьих, церковь отвергла точку зрения римского права, что корпорация может действовать только через своих представителей, но не через совокупность членов. Вместо этого каноническое право требовало в ряде ситуаций согласия членов корпорации. В-четвертых, церковь отвергла римскую максиму: “Что относится к корпорации, не относится к ее членам”. По каноническому праву собственность корпорации является общей собственностью ее членов, и корпорация может обложить налогом своих членов, если не имеет иных средств для уплаты долга⁴¹.

Эти и другие нормы и понятия канонического права, по всей видимости, отражают германские представления о корпорации как товариществе, имеющем групповую личность и групповую волю, в противоположность римскому представлению о корпорации как “учреждении”, сущность которого создается вышестоящей политической властью⁴². Однако другие нормы и понятия канонического права, судя по всему, отражают “учрежденческое” представление о корпорации. Так, каждая корпорация должна была иметь главу (в церковной корпорации он обычно назывался ректором или прелатом, а в мирской — президентом или управляющим), уполномоченного совершать действия, которые корпорация не могла совершить сама (управление собственностью, разрешение споров), и имевшего права, отличные от прав корпорации. Глава корпорации и другие должностные лица считались своего рода опекунами или попечителями, а корпорация — объектом опеки, чем-то вроде несовершеннолетнего⁴³. В противоположность норме римского права каноническое право возлагало на корпорацию гражданско-правовую и уголовно-правовую ответственность в тех случаях, когда большинство ее членов дало согласие на противоправный акт, но в отличие от германского права противоправные действия должностных лиц не вменялись в вину самой корпорации⁴⁴. Так, какой-нибудь город мог быть отлучен от церкви за преступления его граждан, но (теоретически) не за преступления его должностных лиц.

Пока, казалось бы, все сказанное подтверждает тезис Гирке о том, что корпоративное право средневековой церкви колебалось между германским представлением о корпорации как групповой личности и римским представлением о корпорации как искусственном учреждении (Anstalt). (Гирке затем доказывает, что в XIV в. одержало победу римское представление, что имело катастрофические последствия для Европы, так как на нем в итоге были построены теории абсолютизма.)⁴⁵ Убедительность тезиса Гирке снижается в

силу того факта, что сами средневековые канонисты явно не были осведомлены ни о той, ни о другой концепции, а также в силу того, что значение их обеих сильно преувеличено⁴⁶. Сомнительно, чтобы корпоративная личность в юридическом смысле вообще могла возникнуть из одной лишь группы. Ее существование всегда отчасти зависит от признания ее извне, другими словами, от признания ее тем обществом, частью которого она является. Равным образом сомнительно, чтобы корпоративная личность в юридическом смысле могла возникнуть исключительно по воле общества или государства, без предельно явного наличия группы людей, имеющих общие интересы и способность действовать как единое целое.

Тирни подчеркивает, что канонисты “разработали связную теорию корпоративного права” только к XIII—XIV вв., то есть через два столетия после начала систематизации канонического права корпораций, что даже и тогда они “не интересовались философскими проблемами сути корпорации”⁴⁷. Эти два замечания помогают понять, что система, а впоследствии и “связная теория” корпоративного права были правовым ответом на реальную ситуацию и реальные проблемы, стоявшие перед церковью, и не являлись заранее построенной интеллектуальной конструкцией, к которой потом кое-как приспособили эту ситуацию и эти проблемы. Однако было бы неправильно полагать, что новое каноническое право корпораций с самого начала не опиралось на философские послышки. По большей части канонисты придерживались умеренной номиналистской точки зрения, что группа не может иметь личность или волю, отличные от личности или воли ее членов⁴⁸. Эта философская позиция отличается и от романтической теории Гирке, и от тех позитивистских теорий, против которых он сражался. Больше того, это именно та философская позиция, которая лучше всего подходит для построения системы корпоративного права, потому что она предоставляет нейтральную философскую основу для поднятия ключевых правовых вопросов относительно распределения полномочий между должностными лицами корпорации и ее членами.

Таким образом, если понимать корпорацию как совокупность ее частей, взятых как части, то легко рассматривать права и обязанности членов как членов, а главы как главы и отношения между этими двумя наборами прав и обязанностей. Этот подход и подразумевался в законодательстве конца XI — начала XII в., который Грациан обобщил, сказав, что епископ, как глава церкви в своей епархии, нуждается в участии членов, то есть капитула, при распределении бенефициев и привилегий, при отчуждении церковной собственности и при рассмотрении судебных дел⁴⁹. Несколькими десятилетиями позже папа Александр III подтвердил и расширил эти нормы, заявив, что в ряде дел требуется “совет” или “согласие” капитула⁵⁰. Под “капитулом” понимались духовные лица. Расширяя содержание совета и согласия, более поздние канонисты различали три разные сферы прав: права главным образом корпорации как таковой; права отдельных членов или должностных лиц как отдельных членов или должностных лиц; права корпорации и отдельного члена или должностного лица в совокупности. Было сказано, что если следует назначить поверенного или другого уполномоченного в вопросе, касающемся главным образом прелата, то его должен назначать прелат с согласия капитула; если дело касается главным образом капитула, то его должен назначить капитул по совету прелата; а если дело касается и капитула, и прелата в

равной мере, то его (как в первом случае) должен назначить прелат с согласия капитула⁵¹. Один позднейший канонист объяснил эти нормы в более общем виде: согласие капитула необходимо в тех случаях, когда действие касается корпоративного образования в целом, так как епископ и капитул вместе составляют это образование⁵². Здесь использованы христианские метафоры: епископ был повенчан со своей церковью так же, как папа, наместник Христа, повенчан с Вселенской церковью. Однако церковь как корпоративное образование юридически отождествлялась с духовенством; требовалось получить согласие именно капитула, а не “конгрегации верующих”⁵³.

Анализ полномочий главы и членов церковных корпораций, особенно соборных капитулов (епархий), привел к созданию в XII—XIII вв. правовой теории ограничений, налагаемых на единоличные действия церковных и светских правителей, предпринимаемые без совета и согласия их советников и главных подчиненных. Здесь была взята, переделана и поднята на уровень конституционного принципа максима римского права: “Что касается всех, должно рассматриваться и одобряться всеми”⁵⁴.

ОГРАНИЧЕНИЯ НА ЦЕРКОВНУЮ ЮРИСДИКЦИЮ

До конца XI в. церковная юрисдикция — в широком смысле законодательной, исполнительной, а также судебной компетенции — не имела четких границ. Компетенция светских и церковных властей в значительной степени накладывалась друг на друга. Внутри церкви тоже не было четких разграничений между делами, попадавшими на рассмотрение священника или епископа как исповедника и распорядителя покаяний, и делами, попадавшими к нему же, но уже как к церковному администратору и судье. Все, что священник делал, как считалось, проистекало из его сана; именно он, а не юрисдикция давал ему полномочия. В то же время его нераздельная власть как посвященного в сан священника или епископа во многих отношениях подчинялась власти императоров, королей и баронов. Императоры, короли и бароны назначали пап, епископов и священников, господствовали над ними и часто отменяли их решения. Именно Папская революция, освободившая духовенство от мирян и подчеркнувшая отделение духовного от светского, сделала необходимым и возможным установить более-менее ясные пределы церковной юрисдикции, а значит, и систематизировать ее.

Характерно (и здесь наука права разъясняла действующее право), что такую юрисдикцию подразделяли на два типа: юрисдикция над определенным классом лиц (*ratione personarum*, “по лицам”) и юрисдикция над определенным классом поведения или отношений (*ratione materiae*, “по содержанию”). Церковь претендовала на “личную юрисдикцию” в отношении: 1) духовных лиц и членов их дворов; 2) студентов; 3) крестоносцев; 4) *personae miserales* (“обездоленных”), куда входили бедняки, вдовы и сироты; 5) евреев, в делах против христиан; 6) путешественников, включая купцов и моряков, когда это было необходимо для их мира и безопасности. Это и была знаменитая, или печально знаменитая, “привилегия суда”, или “привилегия духовенства”, *privilegium fori*, против которой столь усиленно боролись светские правители, часто не без успеха.

Каноническое право запрещало духовенству отказываться от привилегии церковной юрисдикции. Однако на практике клириков часто отдавали светскому правосудию по определенным видам преступлений и гражданских исков. Были также некоторые признанные исключения из церковной юрисдикции в отношении крестоносцев и студентов, по желанию они могли отказаться от такой юрисдикции. “Обездоленные”, которые до Папской революции считались преимущественно подопечными императоров и королей, после революции тоже подлежали церковной юрисдикции, особенно если светские власти не могли предложить им достаточной защиты. То же относилось к евреям и путешественникам (включая моряков и купцов): церковь стремилась не исключить, а только дополнить императорскую или королевскую юрисдикцию над ними.

“Личная” юрисдикция церкви в принципе простиралась на все дела, в которых были замешаны эти шесть классов лиц, хотя иногда этот принцип уступал конкурирующим интересам светских властей. “Предметная” юрисдикция церкви в принципе простиралась на все классы лиц, как мирян, так и духовенство, по определенным категориям дел, хотя имелись оговорки и исключения. Основными делами, по которым церковь претендовала на юрисдикцию, были так называемые духовные дела и дела, связанные с ними. Обычно духовные дела возникали в связи с: 1) осуществлением таинств; 2) завещаниями; 3) бенефициями, включая управление церковной собственностью, занятие церковных должностей и церковное налогообложение в форме десятины; 4) клятвами, включая клятвенные заверения; 5) грехами, заслуживающими церковных наказаний. Именно на этом юрисдикционном основании правоведение в XII в. начало развивать различные отрасли материального права, включая семейное право (на основании юрисдикции над таинством брака), наследственное право (на основании юрисдикции над завещаниями), право собственности (на основании юрисдикции над бенефициями), договорное право (на основании юрисдикции над клятвенными заверениями) и уголовное и деликтное право (на основании юрисдикции над грехами). Юрисдикция церкви над своей собственной юрисдикцией предполагалась, на этом основании церковь возвела здание корпоративного права

Церковь также простирала свою юрисдикцию на другие виды дел, предлагая ее всем, кто желал ее предпочесть. Это делалось через процедуру, именуемую пророгацией, посредством которой стороны в любом гражданском споре могли по взаимной договоренности передать дело в церковный суд или церковный арбитраж. Такое соглашение могло принимать форму условия в договоре, в котором заранее оговаривалось, что стороны отказываются от юрисдикции светского суда и по любому спорному вопросу обратятся в церковный арбитраж. Из-за примитивности большинства светских процедур в XII—XIII вв. стороны часто включали такие отказные статьи в гражданско-правовые договоры.

Кроме того, по каноническому праву любое лицо могло предъявить иск в церковный суд или перевести дело из светского суда в церковный, причем даже против желания другой стороны, на основании “неисправности светского правосудия”. В итоге, таким образом, церковь предлагала свою юрисдикцию любому человеку и по любому делу, но только в исключительных обстоятельствах, то есть когда ставкой было правосудие в его самом элемен-

тарном смысле. Всем было известно, что существуют два различных вида юрисдикции: церковная (духовная) и нецерковная (светская). Действительно, если бы все вопросы попадали под юрисдикцию церкви, вообще бессмысленно было бы говорить о юрисдикции, — нечего было бы ей противопоставлять. Даже если бы только все правовые вопросы попадали под церковную (или иную единственную) юрисдикцию, то и тогда имело бы смысл говорить только о компетенции (что подлежит и что не подлежит правовому регулированию), а не о любом другом аспекте юрисдикции. Именно сознательное ограничение церковной юрисдикции, а следовательно и нецерковной юрисдикции тоже, определенными классами лиц и дел сделало необходимым и возможным определить юрисдикцию и найти ей место в качестве фундаментального структурного элемента системы канонического права.

Фактически именно ограничения, наложенные на юрисдикцию каждой из политий западного христианского мира, включая и церковную, сделали необходимым и возможным для каждой из них разработать не только законы, а систему законов, и даже более того, систему права. Правитель, чья юрисдикция не ограничена ничем, может править посредством законов, но вряд ли у него хватит воли или воображения для приведения своих законов в связную, единую интеллектуальную систему, обладающую сложной системой принципов, в том числе и таких, которые регулировали бы применение принципов к конкретным видам дел. На Западе соревнование и сотрудничество соперничающих ограниченных юрисдикций не только потребовало от каждой из них привести свое право в систему, но и дало каждой из них основу для этого. Частично такая основа обеспечивалась всеобъемлющим диалектическим единством, которое скрепляло все эти системы вместе (пусть и слабо), а частично — особыми интересами и возможностями каждого из обществ, обладавших такой системой.

Соревнование и сотрудничество между соперничающими ограниченными юрисдикциями не только сделало необходимой и возможной систематизацию права, но и привело к юридическому формулированию и разрешению ряда острейших политических и нравственных проблем того времени. Тенденция превращать политические и нравственные вопросы в правовые, которую Алексис де Токвиль считал характерной для Америки в начале XIX в., существовала, хотя и в меньшей степени, в западном обществе в целом начиная с конца XI и в XII столетии. Это способствовало чрезмерному легализму Западу в сравнении со многими другими цивилизациями и его сравнительному успеху в отвоевании свободы у политической и нравственной тирании.

6.

СТРУКТУРНЫЕ ЭЛЕМЕНТЫ СИСТЕМЫ КАНОНИЧЕСКОГО ПРАВА

Новая система канонического права, созданная в XI—XII вв., охватывала только такие виды правовых отношений, которые подпадали под юрисдикцию церкви как корпоративного правового образования. Другие правовые отношения подпадали под соответствующие перекрывающиеся друг друга юрисдикции различных светских государств, включая королевства, феодальные домены, самостоятельные города. Каждый человек в западном христианском мире жил под управлением и канонического права, и одной или более светских систем. Плюрализм правовых систем внутри общего правового порядка был существенной чертой структуры каждой из них.

Так как ни одна из сосуществующих правовых систем не претендовала на всеохватность и абсолютную компетенцию, каждой приходилось разрабатывать свои собственные конституционные критерии для определения местонахождения и ограничения суверенитета, распределения правительственных полномочий внутри такого суверенитета, определения основных прав и обязанностей членов. В системе канонического права эти конституционные критерии были сформулированы главным образом в понятиях корпоративного права, включая право корпоративной юрисдикции над определенными классами лиц и категориями дел.

Из системы церковного конституционного права постепенно выделялись сравнительно связанные своды материальных норм, относящихся и к другим областям права. Так, из юрисдикции церкви над таинствами постепенно сформировалась совокупность норм права, относящихся к браку и семье; из юрисдикции церкви над завещаниями — к наследству; из юрисдикции церкви над бенефициями — совокупность права, относящегося к собственности; из юрисдикции церкви над клятвами сформировалась совокупность права, относящегося к договорам; из юрисдикции церкви над грехами — совокупность права, относящегося к преступлениям и деликтам. В связи с этими пятью ти-

пами юрисдикции сформировался и свод норм судебного процесса. Все эти своды норм права не были концептуализированы так, как это случилось с самостоятельными отраслями права в последующие века. Канонисты XII—XIII вв. не делали попыток организовать каждую из этих отраслей права — собственности, договоров, уголовного и т.п. — как самодостаточный набор норм, вытекающих из разных принципов и доктрин, которые, в свою очередь, вытекали бы из общей теории собственности, общей теории договора, общей теории преступления и наказания и так далее. Каноническое право XII—XIII столетий было менее отвлеченным, менее “логичным”. Его категории выросли из юрисдикции церковных судов и стоящих перед ними юридических проблем, а не из умозрительных рассуждений ученых-юристов. Как и развивающееся английское королевское право в тот же период, каноническое право систематизировалось скорее на основе процедуры, чем материальных норм. Однако после Грациана каноническое право, в отличие от английского королевского права, стало и университетской дисциплиной. Преподаватели несли нормы, принципы и теории конкретных дел в классы и там собирали, анализировали, согласовывали их в своих трактатах. Таким путем и возникли подсистемы права, хотя тогда они не имели приобретенной позже высокой автономности и доктринальной последовательности.

Каждая из подсистем или областей права демонстрировала собственные структурные элементы, и каждая по-своему демонстрировала структурные элементы системы в целом. Например, каноническое уголовное право основывалось на представлениях о грехе, которые оказывали влияние и на все другие области канонического права. Также и в остальных областях можно найти те всепроникающие черты, которые позволяют нам охарактеризовать каноническое право как правовую систему нового времени.

КАНОНИЧЕСКОЕ БРАЧНО-СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

С самых ранних времен церковь активно высказывалась о браке и семье¹. В языческих культурах, где господствовали многоженство, браки по предварительной договоренности и угнетение женщины, церковь проповедовала идею моногамного брака, основанного на свободном согласии обоих супругов. На Западе этой идее пришлось выдерживать борьбу с глубоко укоренившимися племенными, деревенскими и феодальными обычаями. В X в. церковные синоды уже издавали постановления о брачных узах, супружеской измене, законнорожденности детей и других подобных вопросах. Тем не менее родители продолжали женить детей в колыбели, а в семейных отношениях продолжали господствовать традиционные нравы и обычаи германских, кельтских и других народов Западной Европы. В народном праве европейских племен, как и в классическом римском праве, запрещены были браки между лицами разных классов (например, между свободными и рабами, гражданами и иностранцами). Развод допускался по воле любого из супругов, на практике это обычно оказывалась воля мужа. Для развода не требовалось даже формальных оснований. Для признания брака действительным требовалось родительское согласие. Лишь немногие взаимные обязательства супругов носили правовой характер.

И только великий переворот конца XI — начала XII в., символом которого стала Папская революция, позволил в существенной мере провести в жизнь политику церкви в отношении брака и семьи. Ключевую роль сыграли социальные и экономические факторы, причиной и одновременно следствием которых была Папская революция: миграция населения, рост городов и стремительное распространение манориальной системы помогли сломать прежние социальные установления. Важную роль играли и политические перемены: формирование единого, отдельного церковного государства во главе с папой дало духовенству такую политическую власть, которой оно никогда еще не имело, а установление celibата священников сократило их личное участие в племенных родственных отношениях. Не менее важны были и правовые изменения, через которые осуществлялась политика церкви в области семейных отношений, ибо не будь систематизировано каноническое право, не было бы и способа донести эту политику до населения, обеспечить приверженность ей и заставить ее работать.

Пока церковные законы о браке и семье носили характер увещаний, им ни к чему была точность или полнота. После придания им обязывающей силы, понадобилось то и другое. Так как отныне все семейные отношения (в правовой практике, а не только в теории) должны были основываться на таинстве брака, понадобилось точно определить природу этого таинства. Церковь долгое время придерживалась мнения, что для совершения брака не требуется никаких формальностей; сами стороны были «священниками таинства брака». (Присутствие священника стало обязательным в XVI в., брак по нормам общего права в Англии и в Америке по существу является пережитком брака по каноническому праву в том виде в каком он просуществовал до Трентского собора.) Однако отсутствие формальностей оставляло открытым вопрос о том, как и когда в точности был заключен брак. Некоторые более древние тексты указывали, что брак считается заключенным с момента обмена обещаниями. Другие указывали, что брак не считается заключенным до тех пор, пока не начаты половые отношения. Грациан утверждал, что традиционная аналогия между человеческим браком и мистическим браком Христа и Церкви требует для полноты таинства, чтобы имело место половое физическое общение, *coniunctio carnalis*. Тем не менее Грациан подчеркивал и элемент свободного согласия, включая и согласие на физический союз. В итоге каноническое право различало следующие этапы: 1) обмен обещаниями вступить в брак в будущем, что составляло договор помолвки, который мог быть расторгнут в определенных случаях одной из сторон и всегда — по обоюдному согласию; 2) обмен обещаниями вступить в брак в настоящем, что составляло договор брака; и 3) согласие на половые отношения после заключения брака, что составляло завершение брака. Хотя считалось, что договор заключается «словами, произнесенными в настоящий момент», он не был гарантирован от расторжения до завершения брака половыми отношениями.

Правила выражения согласия на брак разнились в целый свод договорного права. Согласие должно было быть дано по доброй воле. Ошибка относительно личности партнера или его существенных и отличительных качеств не допускала согласия и делала брак недействительным. Брак считался недействительным и в случае принуждения, так как оно нарушало добровольность согласия. Было также установлено, что брак не может быть заключен законным образом под влиянием страха или обмана.

Здесь содержались основы не только современного брачного права, но и определенных базовых элементов современного договорного права, а именно понятие свободной воли и связанные с ним понятия ошибки, принуждения и обмана. В частности, канонистам удалось найти решение проблемы ошибки (которая очень раздражала цитируемых в Дигестах римских юристов) благодаря тому, что они сосредоточились на вопросе, вступила ли бы заблуждавшаяся сторона в брак, если бы знала правду.

Каноническое право также установило условия, необходимые для действительности брака независимо от согласия. В XII—XIII вв. в целом соблюдались установленные еще римским правом возрастные ограничения, но допускались исключения с учетом местного обычая при условии, что стороны были способны зачать детей и понимать природу совершаемого ими действия. Импотенция в момент брака считалась основанием для признания его недействительным. Считался недействительным и брак между лицами христианской и языческой веры, так как крещение было обязательным условием участия в любом таинстве. Однако церковь признавала действительность брака между католиком и еретиком или лицом, отлученным от церкви, а также законность брака между рабами и между свободным человеком и рабом или крепостным.

Каноническое право в XII—XIII вв. упростило и ослабило древние препятствия к браку, основанные на кровном родстве или свойстве. Были смягчены и препятствия наказуемого характера, такие, как прелюбодеяние и похищение невесты. Прелюбодеи могли искупить свое преступление, вступив в брак, а похититель мог жениться на похищенной, освободив ее. Брак священников, допущавшийся ранее каноническим правом, был объявлен незаконным.

Если стороны вступили в брак — добросовестно заблуждаясь и не зная об имеющихся препятствиях, канонисты считали, что дети от такого брака законнорожденные, а сам брак был действителен вплоть до дня объявления его аннулированным. Это называлось мнимым браком. Более того, брак не мог быть аннулирован без предъявления иска, а круг лиц, которые могли подать такой иск, ограничивался. Если не было близких родственников, то предпочтение отдавалось лицам, известным своим благоразумием. Закона об исковой давности не было, ничто не мешало желающей аннулирования стороне подавать иск, даже если она уже это делала и проиграла.

В дополнение к признанию брака недействительным на основании отсутствия согласия или на основании препятствий церковь разрешала и раздельное проживание супругов, называвшееся *divortium*. Такое разрешение давал суд, если были доказаны внебрачная связь, измена или тяжкие проявления жестокости. Однако развод в нынешнем смысле разрешен не был, узы тайнства, если они были наложены законным образом, считались нерасторгжимыми вплоть до смерти одного из супругов. Было два исключения: первое, незавершенный брак расторгался, если одна из сторон вступала в религиозный орден, в любом случае такой брак мог быть расторгнут папой; и второе при определенных обстоятельствах обратившийся в христианство супруг мог развестись со вторым супругом, который остался язычником.

Наконец, каноническое право предлагало значительную защиту женщине в браке в противоположность народному праву того общества, в котором оно возникло. “Перед Богом оба партнера в браке были равны, и впервые эта доктрина равенства была преподана христианством. На практике это

прежде всего означало, что все обязательства, в особенности обязательство верности, были взаимны. Тем не менее муж был главой дома и в силу своего положения мог выбирать место жительства, в разумных пределах поправлять свою жену и требовать от нее исполнения домашних обязанностей, совместимых с ее социальным положением”². Хотя церковь в основном принимала суровые ограничения, налагаемые светским законом на имущественные права женщины (да и на все ее гражданские права), она тем не менее ради защиты вдовы настаивала, что брак не может быть заключен без приданого, то есть создания такого фонда средств, который не может быть уменьшен в цене во время брака.

Как подсистема канонического права брачное право церкви опиралось отчасти на напряженность между концепцией таинства брака как добровольного союза двух людей в присутствии Бога и концепцией таинства брака как правового действия в рамках правовой структуры церкви — корпоративного образования. С одной стороны, делался акцент на внутреннее расположение брачных партнеров и их личные желания и реакции; с другой стороны, делался акцент на институциональные полномочия церкви и соответствие обычаям и политике общества, как церковного, так и светского. Эта напряженность проявлялась в тех вопросах, на которые приходилось отвечать церковным судам: можно ли считать брак недействительным из-за ошибки, обмана или принуждения; может ли муж оставить свою распутную жену; должна ли жена, вышедшая замуж за другого, полагая, что первый муж умер, вернуться к первому мужу в случае его возвращения; законен ли брак, заключенный тайно без присутствия третьего лица. Эта напряженность проявлялась и во многих ответах на эти вопросы, которые давали церковные суды. Особенно ясно она отразилась в вопросе о законности тайных браков. С одной стороны, заявил Грациан, “тайно заключенные браки запрещены всеми властями” и незаконны. С другой стороны, такой брак действителен, если его можно подтвердить признанием обоих супругов. Но если изменилась воля одного из супругов, то судья не должен доверять признанию другой стороны. Так укреплялась твердая политика публичного обручения и других внешних обязательств, а одновременно поддерживалась святость согласия при совершении таинства. Однако такое решение, опирающееся на фикцию в доказательственном праве, было хотя и “системным”, но едва ли совершенным.

Систематизация семейного права стала возможной потому, что церковь сосредоточила внимание на юрисдикции (причем в самом основном ее значении *ius dicere*, “говорить закон”) церковных властей над совершением таинства брака. Вся структура материального семейного права была сформулирована по преимуществу в терминах “брачных дел”, которые включали законность брака, его недействительность, нарушение брака (*divortium*), тайный брак, обещания вступить в брак, отлучение от ложа и стола, законнорожденность детей и собственность супругов. Из юрисдикции над “брачными делами” возникла относительно целостная подсистема правовых критериев, принципов, понятий и норм внутри системы канонического права в целом. Например, так как основой семьи был брак, а не кровное родство, приемные дети в семье получали такие же права, как и родные. Однако дети, рожденные вне брака, считались незаконнорожденными и ущемлялись в правах; правда, они могли быть узаконены последующим браком. Хотя подсистема семейного

права имела собственные структурные признаки, она разделяла и общие структурные признаки системы канонического права. Помимо многих общих с договорным правом важных элементов, каноническое право разделяло с феодальным (и с посвящением в духовный сан) фундаментальное представление о добровольном, по священному обету, вступлении в нерасторжимые пожизненные отношения, условия которых установлены законом. В современной терминологии — это возможность создавать правовой статус посредством договора.

КАНОНИЧЕСКОЕ НАСЛЕДСТВЕННОЕ ПРАВО

Народное право германских племен Европы не содержало никаких положений о порядке наследования по завещанию³. Передача наследникам прав и обязанностей умершего первоначально регулировалась племенным обычаем, позже деревенским, а еще позже также и феодальным обычаем. Заботились в основном о том, чтобы семья, двор или феодал пережили смерть отдельных своих членов и прежде всего главы. По древнему германскому праву только если человек вообще не имел наследника, он мог его назначить с согласия совета или вождя племени. Большая часть собственности принадлежала семье или племени и не подлежала распределению после смерти одного из членов. Личные вещи раздавались живому супругу и детям, причем часть их оставлялась во владении умершего, чтобы быть похороненными вместе с ним или сожженными в погребальном обряде.

С введением христианства долю покойника перестали хоронить или сжигать с трупом. Вместо этого ее стали раздавать на богоугодные дела во благо души умершего. Обычай варьировался в разных областях Европы, но, как правило, подлежащая раздаче собственность делилась на три части: треть — вождю или королю, треть — наследнику и треть — “доля Бога”.

Разумеется, духовенство очень интересовалось долей Бога. Например, как только становилось известно, что кто-то в округе умирает, священник оказывался рядом, чтобы напомнить умирающему о долге искупить грехи и оставить свое имущество на религиозные или благотворительные цели, например, строительство часовни или помощь бедным. По всей Европе установилось правило, что “последние слова” умирающего имеют юридическое значение, неважно, записаны они или нет. Эта практика обозначалась латинской фразой: “*donatio causa mortis*” (“дар в предвидении смерти”). Это было не совсем завещание, хотя в большинстве случаев действие этого документа было таким же. В тех редких случаях, когда умирающий выздоравливал, дарение теряло силу.

Другой формой дарения, вступающего в силу по смерти, было дарение “*post obitum*”. В отношении определенного участка земли составлялась “книга”, в которой собственник писал: “Я дарю эту землю после моей смерти [такому-то]...” Как указывает Мейтленд, это не было завещание в современном смысле, так оно: 1) не могло быть отозвано; 2) имело строго определенное содержание, то есть не относилось к тому имуществу, которое даритель мог иметь в момент вступления дарения в законную силу; 3) не назначало никакого представителя дарителя на момент его смерти или иной процедуры управления его посмертным имуществом⁴.

Канонисты XII в. создали свое новое право завещаний отчасти на основе германско-христианских институтов дарения *causa mortis* и *post obitum* и отчасти на основе классического римского наследственного права, которое было известно церкви и давно использовалось ею. Римское право наследования при отсутствии завещания походило на институт германского народного права в том, что главной целью его было обеспечить преемника главы семьи (*pater familias*). Однако римское право значительно полнее определяло правовые аспекты наследования. Само наследство называлось *universitas juris*, сложной правовой единицей, оно состояло из самой *familia*, с ее древними наследственными привилегиями и обязательствами, ее собственностью, рабами, всеми юридическими правами и обязанностями покойного. Это все немедленно по смерти человека переходило к его наследнику. Однако в эпоху XII Таблиц римское право также предусматривало, что “общее правопреемство” наследника по отношению к юридической личности умершего может регулироваться и альтернативным путем, по завещанию. Первоначально цель завещания состояла в том, чтобы противодействовать нормам наследования без завещания в тех случаях, когда эти нормы не подходили к конкретной семейной ситуации; другими словами, введение завещания в римском праве было вызвано к жизни той же самой целью, которая определяла и нормы наследования без завещания, то есть требовалось обеспечить переход юридической личности умершего к наследнику (или сонаследникам). Главная цель здесь была вовсе не предоставление людям возможности осуществлять свою волю после смерти, а защита социальной единицы.

На протяжении столетий завещание по римскому праву изменило свой характер. Изошренные формальности древнего периода: фиктивная продажа *familia*, с медными монетами, весами и ритуальными формулами — уступили место подписям и печатам семи свидетелей и подписи наследодателя. В определенных обстоятельствах могло быть действительным даже устное завещание. Наследнику также было предоставлено право отказаться от принятия наследства, если он видел, что обязательства по нему превосходят его возможности. Что еще более важно, увеличилось число специальных отказов и дополнительных распоряжений в пользу отдельных получателей наследства, что ослабляло положение наследника (поскольку он принимал на себя все обязательства наследодателя); было введено множество статей о замещении наследника и препятствиях к принятию наследства. Эти изменения в направлении большей свободы завещания также благоприятствовали церкви в Римской империи. Ко времени Юстиниана управление имуществом, завещанным ангелам и святым, бедным или на благочестивые цели, было доверено соответствующим церквям или епископам⁵.

Несмотря на это, завещание по римскому праву, хотя и соответствовало трем из перечисленных Мейтлендом критериев выражения последней воли, было лишено четвертого, который был основополагающим в наследственном праве, сложившемся на Западе в русле Папской революции в конце XI и в XII в. Новое качество заключалось в святости желаний завещателя постольку, поскольку эти желания были связаны со спасением его души: “завещание” стало “последней волей”, т.е. завещанием в современном смысле слова, но это было религиозное завещание.

Канонисты рассматривали выражение последней воли как религиоз-

ный акт, а само завещание как религиозный инструмент. Обычно этот акт совершался во имя Отца, Сына и Святого Духа. Говоря словами Мейтленда, “первая мысль завещателя была не о передаче hereditas, а о будущем благополучии его бессмертной души и смертного тела. Душу свою он завещает Богу, Деве и святым; тело — определенной церкви. Вместе с телом он передает на помин своей души... что-нибудь самое лучшее из своего имущества; часто, если умирающий — рыцарь, это будет его боевой конь... Иногда даются точнейшие указания о похоронах, о свечах, которые должны гореть вокруг гроба, о поминках... Затем последуют денежные и специальные отказы. Многое будет дано на благочестивые цели; редко состоятельный завещатель забывает четыре ордена нищенствующих монахов; благочестивым и похвальным считается отказ средств на ремонт мостов; вилланы редко получают свободу, но иногда им прощаются долги по ренте или возвращается имущество. Для средневекового завещания характерно множество специальных отказных распоряжений. Лошади раздаются по одной; так же раздаются драгоценности, кровати и покрывала, горшки и сковородки. Специалист гражданского или канонического права перечисляет свои драгоценные книги; любимая рукопись статуты передается в руки того, кто ее оценит... С другой стороны, завещатель не имеет акционерного капитала, ценных бумаг или денежных средств, которыми он мог бы распорядиться; он не говорит ничего или почти ничего о причитающихся ему долгах, а о своих долгах умалчивает или просто высказывает пожелание, чтобы они были уплачены”⁶.

В XII в. канонисты создали совокупность норм для определения действительности завещаний и для их истолкования и реализации. В противоположность римскому праву завещательные формальности были сведены к минимуму. Считались полноправными завещаниями не только “последние слова”, сказанные на смертном одре исповеднику, но и устные завещания тоже. Римские правила, требовавшие подписей и печатей семи достойных свидетелей, уступили место норме, изложенной в декретальном письме папы Александра III к епископу Остии: “Мы постановляем, что все завещания, которые сделаны вашими прихожанами в присутствии своего священника и трех или двух других подходящих лиц, являются постоянно действительными”⁷. Кроме того, по другому постановлению Александра III действительными считались все отказы на благочестивые цели, если они были засвидетельствованы двумя или тремя лицами. Таким образом, каноническое право добавило благотворительные отказы к тем двум видам отказов, которые по римскому праву считались действительными и без соблюдения необходимых формальностей. По римскому праву это были завещания находящихся на действительной военной службе солдат и моряков и завещания родителей тем детям, которые получили бы наследство и без завещания.

Канонисты также усилили меры защиты оставшегося в живых супруга и детей против лишения наследства завещателем. По нормам римского права наследник не мог быть лишен его “законной доли”. Сначала эта доля была установлена в размере четверти от того, что наследник получил бы без завещания, а потом — в размере трети и даже половины, если у завещателя оставалось пять или более детей. Однако в число таких наследников входили дети и внуки, а если их не было, то родители, но не жена. Каноническое право увеличило эту долю и включило под защиту этого условия жену, ис-

ключив внуков и родителей умершего. Если у покойного оставались жена и дети, то завещание не могло лишить ее или их более чем трети собственности, подлежащей распределению по завещанию, если у покойного оставалась только жена или только дети, то она или они получали половину.

Еще более важные изменения, чем в римском материальном праве завещаний, канонисты произвели в управлении наследственным имуществом. В XII в. они создали новый институт исполнителя завещания, то есть душеприказчика. Было установлено, что по смерти завещателя вместо принятия наследства наследником назначенное в завещании душеприказчиком лицо брало на себя владение всей собственностью, подлежащей распределению. Не наследник, а душеприказчик осуществлял права завещателя и выполнял его обязательства. Он мог предъявлять должникам завещателя иски в светских судах, однако наследники по завещанию должны были подавать на него в церковный суд. Заставить душеприказчика отдать законную долю жены и детей завещателя тоже можно было только в церковном суде.

Тот факт, что составление завещания было религиозным актом, объясняет, почему церковь присвоила себе и юрисдикцию над наследованием без завещания. По сути, церковь считала смерть без завещания разновидностью греха. Ведь если человек не выразил свою последнюю волю, он, по всей вероятности, умер без покаяния. Более того, имущество умершего без завещания следовало употребить на благо его души. Таким образом, имущество такого человека оказывалось в руках церковного судьи, то есть епископа или его заместителя, “официала”. Епископ мог доверить ближайшим родственникам покойного сделать что нужно для его души, однако они не могли претендовать ни на что помимо своей “законной доли”. По новому каноническому праву та доля, которую нельзя было отнять у жены и детей по завещанию, и была той долей, которую они наследовали без завещания, а прочие родственники вообще не имели права на наследство, если завещатель не упомянул их в своей последней воле. Так церковь присвоила себе юрисдикцию над наследованием без завещания не только для того, чтобы защитить вдову и сирот покойного, но и для блага его души, чтобы употребить остаток его имущества на благотворительные цели.

Со временем церковные суды разработали практику назначения управителя для распределения собственности человека, который умер без завещания. Его функции были те же, что и у душеприказчика. Средневекковая каноническая система управления имуществом покойного с помощью душеприказчиков и управителей сохранилась в английском и американском праве, а в континентальной Европе в XVI в. вернулись к более древней римской практике. Имущество передавалось наследникам, а те управляли им под надзором суда независимо от того, составил ли покойный перед смертью завещание.

Институциональная роль священников была центральной. Они выслушивали “последние слова”, были свидетелями последней воли, служили душеприказчиками и управителями, принимали завещанное имущество в качестве доверенных лиц религиозных организаций или на благотворительные дела.

Центральную роль играл и церковный суд, то есть епископ или его заместитель. От душеприказчиков и управителей требовалось представлять отчет церковному суду. Церковный суд надзирал и за лицами, которым было доверено употребить имущество на религиозные или благотворительные цели.

Этому же суду принадлежала юрисдикция над всеми спорами по завещанию (хотя некоторые из них подлежали и светскому суду).

Каноническое право наследования явилось прямым вмешательством церкви в феодальные политические и экономические отношения. Светские власти оказали яростное сопротивление, особенно в отношении притязаний церкви на юрисдикцию в отношении отказов земельной собственности. В Англии и Нормандии, например, светские суды в XII в. осудили дарение земли и посредством *post obitum*, и на смертном одре. Трактат Гленвилла (1187) так высказывался о дарении на смертном одре: “Если смертельно больной человек начал делать то, чего он не делал будучи здоров, то есть раздавать свою землю, то ясно, что им движут его мучения, а не здравый рассудок”⁸. Однако это был не самый главный аспект проблемы. Ведь дарение движимого имущества на смертном одре не возбранялось, а вот отказы земли по феодальному (не по городскому) праву не только в Англии, но и на всем Западе были запрещены вообще, причем неважно, делались они в “последнем слове” или тщательно обдуманном письменном завещании. По сути, феодальное право враждебно относилось к завещанию земли, несмотря на богоугодные или другие цели.

Если отказ земли следовал церкви, то будущие завещатели с помощью церкви находили разнообразные пути обойти этот запрет. Одним из таких способов было дарение земли религиозной корпорации с сохранением пожизненного права дарителя. По форме это было прижизненное дарение, *inter vivos*, в то время разрешенное, но оно имело те же последствия, что и завещание. Светские власти ответили на это правилом “мертвой руки”, которое запрещало всякие дарения земли религиозным организациям. Тогда церковь прибегла к другим хитростям. Землевладелец не дарил землю, а передавал ее религиозной корпорации как феодальному сеньору, а сам продолжал ею пользоваться как вассал; после его смерти никто другой не мог предъявить притязания на эту землю. Или, например, землевладелец сдавал свою землю в аренду религиозной корпорации, оговорив себе пожизненное право жить на ней. Эти изобретения тоже в конце концов потерпели крах. Наконец, церковь нашла золотую жилу — институт доверительной собственности (“пользование”). Правовой титул на землю передавался мирянину, державшему его как доверенное лицо религиозной корпорации, которая после смерти дарителя пользовалась землей и правом на все доходы с нее; на случай смерти доверенного лица было заготовлено условие о вступлении в должность нового. Такие “пользования” широко распространились начиная с XII в. к выгоде религиозных орденов, которым запрещалось “владеть” собственностью. Постепенно они стали средством не только передачи земли на благотворительные цели при жизни землевладельца, но и оформления того, что на деле являлось благотворительным отказом.

История ранних этапов развития права благотворительной доверительной собственности многое может рассказать о формировании западной традиции права. Еще более ясно, чем в случае семейного права, что каноническое наследственное право было порождено необходимостью учесть светское право, которое, делая упор на политическое значение землевладения, вынудило церковь сосредоточить свое право завещаний на движимой собственности и искать другие средства овладения земельными дарами. В Англии, по край-

ней мере, церковные суды установили практически исключительную юрисдикцию над наследованием движимого имущества как по завещанию, так и без. Это продолжалось даже после Реформации и придало английскому и американскому наследственному праву своеобразный облик, совсем иной, чем в странах континентальной Европы. Однако во всех странах Запада, не исключая и Англию, церковная юрисдикция над наследованием земли подчинялась светской. Борясь за земельные дары, церковь использовала новые правовые понятия и новый правовой инструментарий. Они включали современное понятие и инструмент доверительной собственности, перешедшее в английский светское право через юрисдикцию канцлера по праву справедливости, а в XII—XV вв. это понятие входило в право всех стран Европы постольку, поскольку все эти страны подлежали церковной юрисдикции. И благотворительное дарение движимого имущества, и дарение земли для постоянного использования религиозными корпорациями влекли за собой обязанность душеприказчиков или доверенных лиц исполнять желания дарителей в интересах бенефициариев. То и другое включало также контроль над такими обязанностями со стороны церковных судов.

Право, вышедшее из церковной юрисдикции над наследованием, обладало не только собственными структурными элементами, но и некоторыми структурными элементами канонического права в целом. Желания завещателя были священными, ибо при составлении завещания он совершал религиозный акт, в силу этого же обстоятельства они должны были соответствовать нравственным нормам церкви в интерпретации церковных властей. Отказ на безнравственные цели, например в пользу еретика, был недействителен. Однако любое завещание, если оно было сделано на благотворительные цели, признавалось законным, даже если бы в ином случае его следовало признать недействительным из-за неясности (например, из-за неопределенности бенефициария, размера наследства, цели завещателя, способов осуществления его намерения и т.п.). Завещания “в пользу бедных”, “на богослужения” или “на благотворительность” всегда признавались законными. Если не было названо доверенное лицо, то церковный суд назначал его. Если получателем наследства оказывалось не учрежденное законным образом объединение или корпорация, не имеющая права владеть собственностью, церковный суд назначал доверенное лицо, чтобы оно распорядилось имуществом от их имени. Эти нормы права доверительной собственности до сих пор действуют в США.

Там, где желания завещателя не могли быть исполнены по причине физической невозможности (например, получателя наследства нет в живых) или незаконности (например, получатель наследства — еретик или отказ незаконен по светскому праву), церковный суд исполнял намерение завещателя “так близко, как только возможно” (во французском языке норманнов, — *su pres*, “так близко, как”). Находили другого получателя наследства, аналогичного поименованному. Наследнику давалось что-нибудь взамен земли или какие-нибудь права на нее. Доктрина *su pres* все еще господствует в США.

Каноническое право завещаний основывалось на юрисдикции церкви и церковных судов над религиозным актом выражения последней воли. Свобода завещания понималась, по существу, как свобода вносить вклады на религиозные и благотворительные дела, хотя это неизбежно влекло за собой и свободу завещать имущество родным и друзьям. В каждом завещании став-

кой было благополучие души усопшего. Кроме того, ставкой было и благосостояние бенефициариев завещания, в особенности в случае религиозных и благотворительных отказов. Каноническое право наследования без завещания, однако, хотя и было отчасти основано на юрисдикции церкви и церковных судов над благополучием души покойного, отчасти было основано и на их юрисдикции над вдовами и сиротами. Именно на этих двух юрисдикционных основаниях каноническое право реинтегрировало сохранившиеся римские и германские правовые институты в новую совокупность права наследования. И по сей день сохраняется диалектическая напряженность между правом завещаний (часть которого унаследована от римского права) и правом наследования без завещания (которое частично унаследовано от германского народного права).

Итак, если говорить о каноническом наследственном праве как подсистеме внутри системы канонического права в целом, то надо признать, что его структурное единство, как и структурное единство всего канонического права, основано на сознательном согласовании разноречивых элементов.

КАНОНИЧЕСКОЕ ПРАВО СОБСТВЕННОСТИ

Церковные суды едва ли могли притязать на столь широкую юрисдикцию над отношениями собственности, какой они обладали над семейными отношениями и наследованием⁹. Однако их юрисдикция над вопросами собственности отнюдь не была скудной, и из нее выросла значительная совокупность права. Церковь владела огромными богатствами, приобретенными благодаря дарениям, налогам и собственным сельскохозяйственным, производственным и торговым предприятиям. По некоторым данным, церкви принадлежало от 1/4 до 1/3 всей земли в Западной Европе. Неудивительно, что не только церковные ученые-правоведы, но и церковные суды и законодатели много занимались вопросами прав и обязанностей, связанных с владением, пользованием и распоряжением этими богатствами. Кроме того, каноническое право высказывалось также по вопросам прав и обязанностей, относящихся и к светской собственности.

Несомненно, каноническое право собственности в значительно большей степени, чем каноническое брачно-семейное право, испытало на себе влияние современного светского права. Во-первых, никто никогда не утверждал, что собственность — даже и церковная — имеет священный характер. Материальные ресурсы церкви всегда считались частью ее “преходящей” власти. Более того, в контексте феодального землевладения права церковной собственности часто связывались с правами светской собственности. Например, приход мог “держат” свою землю и постройки “от” епархии или аббатства (собственностью монастырей на приходские церкви была начиная с XII в. широко распространена в Европе), а епархия или аббатство могли “держат” эту же землю “от” какого-нибудь барона. Споры по поводу земельной ренты, уплачиваемой приходом епархии или аббатству, обычно находились в юрисдикции церковных судов и разрешались по каноническому праву, а споры по феодальным повинностям и службам, которыми епархия или аббатство обязаны были барону, обычно подпадали под юрисдикцию светских судов и разрешались по светскому праву (хотя в последнем случае бывали разногла-

сия между церковными и светскими судами по поводу юрисдикции). Церковь была как бы и внутри, и вне тогдашнего феодального экономического уклада. Ее право собственности неизбежно имело отчасти феодальную природу. Аналогичным образом, церковь была и внутри, и вне тогдашнего городского экономического уклада, который господствовал в тысячах вольных городов, выросших по всей Европе в XI — XIII вв., так что ее право собственности неизбежно имело отчасти городскую природу. Однако каноническое право отношений собственности было также отчасти и нефеодальным и негородским, то есть оно основывалось частично на особых церковных соображениях и принципах канонического права в целом. Канонисты того времени не только первые привели в систему право собственности; они также ввели некоторые совершенно новые понятия и нормы права собственности — те самые, которые оказали глубочайшее и долгосрочное воздействие на западную традицию права.

Большинство церковных земель и зданий с конца XI по XV в. принадлежали церкви по праву владения, известному в Англии как “free alms” — “безвозмездная милостыня” (в норманнском французском “frankalmoign”, в латыни “libera elemosina”). Как правило, даритель (или несколько дарителей вместе) делал дар Богу и поименованной церковной корпорации, ее должностным лицам и членам, например: “Богу и Св.Уилфреду Дамфрийского аббатства и аббату Дункану и монахам Св.Уилфреда”. Если целью была постройка церкви, больницы или учебного заведения, то дар мог включать не только землю, но и средства для строительства и эксплуатации здания и обеспечения функционирования учреждения в будущем. Но часто даритель земли сохранял для себя и своих наследников права на нее. В частности, он мог оставить за собой право “представлять” нового священника для построенной на его земле церкви, как только образовывалась вакансия. Такое право патронажа (advocatio, “покровительство религиозной общине”) было весьма ценной собственностью. Благодаря этому праву можно было назначить кого угодно (например, родственника) на должность, которая часто была весьма доходной. Даритель также мог сохранить за собой и своими наследниками право на земельную ренту, феодальные подати, военную службу и другие права, прилагавшиеся к владению этой землей. Иногда, впрочем, даритель мог отдать на благотворительные цели не только право на владение участком земли, но и все остальные связанные с ним права. В таких случаях могло потребоваться согласие со стороны лиц, стоящих выше дарителя на феодальной лестнице, ведь они тоже должны были уступить эти права. Церковная земля, освобожденная таким образом от всех феодальных обязательств, представляла собой нечто совершенно иное по сравнению с характерной для тогдашнего светского землевладения феодальной собственностью, которая была обременена разнообразными повинностями. Фактически большая часть земель, которые церковь держала на основе безвозмездной милостыни, была освобождена от феодальных повинностей таким способом.

Церковная собственность составляла резкий контраст с феодальной собственностью не только в силу ее освобождения во многих случаях от феодальных повинностей, но и в силу ее корпоративного церковного характера, т.е. это всегда была собственность церковной корпорации и никогда — отдельной личности. Более того, она всегда служила целям корпорации. По-

немецки это называется “Zweckvermögen” (“целевая собственность”). По каноническому праву ее использование определялось той целью, для которой она приобреталась, в этом смысле она была связана с институтом доверительной собственности. Должностные лица той церковной корпорации, которая владела данной собственностью, будь это аббатство (монашеский дом), епархия, приход, университет или больница, даже, если на то пошло, архиепископия или само папство, были доверенными лицами, от которых каноническое право требовало целенаправленно использовать собственность на благо тех, ради которых она приобретена.

Трактовать церковную собственность в XII в. как “доверительную собственность” (trust) — значит допускать некоторые вольности в отношении термина, который приобрел ряд конкретных значений в английском праве четыре столетия спустя. Однако исторически английское понятие доверительной собственности произошло от понятия “пользование”, которое было известно и применялось в Европе начиная с XII в., а в Англии было развито в канцлерском суде в XIV—XV вв. Земля и другая собственность передавались определенным лицам, чтобы ей “пользовались” отдельные церкви, монастыри, другие церковные корпорации. Эта практика очень широко распространилась с появлением в XIII в. ряда францисканских орденов, так как по правилам им запрещалось иметь собственность сверх повседневных нужд. Лицо, которому передавалась собственность, “владело” ей, но каноническое право, а позже в Англии и канцлерский суд требовали, чтобы он распоряжался ей во благо тех, для “пользования” которых она была дана.

“Пользование” (как и позднее возникшая английская “доверительная собственность”) предполагало три стороны: дарителя, дарополучателя и бенефициария. Дарополучатель принимал дар как доверенное лицо бенефициария. Однако, как правило, собственность, передаваемая церковной корпорации, находилась во владении этой корпорации; она и была дарополучателем. При этом она же была и бенефициарием. Если ее должностные лица имели полномочия владеть, пользоваться и распоряжаться собственностью корпорации, они должны были осуществлять такое полномочие в качестве ее “доверенных лиц”. Такова и до сих пор норма английского права компаний и американского права корпораций. Такова была и есть норма канонического права католической церкви.

Канонисты изобрели также юридическую конструкцию под названием “фонд” (англ. “foundation”) или “корпорация имущества” (universitas bonorum) в противоположность “корпорации лиц” (universitas personarum). Это понятие полностью отсутствовало и в римском, и в германском праве. Хотя оно и не имеет точной параллели в позднейшем английском светском праве, было воспринято светскими правовыми системами других европейских стран. (В немецком языке оно носит название “Stiftung”, во французском — “fondation”.) Этот институт состоял в персонификации целей, которым должны были служить данная собственность, деньги, земля и невещественные права. Так, сам церковный бенефиций, то есть права собственности и повинности, связанные с данной церковной должностью, принадлежащие ей доходы от экономической деятельности, все другие привилегии — рассматривались как юридическое лицо, обладающее полномочием через своих должностных лиц вести свои хозяйственные и юридические дела в качестве обособленной единицы. Больница, приют для бедных,

учебное заведение, епархия или аббатство могли рассматриваться не только как корпорация лиц, но и как корпорация имущества.

В дополнение к современным понятиям корпоративной собственности, доверительной собственности и фонда канонисты также разработали современные представления о правовых средствах защиты владения. В частности, в XII в. они разработали правовой иск для восстановления владения землей, имуществом и неимущественными правами, посредством которого прежний владелец, лишенный их насильственно или обманом, мог восстановить владение простым доказательством неправомерного лишения владения, без представления доказательства более предпочтительных прав на владение.

Правовые средства защиты владения были необходимы из-за широко распространенной в то время практики насильственного захвата и передела земли враждующими сторонами. Церкви приходилось принимать в этой борьбе прямое участие, когда два лица претендовали на одно и то же аббатство или епархию и противник изгонял владельца силой оружия. Соперниками могли быть как члены духовного сословия — сами епископы или аббаты, — так и светские господа, претендующие на право представлять кого-либо из них. Насильственное изгнание владельца называлось “*spoliatio*” (“самозванный захват”, “грабеж”, англ. “*spoliation*”, “*despoiling*”). До XII в., решая эту проблему, папы, патриархи и другие церковные иерархи время от времени высказывались в том духе, что, прежде чем может быть окончательно решен вопрос о правах сторон, прежний владелец должен быть восстановлен во владении.

В *Causae II* и *III* своего “*Decretum*” (который изначально назывался “Согласование разноречивых канонов”) Грациан решал вопрос грабежа на материале двух довольно сложных дел, оба касались епископов, силой лишенных владений на основании приписываемых им преступлений. Двумя важными частями этого анализа являются ответы на *Quaestio 2* в *Causa II* и на *Quaestio 1* в *Causa III*. Они кратки.

Первый *Quaestio* озаглавлен: “То, что насильственно лишенный владения человек не может быть привлечен к суду, установлено многими авторитетами”. Далее Грациан цитирует высказывания трех пап в том духе, что “прежде предъявления любого иска следует все вернуть тому, кто им владел”. Цитируется письмо епископа Евсевия к монахам Александрии и Египта: “Мы читаем в ваших письмах, что некоторые епископы в ваших странах были обвинены собственной паствой... и некоторые были лишены имущества, а другие изгнаны силой со своих престолов. Вы знаете, что их нельзя призвать ни на провинциальный, ни на общий синод... [ни] судить иным судом, пока все, что отнято, не будет полностью возвращено в их власть в соответствии с законами”. Затем цитируются два других похожих папских письма.

Quaestio 1 в *Causa III* озаглавлен: “Должен ли быть восстановлен в правах всякий, кто был насильственно лишен имущества или прав”. Вновь Грациан цитирует два папских послания, в которых утверждается, что насильственно лишенные имущества или изгнанные епископы должны все получить назад (*redintegranda*, “восстановлены”), прежде чем им предъявят обвинения. В одном папском послании содержится такое заявление: “Никто из их начальников или подчиненных не смеет возводить на них обвинение, пока они лишены своих церквей, имущества или полномочий”¹⁰.

Затем Грациан вывел из этих двух посланий, написанных по поводу

конкретных дел, норму необычайной широты. Всякий человек имеет право на судебное постановление о восстановлении его во владении всем, чего он был лишен, включая неимущественные права и полномочия, причем неважно, было это отнято силой или обманом; а средство правовой защиты обращено не только на первоначального правонарушителя, но и на третьих лиц.

Юристы, которые глоссировали трактат Грациана во второй половине XII и в первой половине XIII в., ухватились за широту этой нормы. “Ординарная глосса”, то есть общепринятая интерпретация трактата, написанная Иоханнесом Тевтоником в 1215 г., аннотировала *Causa II, Quaestio 2* следующим образом: “Различие между этим *quaestio* и *quaestio 1* в *causa III* состоит в том, что реституция предлагается здесь посредством *excerptio* [то есть возражения с аргументами против предъявленного обвинения], а там она предлагается посредством иска [то есть независимого предъявления иска]”. В глоссе Иоанна Фавентия говорилось: “*Causa III, quaestio 1*: Заметь, что то, что говорится о лишенных прав епископах, понимается как относящееся ко всем духовным лицам”. (Грациан распространял это на всех лиц вообще.) А Гугуччио писал: “*Causa III, quaestio 1, c. 3*: Если кто-нибудь был лишен противником своего имущества насильем, или угрозами, или обманом, или иной хитростью, он должен быть восстановлен во владении”¹¹.

Норма Грациана была названа “*canon redintegrandi*” (“норма реституции”). Вскоре после Грациана канонисты ввели новый иск, названный “*condictio ex canone redintegrandi*”; позже он стал называться “*actio redintegrandi*”, а еще позже — “*actio spoli*” (“иск о захвате”)¹². *Actio spoli* мог применяться для любой разновидности насильственного захвата имущества (включая захват имущества обманом); он мог применяться для восстановления владения и неимущественными правами, и движимым и недвижимым имуществом; его можно было применять против третьих лиц, включая и тех, которые не владеют спорным имуществом; а от истца не требовалось предъявлять правовой титул на землю, имущество или права, восстановления которых он требовал. Наконец, этот иск стал доступен даже тому, кто сам был неправомерным владельцем. Возьмем крайний случай: если А насильственно отнял собственность у Б, а затем Б в порядке возмездия насильственно отнял собственность у А, то А имел право на решение суда, восстанавливающее его во владении. Принцип состоял в том, что лицо, способное доказать, что оно было обманом лишено владения, должно было иметь право на предварительную реституцию по судебному решению до рассмотрения всех аспектов дела и не должно было извлекать выгоду, прибегнув к самосуду.

Защита права владения имела чрезвычайно важное значение в феодальном обществе. Ведь там то, что сегодня называется собственностью, было поделено между несколькими лицами. Феодальный держатель земли был ленником своего вышестоящего господина, а тот мог быть ленником короля; помещик мог законным образом вступать на эту землю для определенных целей и мог иметь права на определенные плоды этой земли; держатель не имел права собственности на землю, но ему нужна была правовая защита против вмешательства чужих в его права на владение. Поэтому проведенный канонистами анализ положения лица, лишённого владения, и их вывод о его праве на восстановление в своем имуществе без необходимости доказывать еще что-либо, кроме самого факта “грабежа”, имели общую значимость.

Одной из главных движущих сил роста королевского права в Европе в XII—XIII вв. была потребность в более сильной центральной власти для

сохранения мира между баронами. И в этой связи норма канонического права, порицающая внесудебную самозащиту даже со стороны имеющего более законные права, обладала большой привлекательностью.

В противоположность этому римское право Кодификации Юстиниана давало очень мало возможностей для разрешения двойной проблемы защиты владения и противодействия самосуду. В Кодексе, Дигестах и Институциях эта проблема затронута лишь очень кратко.

В Кодексе имеются три примера интердиктов, изданных преторами в правление императоров Диоклетиана и Максимиана и Цезарей¹³. (Интердикт — это указ, прямо адресованный сторонам и излагающий норму права для решения дела, с которым они обратились к претору.) Данный интердикт назывался “Unde vi” (“основание применения силы”). В трех примерах Юстиниана он прилагается к трем различным реальным ситуациям. В первой претор заявляет: “Законный владелец имеет право применить умеренную степень силы для отпора любому насилию, направленному на лишение его владения, при условии, что его право на владение действительно”. По всей видимости, это относится к праву на защиту собственности против непосредственного покушения на нее в данный момент. Для канонистов это дело было совершенно вне пределов тех проблем, которые породили *canon reintegranda* и *actio spoli*. Следует также отметить, что эта норма защищает право собственности, а не просто владения. Сразу за первым следует второй пример интердикта “Unde vi”: “Является действующей нормой права тот порядок, что путем применения данного интердикта те, кто был насильственно лишен собственности, могут вернуть ее до истечения установленного для этого годичного срока, и что наследники несут ответственность в размере сумм, попавших в их руки в течение этого срока”. И опять это, очевидно, не имеет отношения к проблеме самосуда. Кроме того, здесь нет указания, должен ли истец для возвращения себе владения доказывать свое право собственности. Третий пример мало или ничего не добавляет ко второму.

Дигесты высказываются на эту тему более подробно. В разделе, названном “По поводу интердикта “Vi et armata”, имеются два фрагмента — один из Ульпиана, другой из Помпония. Ульпиан приводит несколько иную формулировку интердикта по сравнению с данной в Кодексе: “Претор говорит: “Если ты или твои рабы силой лишили кого-либо собственности, которую он тогда имел, я удовлетворю иск только в течение года, но когда прошел год, я удовлетворю иск только в отношении того, что [впоследствии] попало в руки того, кто силой лишил истца его имущества”. Затем Ульпиан замечает: “Этот запрет был установлен во благо человека, которого изгнали силой, ибо совершенно справедливо прийти ему на помощь в таких обстоятельствах. Этот запрет был установлен для того, чтобы он вернул свою собственность”. Неясным остается вопрос о защите права собственности, которое в римском праве четко различалось с правом на владение. Может ли настоящий собственник употребить силу, чтобы лишить владения человека, удерживающего его на основании ложного притязания? Ульпиан об этом ничего не говорит. Но он существенно суживает сферу действия интердикта, заявляя: “Этот запрет не относится ко всем видам насилия, а только к такому насилию, которое применено против лишавшихся собственности людей. Этот запрет относится только к гнусному насилию, когда стороны лишаются владения почвой, как, на-

пример, надела земли или строения, но ни к чему иному”. Помпоний добавляет свое краткое замечание: “Однако если ты изгнан вооруженной силой, ты имеешь право вернуть себе землю, даже если изначально ты приобрел ее либо силой, либо скрытно, либо на основании спорного притязания”¹⁴. Обратите внимание, что допускается приобретение владения настоящим собственником с помощью насилия, тайно или на основании спорного притязания.

Наконец, в Институциях имеется фрагмент об интердикте “unde vi”, который очень близко следует за приведенным там же отрывком из великого римского юриста Гая, жившего во второй половине II в. Этот фрагмент вносит ясность в некоторые проблемы, но еще больше запутывает другие. Сначала утверждается, что этот интердикт (применимый только к земле и строениям) дает правовую защиту даже в том случае, если лицо, силой лишенное владения, само приобрело его “силой, тайно или произвольно” (vi, clam, precario). Затем утверждается, что “если лицо завладело какой-либо вещью насильственно, а она является его собственностью, то он лишается собственности на нее...”. Однако неясно, чьей же собственностью эта вещь становится. Наконец, этот фрагмент ссылается на Закон Юлиев о частно-правовом и публично-правовом насилии и заявляет, что если некое лицо лишило другого владения насильственно, но без применения оружия, то оно виновно в частном насилии, а если насилие было с применением оружия, то это лицо виновно в общественном насилии. “Под оружием мы понимаем не только щиты, мечи и шлемы, но и палки и камни”¹⁵.

В высшей степени ценно сравнение трактовки правовой защиты от неправомерного лишения владения в Кодификации Юстиниана и в “*Decretum*” Грациана. В известном отношении папские послания играют для Грациана ту же роль, что интердикты претора для Ульпиана, Помпония и Гая. Однако цитируемые фрагменты римских юристов гораздо ближе придерживаются формулировок интердиктов. Они склонны привязываться к авторитетной норме, а не экстраполировать из нее, хотя могут и добавлять кое-что к охватываемым данной нормой делам. Как правило, они следуют различиям, закрепленным или подразумеваемым в данной норме. Так, если в интердикте сказано “земля”, то римский юрист в своем комментарии чаще всего скажет “земля, а не движимое имущество”. Грациан, однако, склонен искать принцип, лежащий в основании данной авторитетной нормы. Если земля, почему не имущество? А если и земля и имущество, тогда почему не права? Авторитеты говорят о “епископе”, Грациан добавляет и аббата, и любого священника, а в конце концов и вообще любого, так как принцип для него тот же самый. Так Грациан завершает свой анализ насильственного лишения владения выведением всеобъемлющего принципа, применимого к самым разнообразным ситуациям, в то время как римские тексты выдают только набор разрозненных норм, довольно узко понимаемых и с трудом поддающихся объяснению.

Извлечение из таких римских текстов, как цитированные выше, связанной доктрины о правах лиц, неправомерно лишенных собственности, было гениальным достижением науки римского права XII—XIII вв. Специалисты римского права достигли этого путем приложения к интердиктам “unde vi” и “vi et armata” той же логики, которую Грациан приложил к решениям первых пап и которую потом канонисты приложили к труду самого Грациана. Под влиянием науки канонического и римского права разные светские вла-

стителю Европы издавали свои собственные законы, устанавливавшие, что даже законный собственник не вправе изгонять владеющего несобственника с помощью силы или обмана и что владелец, чье право основано на предшествующем неправомерном лишении его владения, должен отказаться от владения, даже если потом, в результате другого иска, он мог бы вернуть эту собственность (если она ему принадлежит).

Какими бы политическими соображениями ни руководствовались светские власти, канонисты разработали "*canon redintegranda*" и "*actio spoli*" не для защиты владения как таковой, а для наказания самосуда и недобросовестности. Это ясно из другого изобретения канонистов, а именно модификации той доктрины римского права, которая позволяла владельцу приобрести правовой титул на данную землю благодаря истечению определенного срока, при условии, что он приобрел владение законно. Например, лицо, купившее землю и уверенное в добросовестности продавца, но потом обнаружившее, что последний не имел на нее права, могло в конечном счете приобрести абсолютное право собственности на эту землю "по приобретательной давности". Однако канонисты считали, что если владелец знал, что земля не его по праву, и знал, кому она принадлежит по закону, тогда с его стороны было недобросовестностью и грехом удерживать ее. В XII в., вскоре после появления трактата Грациана, один анонимный автор определил такое удержание как кражу. Впоследствии папа Иннокентий III постановил, что тот, кто претендует на право собственности по давности владения, ни в какой момент своего владения не должен был знать, что данный предмет принадлежит другому. Это положение канонического права резко противоречило светскому праву в большинстве стран Европы. Тем не менее оно является основополагающим структурным элементом в системе канонического права собственности.

КАНОНИЧЕСКОЕ ДОГОВОРНОЕ ПРАВО

Развитый свод договорного права понадобился церкви в XII в. уже хотя бы для того, чтобы регулировать бесчисленные экономические сделки между церковными корпорациями¹⁶. Кроме того, церковные суды добивались и получили в значительной мере юрисдикцию над экономическими договорами между мирянами, когда стороны включали в свое соглашение "клятвенное заверение", а для этого также было важно, чтобы договоры внушали уважение. Более того, каноническое брачно-семейное право содержало важные элементы договорного права.

В договорное право канонисты смогли включить еще больше, чем в право собственности, понятий и норм, которые параллельно разрабатывали глоссаторы новооткрытых текстов Юстиниана. Причина была двоякая: во-первых, старое римское право (в особенности "*ius gentium*") достигло высокого уровня разработанности в области договоров, и многое из его терминологии, а также решений по конкретным вопросам могло быть применено в XII в. к расцветающей торговой жизни Западной Европы; во-вторых, глоссаторы римского права в XII в. достигли особенного искусства в реконструкции и переделке старого римского права договоров, отчасти благодаря требованиям, предъявленным стремительными экономическими переменами того времени.

В частности, старое римское право дало названия различным формам заключения соглашений и соответствующим договорам. Так, Гай писал, что некоторые типы договоров заключались произнесением определенной предписанной словесной формулы, другие — официальной записью в особые учетные книги, третьи — доставлением указанного в договоре предмета, а четвертые — неформально выраженным согласием. В третьем классе договоров, заключаемых доставлением указанного предмета, Гай числил денежный или вещевой заем, заем предмета с возвратом *in specie*, сдачу на хранение (с возвращением по требованию) и залог (в обеспечение некоего обязательства). В четвертом классе договоров по неформально выраженному согласию Гай числил продажу, аренду, товарищество и мандат (форма агентского соглашения). Позднее римские юристы добавили еще несколько классов договоров. Самым важным из них был “неназванный” договор, подразделявшийся на четыре типа: дар за дар (*do ut des*), дар за действие (*do ut facias*), действие за дар (*facio ut des*), действие за действие (*facio ut facias*). Неназванные договоры могли быть объектом иска только после выполнения одной из сторон ее обещания.

В дополнение к тщательно разработанной классификации видов и типов договоров Кодификация Юстиниана включала сотни разрозненных норм по поводу действия этих договоров: мнения юристов, решения по рассмотренным делам, постановления императоров и т. д. Однако нигде нельзя было найти систематического разъяснения причин данной классификации или данных норм.

Пытаясь построить такое обоснование, глоссаторы конца XI и XII в. ухватились за темный фрагмент в Дигестах, где утверждалось, что даже неназванный договор порождает обязательство, если есть причина, основание (*causa*). В противном случае этого не происходит, и “поэтому голое соглашение не дает основания для иска”¹⁷. Возможно, автор просто имел в виду, что неназванные договоры не дают основания для иска, пока одна из сторон не выполнила своего обязательства. Как выразился Джеймс Гордли, “глоссаторы вложили в это положение гораздо больший смысл. Они ухватились за слово “голый” и возвели его в общий принцип: чтобы быть основанием для предъявления иска, соглашение должно быть “облечено”. “*Causa*” в этой связи была определена как наличие “облачения”. Аккурсий определяет “*causa*” как “нечто данное или сделанное, что облакает договор”¹⁸. Таким образом, слово “*causa*” использовалось глоссаторами как родовый термин для обозначения различных оснований того, почему разные типы договоров были (или должны были быть) юридически обязывающими. Само это слово имело много оттенков смысла: основа, основание, цель, причина и др. Гордли указывает, что глоссаторы нашли формулировку для определения действительности договоров в спорных случаях благодаря тому, что они провели различие между разными видами “*causa*”: с одной стороны, целью, ради которой стороны вступили в соглашение (она обозначалась аристотелевским термином “*causa finalis*”, “целевая, конечная причина”), и, с другой стороны, мотивацией, побудившей стороны заключить договор (она обозначалась термином “*causa impulsiva*”, “побудительная причина”). Однако только двумя столетиями позже, после того как перевели Аристотелевы “*Метафизику*” и “*Этику*”, после того как Фома Аквинский систематически приложил аристотелевскую философию к христи-

анской теологии, только тогда постгlossаторы (в особенности итальянские юристы XIV в. Бартол и Бальд) смогли пойти дальше и создать не просто синтез римского права договоров, а то, что сегодня может быть названо общей теорией договора. При этом они отталкивались от аристотелевских понятий дистрибутивной и коммутативной справедливости, использовали аристотелевские категории субстанции и акциденций и подлинные Аристотелевы определения конечной причины, формальной причины, материальной причины и действующей причины¹⁹.

Теория договора, разработанная постгlossаторами в XIV в., однако, строилась не только на фундаменте романистской науки права гlossаторов XII—XIII вв. (воспринятой в свете аристотелевских понятий, категорий и определений), но и на фундаменте правовой науки, и прежде всего правовой системы канонистов XII—XIII вв. Канонисты дополнили романистское правописание, во-первых, тем принципом, что обещания сами по себе имеют обязывающую силу по совести, независимо от того, “облечены” ли они; а во-вторых, принципом, что “causa”, которая является основой договора и которая, если она должная, придает ему действительность, определяется с точки зрения предшествующего морального обязательства сторон, которое и оправдывает заключение ими данного договора.

Канонисты отталкивались от принципа дисциплины покаяния, что каждое обещание независимо от его формы имеет обязывающую силу: “*rusta sunt servanda*” (“соглашения надо соблюдать”). Поэтому при подаче иска по договору не может служить оправданием тот факт, что договор не имел письменной формы или не был заключен под присягой. В глазах Бога присяга и обещание без присяги равны, говорили канонисты; невыполнение обязательств по соглашению равносильно лжи.

Однако из этого не следовало, что все обещания имеют обязывающую силу. Юридически обязывающими считались только соглашения, опиравшиеся на должную — в смысле оправданности договора — причину. “Causa имела место, если обещающий имел в виду определенный результат, либо какой-нибудь определенный правовой акт, либо нечто более всеобъемлющее, например мир. И с целью охранить нравственность не только было необходимо, чтобы обещающий имел цель, но чтобы цель эта была разумна и справедлива”²⁰.

И для канонистов, и для романистов XII в. “разум” и “справедливость” в договорном праве требовали уравновесить приобретения и потери с обеих сторон. В каждом договоре обмениваемые вещи или услуги должны были иметь равную стоимость. Это называлось принципом “справедливой цены”. Само это выражение, “*pretium iustum*”, было заимствовано из одного фрагмента в Дигестах, в котором устанавливалось, что, если продавец поместья (*fundus*) получил менее половины “справедливой цены”, он может подать в суд на покупателя, за которым, однако, сохраняется право выбора в отношении выполнения своего обязательства (судя по всему, он может доплатить разницу либо аннулировать договор)²¹. Эта норма (которая, на первый взгляд, кажется средством правовой защиты продавца, которому не заплатили) впервые вновь появилась в Западной Европе в “*Brachylogus*”, учебнике по римскому праву начала XII в., где она характерным образом расширена и охватывает любой договор продажи²². Канонисты применяли ту же самую норму²³. В ходе дальнейшей разработки доктрина

справедливой цены была развита до уровня основополагающего принципа для проверки действительности любого договора.

Вопрос был в том, как определить, что справедливо? И специалисты римского права, и канонисты отталкивались от принципа, что в норме справедливая цена — это общепринятая цена, то есть рыночная²⁴. Считалось, что цена эта не жесткая, она могла варьироваться в зависимости от времени и места. Там, где трудно определить рыночную цену, как в случае с землей, справедливую цену можно установить, выяснив размер дохода с этой земли, или посмотрев на цены продаж поблизости, или, если все это безрезультатно, спросив мнение людей, особо сведущих в местных ценах.

Романисты считали отклонение от справедливой цены введением в заблуждение или фактической ошибкой; то есть они полагали, что если покупатель заплатил больше рыночной цены или продавец взял меньше, то это из-за незнания рыночной цены. Поэтому романисты разработали различные меры компенсации потерпевшему в зависимости от того, сознательно ли другая сторона ввела его в заблуждение. Они также использовали норму, применяемую канонистами в случае наличия фактического заблуждения у одной из сторон при заключении брака, а именно: если заблуждавшееся лицо все равно вступило бы в этот союз, зная истинные обстоятельства, то ошибка не считалась существенной и не аннулировала договор.

Однако канонисты занимались и другим аспектом продажи. Их интересовала не только справедливая цена, но и чрезмерная прибыль, извлеченная другой стороной. Само получение прибыли, вопреки утверждениям многих современных авторов, канонисты XII в. вовсе не осуждали. Во многих ситуациях считалось совершенно правильным дешево купить и дорого продать. Если собственность подорожала со времени покупки, ничего не было дурного в том, чтобы продать ее по более высокой цене. Если ремесленник своим искусством улучшил данный предмет, совершенно правильно было продать его дороже. Но даже в тех случаях, когда товар никак не улучшался, например, купец покупал его для перепродажи, канонисты говорили, что в этом нет ничего плохого, лишь бы купцом двигала не жадность, а желание прокормить себя и своих иждивенцев²⁵. Каноническое право осуждало только “постыдную” прибыль (“turpe lucrum”, “презренный металл”), а это отождествлялось с корыстолюбивой деловой практикой. Последняя, в свою очередь, отчасти определялась тем, насколько она отличалась от обычной деловой практики. Таким образом, для канонистов доктрина справедливой цены стала, по существу, и нормой о бессовестности, направленной против вредных сделок, и нормой о нечестной конкуренции, направленной против нарушения правил рынка.

В этом качестве эта норма была параллельна другой доктрине канонического права, запрету на ростовщичество. Ростовщичество осуждалось и в Ветхом, и в Новом Завете, а церковь осуждалось с древнейших времен²⁶. Однако определение его никогда не было до конца ясным, и все время менялось. Иногда как будто имелась в виду любая прибыль, извлеченная из дачи денег в долг, причем неважно, как и для чего. В аграрных обществах, где земледельцам приходится переживать голодное время перед сбором и продажей урожая, займодавцы за проценты нужны, но в то же время их ненавидят и осуждают. В Западной Европе в IX, X и в начале XI в. (до великого

возрождения торговли) брали в долг почти всегда для удовлетворения нужд потребления, а не для производства или инвестирования; в то время церковь издала множество запретов против греха ростовщичества. Однако в конце XI — начале XII в. экономическая ситуация начала коренным образом меняться. Деньги понадобились не только для потребления, но и для финансирования крупномасштабных экономических предприятий. Да и самой церкви понадобились деньги, чтобы финансировать свои крупномасштабные военные предприятия. В то же самое время, как указал Джон Нунан, «многие церкви и монастыри были весьма богаты и постоянно искали вложения своим средствам. Ведь монастыри были главными займодавцами отправлявшихся в крестовые походы аристократов. Широкий размах приняла покупка прав на годовые доходы церквами и другими благочестивыми учреждениями... Сам папский престол довольно часто имел на банковских счетах огромные свободные суммы»²⁷.

При таких обстоятельствах канонисты впервые начали приводить в систему право ростовщичества. Она начали с широкого общего понятия более древних времен — грех ростовщичества заключается в даче денег займа ради прибыли. Грациан определял это как «то, что требуется помимо главной суммы», и заявлял, что ростовщик, как и вор, обязан вернуть то, что он взял сверх долга²⁸. Более того, каноническое право в XII в. распространяло понятие ростовщичества и на продажу товаров в кредит, если ее цена превышала цену продажи за наличные. В то же самое время значительное количество операций по финансированию и кредитованию ради прибыли были объявлены неростовщическими. Если должник был врагом, вассалом или неправомерным владельцем, можно было брать процент. Можно было брать процент, если он служил компенсацией потерь, понесенных в связи с дачей в долг; действительным считалось и соглашение, по которому должник обещал уплатить денежный штраф при невозвращении долга в срок. Кроме того, займодавец, держащий залог, мог вычесть расходы на его содержание. Наконец, во второй половине XIII в. было решено, что за продажу в кредит можно брать более высокую цену, чем за продажу за наличный расчет, если займодавец в результате предоставления кредита несет убыток или лишается прибыли, которую он получил бы. Канонисты первые использовали римский термин, обозначающий «проценты» (букв. «интерес», «interesse»), для названия законной платы за предоставление займа в отличие от греха ростовщичества.

Кроме того, каноническое право признало действительность той разновидности коммерческих договоров, которая начала процветать в конце XI — начале XII в. По этим договорам авансировалась сумма денег, которой займодавец рисковал ради прибыли. Сюда входили совместные предприятия в виде товариществ, так называемый «census» (обязательство платить ежегодную сумму с доходной собственности) и продажа долгов кредитором третьему лицу со скидкой. В конечном счете римский «депозит» превратился в предоставление займа на инвестирование с избирательным размером процента.

Каноническое право ростовщичества, таким образом, развилось как система исключений из запрета на ростовщичество. Как и доктрина справедливой цены, доктрина ростовщичества была гибкой нормой против нечистоплотности и против нечестной конкуренции. Джон Гилкрист несомненно

прав в своем выводе, что принципы канонического права стали важной основой для стремительного расширения торговой и финансовой деятельности в Западной Европе в XII в.²⁹ Через поддержание законной силы договоров без определенной формы ("слово человека — его обязательство"), через понятие предшествующего морального обязательства (causa) как ключа к решению вопроса о действительности договоров, через доктрины нечистоплотности и нечестной конкуренции в форме несправедливой цены и ростовщичества канонисты с помощью романистской науки права сумели создать в рамках системы канонического права подсистему договорного права.

ПРОЦЕДУРА

Канонисты многое позаимствовали и у старых римских текстов, и у современных германских племенных обычаев. Однако они дали и тому и другому новый поворот (уже хотя бы тем, что соединили их), а получавшийся ансамбль весьма отличался от своих родителей.

Нигде это не проявляется более ярко, чем в процедуре церковных судов³⁰.

1. В противоположность и старой римской, и германской системе процедуры каноническая процедура была писаной. Гражданский или уголовный процесс можно было начать только предъявлением письменной жалобы или обвинения с кратким изложением фактов. Ответчик должен был отвечать на обвинения, выдвигаемые истцом или обвинителем, тоже письменно. К началу XII в. требовался письменный протокол слушаний. Судебное решение тоже облекалось в письменную форму, хотя от судьбы не требовалось письменно излагать свои аргументы. Стороны задавали вопросы свидетелям и друг другу по письменным вопросам.

2. Показания, как письменные, так и устные, давались под присягой под угрозой сурового наказания за лжесвидетельство. Сама присяга была германским институтом, но канонисты первые систематически использовали ее как инструмент свидетельства в нынешнем смысле слова. В противоположность германскому институту компургации (помощи в клятве), в которой одна из сторон под присягой "очищала" себя от обвинений, а другие поддерживали ее, поклявшись той же клятвой, канонисты требовали, чтобы сторона или свидетель заранее поклялись правдиво отвечать на заданные вопросы.

3. Каноническая процедура разрешала сторонам иметь представителей (адвокатов), которые выдвигали перед судьей правовые аргументы на основе доказанных фактов. Ранее и в классическом римском, и в германском праве лицо, действовавшее от имени другого, принимало на себя все права и обязанности последнего; оно было скорее заместителем, чем представителем. Канонисты первые ввели понятие юридического представительства, тесно связанное с теологическими понятиями и с церковными соображениями.

4. Канонисты изобрели также концепцию двойной процедуры: одна процедура была торжественная и формальная, а другая простая, ориентированная на право справедливости. Простая процедура применялась для определенных видов гражданских дел, включая дела, касающиеся бедных или притесняемых, и дела с участием лиц, которые не могли воспользоваться обыч-

ными средствами правовой защиты. Эта процедура обходилась без адвоката, письменных состязательных бумаг и письменных допросов свидетелей.

5. Наконец, для уголовных дел каноническое право в противоположность римскому и германскому праву создало теорию судебного исследования фактов по делу, в соответствии с которой судья должен допрашивать стороны и свидетелей согласно принципам разума и совести. Один из этих принципов состоял в том, что судья должен был быть внутренне убежден в обоснованности приговора по делу. Считалось, что процедура процесса предназначена для “просвещения совести судьи” — эта фраза потом использовалась в английском канцлерском суде права справедливости. Второй принцип состоял в том, что судья должен был встать на место стоящего перед судом лица, чтобы тонкими вопросами выяснить “то, что грешник и сам, быть может, не знает, или из стыда желает скрыть”³¹.

Упор на исследование дела в суде был связан не только с более рациональной процедурой поиска доказательств, но и с развитием понятий вероятной истины и принципов относимости к делу и материальности. Были разработаны нормы для предотвращения внесения излишних свидетельств (уже установленных фактов); не относящихся к делу свидетельств (никак не влияющих на дело фактов); неясных и неопределенных свидетельств (фактов, из которых нельзя сделать ясных выводов); слишком общих свидетельств (фактов, порождающих неясность); противоречащих природе свидетельств (фактов, в которые невозможно поверить)³².

Новая, более рациональная, более систематизированная процедура канонического права XII в. резко контрастировала с более примитивными, формалистичными, пластичными правовыми институтами, которые господствовали в германской судебной процедуре предыдущих веков. Более того, церковные юристы сделали принципы разума и совести своим оружием в борьбе с формализмом и магией германского права. Самым драматичным примером стало постановление Четвертого Латеранского собора 1215 г., запретившее священникам принимать участие в судебных испытаниях. Этот закон решительно положил конец практике божьего суда в западном христианском мире и заставил светские власти принять новые процедуры судебного разбирательства для уголовных дел. В большинстве стран светские суды приняли процедуры, аналогичные принятым в церковных судах. В Англии королевские суды заменили божий суд судебным следствием под присягой, которое позже стало называться жюри и которое до этого уже пятьдесят лет применялось в английских королевских судах для решения разнообразных гражданских дел (но никогда ранее не использовалось в уголовных делах). Однако в XIV—XV вв. английские канцлеры приняли для разбора представляемых им дел многие черты церковной процедуры (позже эти дела стали называться исками по праву справедливости)³³.

И все же, несмотря на всю свою разработанность, свое стремление к разумности и всеведению, каноническое право содержало и собственные элементы магии. Они были видны во всем, но особенно ярко — в торжественной (“ординарной”) процедуре в противоположность суммарной (“простой”). Прежде всего, важность письма была возведена в такую степень, что производила впечатление магии. Вот как выразился Мауро Каппелетти: “Процессуальные действия, не облеченные в письменную форму, не имели юридической силы... Судья должен был

основывать свое решение исключительно на письменном протоколе”³⁴. В конце концов, в самых формальных типах ординарной процедуры судья сам не допрашивал свидетелей и стороны, а только изучал запись их допросов, составленную подчиненными судебными чиновниками. Это, разумеется, сводило на нет изначальную цель судебного расследования, заключающуюся в том, что судья должен был сам составить “внутреннее убеждение” об истине в спорном вопросе.

Со святостью магии письма сочеталась разработка целого набора формальных норм оценки свидетельств, который существовал наряду с рациональными правилами относимости к делу и материальности. Для установления любого факта требовались два свидетеля, которые видели его своими глазами или слышали его своими ушами (хотя суд мог принять во внимание и общеизвестные факты). Свидетельство женщины засчитывалось только наполовину и должно было быть подтверждено хотя бы одним мужчиной. Свидетельские показания аристократа имели больший вес, чем показания незнатного человека, священника — больший, чем мирянина, христианина — больший, чем еврея. Искусственное взвешивание свидетельства, которое могло быть засчитано как полновесное, половинное, на одну четверть, даже на одну восьмую, стало особенно важным, когда судья устранился от допроса свидетелей и ему ничего не осталось, кроме протокола.

Строгие требования к наличию доказательств, как формальных, так и рациональных, часто очень затрудняли установление оснований для обвинения по уголовным делам³⁵. Именно это привело впоследствии к широкому применению пытки для извлечения доказательств и в особенности “царицы доказательств” — собственного признания обвиняемого. Там, где речь шла об умонастроении обвиняемого, наилучшим примером могут служить дела по обвинению в ереси. Никто не мог свидетельствовать лучше, чем сам обвиняемый, и не было лучшего способа получить это свидетельство преступного умонастроения, чем применение физической силы.

В гражданских делах не только строгие требования к наличию доказательств, но и особенно сложность получения свидетельств путем письменных допросов свидетелей без участия судьи привели к тому, что адвокаты стали широко применять отлагательную тактику. В противовес этому был установлен ряд обязательных процессуальных стадий, по каждой из которых судья выносил отдельное решение. Однако эта система не смогла противостоять давлению в пользу рассмотрения апелляций по отдельным решениям и затем стала требовать таких апелляций под угрозой утраты права обжаловать решение на более поздней стадии. Неудивительно, что некоторые дела тянулись годами и даже десятилетиями.

Эти слабые места в романистско-канонической процедуре больше проявлялись в светских судах, чем в церковных, где судья принимал большее участие и где дела в большей степени оставлялись на его усмотрение. Кроме того, все вышесказанное было более характерно для позднейших стадий развития этой процедуры, чем для XII — начала XIII в. По-видимому, возрастание роли письменных доказательств, формальных правил оценки свидетельств и признания в уголовных делах отражало падение доверия к клятвам, что само по себе, возможно, парадоксальным образом отражало растущую роль рациональности в праве.

СИСТЕМАТИЧЕСКИЙ ХАРАКТЕР КАНОНИЧЕСКОГО ПРАВА

В конце XI, в XII и начале XIII в. возникла, вернее, была сознательно создана система канонического права, “*jus canonicum*” (так называли ее в XII в.) или “*corpus juris canonici*” (так стали ее называть в XIII в.). Она была создана не сразу, а постепенно и не из цельной ткани, а из восстановленных и переставленных старых, разрозненных лоскутков. Разбив ее на корпоративное право, уголовное, брачно-семейное, наследственное, право собственности, договорное и процессуальное право, канонисты придали ему даже большую стройность, чем сами того ожидали. Канонисты писали трактаты по процедуре, но в целом не анализировали отдельные подсистемы материального права, такой стиль анализа вошел в моду лишь спустя много столетий. Однако подсистемы канонического права уже существовали и только ждали своих исследователей.

Аналитическое объединение канонического права, то есть его подробная логическая систематизация, отталкивалось от представления о том, что в основе многообразия правовых норм и процедур лежит некий набор фундаментальных правовых принципов и что задачей юристов является найти эти принципы и помочь привести право в соответствие с ними. Юристы мыслили принципами. Из принципов они строили системы, которые они, точно так же как и богословы, разрабатывали в книгах, именуемых “*summae*”. Слово это обозначало и “высший”, и “всецелый”.

Далее, господствовало убеждение, что фундаментальные правовые принципы имеют не только логический аспект, будучи подвластны разуму, но и нравственный, будучи подвластны совести. Поэтому требовалась не только аналитическая или логическая систематизация, которая стремилась бы к последовательности в праве, но и нравственная, которая стремилась бы к справедливости. Кроме того, считалось, что фундаментальные принципы права имеют политический аспект (как мы бы сегодня сказали): с одной стороны, это были принципы, уже имплицитно содержащиеся в праве, но одновременно это была и программа, стандарт, по которому следовало оценивать и исправлять, а если надо, и отменять конкретные существующие законы. Эти принципы предполагалось применять на практике. Таким образом, в дополнение к логическому элементу разума и нравственному элементу совести в систематизации канонического права имелся и политический элемент реформирования, развития или роста.

Логический, нравственный и политический аспекты фундаментальных правовых принципов суммировались в понятии естественного права. Понятие это существенно отличалось от того, какое разделяли греки и римляне. Раньше естественное право определялось как право каждого человека. Именно так это было сформулировано в первом титуле Юстиниановых Дигест — получить причитающееся ему; естественное право — это была справедливость, право, то, что правильно; это было идеальное право, право не государства, а самой природы, которому закон государства мог соответствовать, а мог и не соответствовать. Античному естественному праву не хватало программного характера естественного права европейских юристов римского и канонического права. Для канонистов естественное право было в первую очередь об-

разном, который церковь выставляла перед светскими государями, а во вторую очередь — образцом, по которому следовало толковать и создавать право самой церкви. Естественное право было для них не идеальным правом, стоящим вне существующих правовых систем, а нравственностью самого права, стоящего внутри существующих правовых систем. Оно было своего рода конституционным принципом ("Grundgesetz"), принципом надлежащей законной гарантии правового государства.

Именно благодаря программному или политическому характеру права, представленному в особенности так называемым естественным правом, тысячи молодых людей ежегодно поступали в университеты, чтобы изучать право и, как сегодня в США, подготовиться к политической карьере. Это были самые умные и честолюбивые молодые люди в Европе. Они изучали действующее право и методы его применения, но при этом их учили и естественному праву, — праву, каким оно должно быть. Глоссы имели политическую функцию.

То, что мы в этой книге называем политическим аспектом канонического права, то есть его принцип сознательного развития, роста или реформирования, конкретно проявился в потоке законодательных актов, изливаемом папским престолом и церковными соборами начиная с конца XI в. Он проявился и в преемственности науки права, благодаря которой собирались каноны, глоссы, декреталии и другие источники и писались трактаты. Наконец, и это самое важное, он проявился в преемственности юридической профессии, которая сохранялась благодаря тому, что все новые поколения юристов получали образование в университетах и поступали в церковные и светские канцелярии и суды, чтобы применить на практике то, чему их научили.

Это сочетание логических, нравственных и политических элементов обеспечило такую систематизацию, которая в корне отличалась от простого доктринального или догматического анализа правовых правил, пусть даже очень сложного и связанного. Каноническое право как система было больше, чем нормы, — это был процесс, диалектический процесс приспособления норм к новым ситуациям. Это было неизбежно уже хотя бы в силу того, что юрисдикция канонического права была ограничена и поэтому оно вынуждено было соперничать со светскими правовыми системами, сосуществовавшими с ним.

7.

БЕКЕТ ПРОТИВ ГЕНРИХА II: СОПЕРНИЧЕСТВО ПАРАЛЛЕЛЬНЫХ ЮРИСДИКЦИЙ

Норманнское завоевание Англии в 1066 г., то есть за девять лет до “Диктатов папы” Григория VII, было предпринято отчасти и во имя реформирования английской церкви. Вильгельм Завоеватель имел поручение от папы Александра II освободить английскую церковь от местного и феодального давления и централизовать церковную власть в руках короля; это мероприятие рассматривалось в духе клюнийской реформы. В своем знаменитом декрете 1067 г. Вильгельм постановил, что именно король (а не местные бароны) имеет право решать, должна ли церковь Англии и Нормандии признать того или иного папу; что король создает каноническое право через церковные синоды и что король имеет право вето на церковные наказания, наложенные на его баронов и чиновников.

Однако всего через восемь лет папа Григорий VII уже заявлял, что глава церкви — он, папа, а не императоры или короли; что только он, папа, имеет право низлагать епископов, а то и самих императоров и королей и что только он, папа, решает, какие действия церковных синодов считать каноническими.

Вильгельм и двое его преемников — его сыновья Вильгельм II (1087—1100) и Генрих I (1100—1135) — успешно противостояли притязаниям папы на верховенство над церковью в своих пределах, хотя Генрих I позже сделал некоторые уступки по Бекскому конкордату. Однако при короле Стефане (1135—1154), правление которого английские историки называют “анархией Стефана” из-за сопровождавших его гражданских беспорядков, партия папы в Англии значительно укрепила свой престиж и власть¹. Были основаны верные папе новые монашеские ордена. Они пользовались сильной поддержкой народа, потому что заботились о жертвах гражданских столкновений. В те времена, когда гражданское правосудие часто приостанавливалось, церковные синоды продолжали заседать, а в церковных судах все так же применялся

закон. Каноническое право привлекало сторонников и из духовного сословия, и из мирян. Вскоре все образованные англичане изучали и обсуждали трактат Грациана. Наверное, на них произвело большое впечатление его интеллектуальное превосходство над почти целиком неписанным светским правом, с его формалистическими процедурами судебных испытаний, поединков и компургации². В смутные времена римская церковь была столпом законности и порядка, и когда в 1154 г. наконец настал мир и на трон взошла новая династия, это отчасти было результатом усилий, приложенных сторонниками главенства папы для примирения политических противников.

Тем не менее новый король, Генрих II (1154—1189), вновь утвердил главенство короля над церковью. В 1162 г. он назначил архиепископом Кентерберийским своего близкого друга Томаса Бекета, который уже занимал должность канцлера, а это был второй после короля пост в стране. Генрих рассчитывал, что Томас продолжит свою канцлерскую деятельность, став архиепископом, что позволило бы еще эффективнее проводить политику сопротивления притязаниям святого престола. Однако Бекет ушел в отставку с поста канцлера и в качестве архиепископа сделался ярким сторонником независимости церкви от королевского контроля. Когда Генрих в 1164 г. издал Кларендонские постановления, восстановив этим значительную часть власти короля над церковью, Томас осудил новое законодательство как узурпацию. На протяжении следующих шести лет продолжалась ожесточенная политическая борьба между этими двумя деятелями, в которой принимали участие ведущие церковные и светские фигуры из многих стран Европы. Наконец в 1170 г., откликнувшись на слова Генриха: “Неужели никто не избавит меня от этого несносного священника?”, четверо служителей короля убили архиепископа в его собственном соборе в Кентерберии. Однако это преступление так шокировало Англию и весь христианский мир, что Генрих принес покаяние, отправившись босиком в Кентерберии (правда, идти ему пришлось всего лишь с окраины города), а главное, в 1172 г. сдался папскому легату на Авраншских высотах и в тамошнем соборе публично отменил те положения Кларендонских постановлений, которые были “оскорбительными”.

КЛАРЕНДОНСКИЕ ПОСТАНОВЛЕНИЯ

Постановления, то есть законодательные акты, изданные в Кларендоне в 1164 г., имели целью зафиксировать шестнадцать “обычаев, свобод и привилегий” деда Генриха II (Генриха I), признанных ведущими духовными лицами и аристократами. Первое из них (ст. 1) устанавливало, что все споры по праву патронажа церковных должностей (то есть назначения на церковные должности, называемого “advowson”) решаются в королевском суде, хотя бы спор был между клириком и мирянином или двумя клириками. Смысл приписывания этого обычая Генриху I состоял в том, что в правление Стефана такие споры часто рассматривались в церковных судах. Другое положение (ст. 9) устанавливало королевскую юрисдикцию (и суд присяжных) по вопросу о том, является ли та или иная земля церковной собственностью (“frankalmoign,” “безвозмездная милостыня”). И здесь также больше годился древний авторитет, чем недавний, так как при Стефане церковные суды утверждали свое верховенство при определении юрисдикции над церковной соб-

ственностью. Другие положения запрещали архиепископам, епископам, другим клирикам покидать пределы королевства без разрешения короля (ст. 4); устанавливали право апелляций из архиепископского суда в королевский (ст. 8); устанавливали процедурные гарантии против обвинения мирян в церковных судах (ст. 6); запрещали отлучать от церкви главного ленника короля (того, кто держал землю непосредственно от него, в отличие от субарендатора) или служащего королевского двора без разрешения короля (ст. 7); подтверждали достигнутое в Беке в 1107 г. соглашение о том, что выборы епископов и других наделяемых бенефициями клириков “должны происходить в часовне нашего господина короля с согласия духовенства королевства... И избранный клирик не должен оказывать почет и присягать на верность нашему господину королю... пока он не будет посвящен” (ст. 12); давали королевским судам юрисдикцию над “исками по долгам, взятым под клятвенным заверением” (ст. 15); запрещали посвящение в сан сыновей крепостных без согласия лорда, на земле которого они родились (ст. 16).

Из этих девяти положений (ст. ст. 1, 4, 6, 7, 8, 9, 12, 15, 16) все, кроме положения об инвеституре (ст. 12), нарушали действующее каноническое право церкви³.

Третья статья постановлений приобрела наиболее скандальную известность. По сути, она устанавливала, что любой обвиненный в тяжком преступлении клирик (например, убийство, поджог, грабеж, изнасилование, нанесение увечий и другие серьезные преступления) должен быть послан королевским судом в церковный для разбирательства и в случае осуждения последним возвращен в королевский суд для вынесения приговора. На практике это означало казнь или увечье путем ослепления или отрубания рук или ног. На процессе в церковном суде должен был присутствовать королевский чиновник “для наблюдения за рассмотрением дела”.

Историки английского права анализировали титанический конфликт между Генрихом и Бекетом в основном с точки зрения их позиций в отношении ст. 3. Однако на деле большее значение имели другие положения постановлений. Например, ст. 8 делала не папу, а короля верховным арбитром канонического права в Англии.

Историки также уделяли большое внимание психологическим аспектам этого конфликта. Говорят, что трагического конца могло бы не быть, если бы каждый из протагонистов проявил меньше упрямства. На самом деле каждый из них колебался между крайними требованиями и сделанными в неподходящий момент предложениями компромисса. Один комментатор утверждает, что в какой-то момент Генрих “по-видимому” готов был “выбросить за борт” Кларендонские постановления и “согласиться почти на все, чего добивался Бекет”⁴. Если бы было так, тогда действительно можно винить только лично Бекета в том, что примирение не состоялось. Более того, из этого следует, что он сам виноват в своей мученической смерти (так утверждает один из его убийц в пьесе Т.С.Элиота “Убийство в соборе”), это своего рода самоубийство. Один современный историк называет Бекета “неисправимым григорянцем, настроенным на мученичество”⁵. Однако, даже если допустить, что Генрих был готов отменить постановления как документ, остается вопрос, неужели он отказался бы от своего стремления контролировать церковь на своей территории? На самом деле Генрих не отреагировал на смерть Бекета

так, как если бы он сам навлек ее на себя. Конечно, можно хотя бы отчасти объяснить реакцию Генриха огромным возмущением, которое вызвало это злодейское убийство. Однако само это возмущение, как и последующие политические и исторические отзвуки смерти Бекета, делает недостаточным чисто психологическое объяснение этого конфликта. Эти два человека представляли не просто самих себя, а две великие соперничающие силы западной истории — церковь и светское государство.

Один вопрос остается важным для понимания западной традиции права: кто же прав? Почти сто лет назад Мейтленд утверждал, что прав был Генрих, потому что утверждал обычаи своего деда, Генриха I. Мейтленд посчитал один из аргументов Бекета ("Христос сказал не "Я есмь обычай", а "Я есмь истина") скрытым признанием того, что Генрих действовал законно. Тот же аргумент выдвигал Тертуллиан (ок. 155—220); папа Григорий VII воспользовался им в ответе Генриху IV веком ранее; всего поколением ранее его повторил Грациан как основание для отмены неразумных обычаев. Фактически аргумент Бекета был ссылкой на исторический прецедент в церкви и на авторитет церковного права. Однако, даже если исходить из того, что (светский) обычай имеет высшую правовую силу, чем (церковная) истина, утверждение Мейтленда упускает из виду то обстоятельство, что обычаи Генриха I изменились во время так называемой анархии Стефана. По этому поводу Мейтленд говорит лишь следующее: "С юридической точки зрения правление Стефана следует игнорировать... поскольку это было время войны и беззакония. Эта доктрина господствует и через шестьдесят лет; тяжущийся не может опираться на то, что происходило в правление Стефана, ибо это не было время мира"⁶.

Для английских историков права характерно отношение к революции как к простому междоусобию: так они восприняли и пуританскую революцию при Кромвеле. Однако, если правление Стефана — это тот самый период, когда Папская революция наконец утвердилась в Англии, разве не следует расценивать стремление Генриха II вернуться к обычаям своего деда как контрреволюционное? С этой точки зрения Бекет сражался за уже выигранное дело. В вопросе королевского главенства над церковью Генрих, с одной стороны, опоздал на целое поколение, а с другой — явился на три с половиной века раньше, чем следовало⁷.

Конкретное соотношение между двумя властями, причем никогда вопрос не ставился как простое верховенство одной над другой, оставалось проблемой, и здесь уникальные обстоятельства мученической смерти Бекета имели значение.

ПРИВИЛЕГИЯ ДУХОВЕНСТВА И ДВОЙНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ

Прав ли был Бекет, считая ст. 3 Кларендонских постановлений нарушением принципа, согласно которому никто не может нести ответственность дважды? "Бог не наказывает дважды за одно и то же преступление" (ne bis in idem). Эти слова Бекета восходят к неверно переведенному библейскому тексту (Книга пророка Наума 1:9) и иногда в XII в. употреблялись канонистами как авторитетное основание против двойной ответственности в цер-

ковных судах. Бекет, по-видимому, первый, кто употребил это выражение для обоснования привилегии духовенства подвергаться наказанию за определенные преступления исключительно в церковных судах⁸. Однако на полный иммунитет духовенства от светской юрисдикции церковь никогда не претендовала. Действительно, в Византии и империи франков епископов (хотя это не касалось клириков низших должностей) судили и приговаривали лица, равные им в церковной иерархии⁹. Однако в то время не существовало резкой границы между церковными и светскими судами; в тех и других заседало духовенство. В любом случае в Англии, как и везде, до XII в. обычной была практика, что клирик, осужденный и смещенный или другим способом наказанный церковным судом, предстал затем перед местным, феодальным или королевским судом, чтобы еще раз понести наказание за тот же самый проступок. И только с установлением новой системы церковной юрисдикции в конце XI — начале XII в. привилегия духовенства стала ключевым вопросом.

Мейтленд весьма внушительно сформулировал аргументы против Бекета. Учение Бекета, что государство не должно наказывать провинившегося церковника за преступление, за которое его уже сместили или разжаловали, “не было терпимо государством и не было санкционировано Церковью”. Канонисты не поддерживали норму, за которую ратовал Бекет, и она не была законом в других странах Европы; если бы ей последовали, указал Мейтленд, “ни один низложенный или разжалованный клирик не был бы передан в руки светских властей [для казни] как еретик или фальсификатор папских булл”. Далее Мейтленд утверждает, что во времена дела Бекета разбирательство по уголовным делам в церковных судах “уже немногим отличалось от фарса”. В то время церковное разбирательство по тяжким преступлениям производилось методом компургации. “Епископ Джоселин Солсберийский, — рассказывает Мейтленд, — очистился от обвинений в соучастии в убийстве Бекета при посредстве четырех или пяти помощников в клятве. Хуберт Уолтер, председательствовавший как архиепископ, запретил требовать больше компургаторов, чем положенные по каноническому праву двенадцать”. Более того, даже если духовному лицу не удавалось очиститься от обвинений и его осуждали, приговоры церковных судов были сравнительно мягкими: епископ “мог разжаловать клирика с его постов, а в качестве дополнительного наказания сослать его в монастырь или посадить в тюрьму на всю жизнь. Он мог быть подвергнут бичеванию... Вот и все наказание клирикам, совершившим тяжчайшие преступления. Боюсь, что лишь немногие понесли его на самом деле”. Привилегия духовенства была “возмутительной и вредной неприкосновенностью”¹⁰

Аргумент Мейтленда, принятый такими исследователями, как Джордж Гринзуэй, У.Л.Уоррен и другие, доказывает слишком много. Почему церковный суд был больше похож на фарс, чем светский суд с его методом поединка или испытания? И чем же санкции королевских судов за впервые совершенное преступление — повешение или увечье — лучше, чем ссылка в монастырь или тюремное заключение? Более того, Мейтленд опускает наиболее тонкое из церковных наказаний: епископ мог приказать преступнику под угрозой отлучения совершить покаяние в виде компенсации потерпевшему или его семье, благотворитель-

ных трудов, других добрых дел. Далее, само наказание отлучением было очень суровым, так как в своей крайней форме это было фактически объявление вне закона церкви, что означало на практике полный ostracism.

Гринзуэй утверждает, что Кларендонские постановления не нарушали принципа двойной ответственности, так как Генрих предлагал не второе разбирательство, а только приговор¹¹. Это сильный аргумент, но он никоим образом не дает ответа на все вопросы. Почему двойная ответственность столь неприемлема? Только ли дело в двух судебных разбирательствах, или же речь идет о двух юрисдикциях? Более того, разве второй суд может вынести приговор без хоть какого-нибудь разбирательства, хотя бы характеристики преступления? То, что в королевском суде может считаться кражей со взломом, наказуемой смертью, в церковном суде может оказаться мелким проступком, если, например, он был вызван нуждой и сопровождался добровольной сдачей и возвращением всего украденного.

Современные правовые системы не усматривают никакой сложности в привлечении человека к суду за растрату, даже если его уже уволил за это его работодатель, так как увольнение считается не официальным осуждением, а актом частной организации внутри государства. Так не в этом ли состояла проблема для Бекета: церковь является организацией внутри государства или государство является организацией внутри церкви?¹²

ЦЕРКОВНАЯ ЮРИСДИКЦИЯ В АНГЛИИ

Конфликт между Бекетом и Генрихом был, по сути, конфликтом по поводу объема церковной юрисдикции. В этом смысле он был парадигмой Папской революции, которая установила по всему Западу два соперничающих политико-правовых авторитета: духовный и светский. Одним следствием этого дуализма стало укрепление политико-правовой власти королей в светской сфере. Другим результатом стали трения на границах королевской и папской юрисдикции. В разных королевствах эти трения разрешались по-разному. В Англии на разрешение этих противоречий сильно повлияли обстоятельства мученической гибели Бекета.

В Англии XII в., как и во всей Европе, церковные суды претендовали на юрисдикцию (хотя не всегда ее получали) над: 1) всеми гражданскими и уголовными делами с участием духовных лиц, включая все дела по поводу церковной собственности; 2) всеми брачно-семейными делами; 3) всеми делами по завещаниям; 4) определенными уголовными делами, такими, как ересь, богохульство, колдовство, ростовщичество, клевета, блуд, гомосексуализм, прелюбодеяние, осквернение религиозных мест и нанесение телесных повреждений духовному лицу, 5) договорами, собственностью, прочими гражданско-правовыми делами, когда имело место нарушение клятвенного обещания (именуемое “клятвopреступлением” или “лжесвидетельством”, то есть нарушением присяги).

По каноническому праву любое дело, включающее названные предметы разбирательства, можно было возбудить путем подачи жалобы в суд соответствующего архидиакона или епископа; проигравшая сторона могла подать апелляцию в суд соответствующего архиепископа, а уже оттуда — в римскую курию. Фактически в XIII в. папская курия в Риме рассматривала

по апелляции больше всего дел именно из Англии. Папа также осуществлял вселенскую юрисдикцию в качестве судьи первой инстанции: истец мог добиться выдачи специального предписания из папской курии, по которому дело разбиралось на месте папским легатом. Это было в порядке вещей по делам, связанным с большими денежными суммами, а также в тех случаях, когда стороны проживали в разных архиепископиях; ведь любая из крупных стран Запада включала более одной церковной юрисдикции (например, решение архиепископа Йоркского нельзя было обжаловать в суде архиепископа Кентерберийского и наоборот).

В то же время светские суды оспаривали юрисдикционные притязания церкви, причем часто весьма успешно. Вот как писал об этом Мейтленд:

“Никогда в Англии, да пожалуй и в других странах, государство не уступало церковным трибуналам все те безграничные сферы, на которых настаивали наиболее дерзкие их приверженцы. Везде мы видим борьбу и затем компромисс, и снова борьбу, а в итоге после окончания XIII в. верх в таких битвах, как правило, одерживало государство. Безнадежно пытаться провести нерушимую границу между “духовными” и “мирскими” делами. И так будет всегда, пока так называемые “духовные суды” осуществляют хоть какую-то власть в этом преходящем мире. Граница, которая в каждый данный момент и в данной стране отделяла территорию светского от территории духовного права, была столь груба и ненаучна, что ничего не стоило потерять или отвоевать землю, не заметив этого... Стоит хотя бы взглянуть на безнадежную расплывчатость таких выражений, как “дела по завещаниям” или “брачно-семейные дела”, и станет ясно, как легко аннексировать территорию понемножку, не вступая в открытый бой; мы не услышим ни радостного клича победителей, ни горестного вопля побежденных. Поэтому правителям церкви приходилось терпеть многое, чего они не могли одобрить, или по крайней мере одобрить именем церкви. Они могли давать и брать, не принося в жертву первопринципов. Несомненно, были такие принципы, ради которых они, по примеру Фомы Аквинского, заявляли бы, что пойдут на смерть; однако от них не требовалось проливать кровь за каждую йоту и запятую сложной и ненасытной юриспруденции. Папы, и при этом люди отнюдь не безвольные, научили их своими предписаниями и личным примером, что, имея дело с временной властью, можно и повременить”¹³.

Итак, сложилась крайне неловкая ситуация: в наличии было два набора судов, один светский, а другой церковный, и оба претендовали на юрисдикцию по одним и тем же делам. Как решить этот спор? С одной стороны, король — христианин и как таковой является подданным папы; так что, надо думать, папе или его подчиненному, архиепископу Кентерберийскому, стоит только предупредить короля, что, если он не уступит юрисдикционным требованиям Святой Церкви, он будет вечно гореть в аду. С другой стороны, церковь сама сочинила концепцию двойной власти, двух мечей, церковного и светского, духовного и преходящего. Однако по собственному определению церкви, значительная часть дел, на которые она притязала, принадлежала к светской сфере. Как указывает Мейтленд, выражения типа “брачные дела” подразумевали не только интимные духовные вопросы семейных отношений, но и отношения собственности, которые часто напрямую были связаны с тем экономическим и политическим порядком, за который отвечала корона.

А кроме того, если даже отвлечься от понятий и теории, существовали и вопросы власти. Церковь, не имевшая собственной армии, при проведении в жизнь своих мероприятий против инакомыслящих опиралась на светские власти; кроме того, папы и архиепископы обычно не назначались на должности без светской поддержки. Однако церковь обладала мощным, хотя и невооруженным, политическим отрядом — духовенством, а оно могло привести в действие очень сильноедействующие средства, включая отлучение и интердикт.

Отлучение от церкви означало лишение права принимать таинства (включая и предсмертные, что означало лишение христианского погребения), а в самых крайних случаях — полное исключение из церкви с анафемой (то есть практически полный остракизм). Интердикт был частичной или полной приостановкой осуществления публичных церковных служб и таинств. Он мог распространяться и на одно или нескольких лиц, и на целую местность или королевство. В 1208 г. папа Иннокентий III наложил интердикт на всю Англию и отлучил от церкви короля Иоанна Безземельного, пригрозив низложить его и отдать корону Филиппу Августу Французскому. Причиной был отказ Иоанна принять в качестве архиепископа Кентерберийского папского назначенца. “Англия стонала под интердиктом”. Церкви были закрыты годами. Король Иоанн Безземельный нанес ответный удар, назначив на церковные должности своих людей, но в конце концов покорился; фактически он отдал Англию папе и получил ее назад в качестве ленного владения, признав себя вассалом папы и согласившись отправлять в Рим ежегодную дань. В 1215 г. король Иоанн в самой первой статье Великой хартии вольностей провозгласил, что “*ecclesia Anglicana libera sit*” — “Английская церковь да будет свободна” — что, разумеется, означало свободу церкви под руководством папского престола от контроля королей и баронов.

При наличии острого соперничества между двумя властями, вооруженными и теоретически, и практически, все, вероятно, желало юридического разрешения этого конфликта, особенно потому, что обе враждующие стороны высоко оценивали роль права в разрешении конфликтов, да и сам конфликт носил правовой характер, ведь он разгорелся по поводу юрисдикции.

В отношении клириков, обвиненных в тяжких преступлениях (фелониях), в Англии вопрос решился после гибели Бекета следующим образом: светская юрисдикция в отношении не то что суда, а даже наказания была исключена. Несмотря на это, королевские суды постепенно выработали такой процедурный механизм: они начинали дело против человека прежде выяснения вопроса о его церковном статусе, а уже потом, если его осуждали, он мог претендовать на привилегию духовенства и передачу дела в церковный суд. Более того, Бекет, судя по всему, не поднимал вопроса о светской подсудности духовенства за менее тяжкие преступления (не фелонии) и гражданские правонарушения; во всяком случае, в Англии духовенство осталось по этим делам под светской юрисдикцией. Напротив, во Франции клирики пользовались иммунитетом относительно светского правосудия по мелким преступлениям, но он не действовал в отношении тяжких преступлений (предумышленное убийство, нанесение увечий, разбой, рецидив, то есть “неисправимость”), “королевских дел”, куда входили государственная измена и другие преступления, задевавшие монарха или достоинство его чиновников, а также преступления против общественной безопасности, куда входили проповедание запрещенных собраний, проповедь идолопоклонства, атеизма и дру-

гих запрещенных учений. Такие “королевские дела” подпадали под светскую юрисдикцию вне зависимости от того, совершил их клирик или мирянин.

Что касается прочих вопросов, затронутых в Кларендонских постановлениях, то Генрих II отменил те положения, которые “оскорбляли” папство, однако что именно подпадает под эту категорию, определено не было. На практике в XIII в. до того, как установились границы между светской и церковной юрисдикцией, происходила острая борьба между короной и духовенством.

Что касается чисто религиозных вопросов, то заявленная Генрихом II в Кларендонских постановлениях юрисдикция никогда больше не подтверждалась вплоть до Реформации в Англии в XVI в. Вплоть до Генриха VIII король не имел апелляционной юрисдикции по решениям архиепископского суда (ст. 8). Духовенство также настояло на своем праве покидать пределы королевства без разрешения короля (ст. 4), хотя на практике король часто ограничивал это право. За королем осталось право совещательного голоса при отлучении его чиновников, но здесь папа имел преимущество и мог отлучить от церкви самого короля.

Касательно брачно-семейных и наследственных дел, которые не затрагивались в Кларендонских постановлениях, церковные суды в Англии имели почти исключительную юрисдикцию. Однако “реальную (недвижимую) собственность” нельзя было отказать по завещанию, и в XIII в. королевские суды закрепили свою исключительную юрисдикцию над недвижимостью.

В отношении споров между духовными лицами по поводу занятия церковных должностей (ст. 1) и споров между мирянами по долгам, взятым под клятвенное заверение (ст. 15), то здесь соответствующую юрисдикцию имели и церковные, и светские суды. В тех и других делах церковные суды осуществляли значительный объем юрисдикции благодаря добровольной передаче дел в них.

Сравнение границ между церковной и светской юрисдикциями в Англии и Франции показывает, что во Франции положение церкви было менее привилегированным. 1) в отношении брачных дел светские юристы Франции проводили различие между гражданским брачным договором и таинством брака. Споры по первому подлежали светскому суду (например, споры относительно добровольности согласия обоих супругов); 2) дела о завещаниях во Франции подлежали параллельной юрисдикции церковных и светских судов в XII—XIII вв., а затем перешли в исключительную юрисдикцию светских; 3) в отношении привилегий духовенства во Франции в XIV—XV вв. проводилось различие между правами владения, которые определял королевский суд, и правами собственности, которые находились в юрисдикции церкви. В Англии королевские суды считали право представления на церковные должности (*advowson*) разновидностью недвижимой собственности и потому относили его к своей исключительной юрисдикции, но церковные суды иногда с успехом оспаривали это право; 4) в Англии, в отличие от Франции, сбор церковных десятин, пошлин и налогов на содержание церквей и церковных дворов находился в исключительной юрисдикции церковных судов, равно как и управление благочестивыми дарами и доходами, пожертвованными прелатам или религиозным обществам. Последнее до того момента, как английский канцлер в XIV—XV вв. распространил свою параллельную юрисдикцию на передачу собственности “в пользу” другого; 5) и только в области дел о нарушении обещаний, сделанных под присягой или клятвенным заверением (клятвopреступление), французская церковная юрисдикция значительно превосходила английскую. Во Франции, судя по всему, светская власть на эти дела даже не притязала; наконец, 6) уголовная юрисдикция французских королевских судов над “идеологическими” преступлениями была значительно шире, чем юрисдикция королевских судов в Англии.

ЗАПРЕТИТЕЛЬНЫЕ ОРДЕРА

Сфера конфликта между королевскими и церковными судами в Англии определялась таким правовым инструментом, как запретительный ордер (*writ of prohibition*). Это был приказ, издаваемый канцлером от имени короля, который запрещал церковному суду вести дальше конкретное дело на том основании, что компетенция церкви в данном вопросе поставлена под сомнение ответчиком по делу. После этого церковный суд должен был либо прекратить дело, либо посоветоваться с королевскими судьями. Если после такой консультации королевские судьи решали, что дело правильно находится в церковном суде, они издавали “совещательный ордер”, которым разрешали продолжать дело, невзирая на предыдущий запрет. Если церковный суд настаивал на продолжении дела при наличии запрета или невзирая на неблагоприятный исход совещания, королевский суд обычно издавал ордер о привлечении, в котором шерифу поручалось доставить церковных судей к королю или его судьям, чтобы они “показали, почему они рассматривают дело в суде христианском... вопреки нашему запрету”.

Королевский запретительный ордер мог быть мощным оружием и время от времени применялся для одергивания церковных судов. В большинстве случаев, однако, он был чересчур громоздок и неповоротлив, его было довольно трудно получить и довольно легко обойти.

В церковном суде инициатива лежала на ответчике. Если обе стороны были согласны на церковную юрисдикцию, то королевский суд не вмешивался. Это, конечно, была огромная уступка со стороны короля в борьбе между двумя судебными системами¹⁴. Это означало, что почти все споры между духовными лицами фактически изымались из светской юрисдикции, а также, что миряне, по договору согласившиеся исключить светскую юрисдикцию, были лишены возможности получить запретительный ордер, хотя королевские суды толковали такие договорные условия очень строго¹⁵.

Чтобы получить запретительный ордер, ответчик в церковном процессе должен был заявить, что он получил вызов предстать перед такими-то церковными судьями, как ответчик по иску, выдвинутому против него по такому-то делу, которое подпадает под юрисдикцию королевских судов. Типичными делами были споры по поводу так называемой “lay fee”, то есть недвижимости, не относящейся к зданию церкви, церковному двору или кладбищу; споры о праве назначения на церковные должности (“advowson”); споры о движимом имуществе и долгах, за исключением тех, которые были следствием брака или завещания, принадлежали церкви в качестве десятин или пожертвований или были захвачены у духовного лица; клеветнические утверждения, сделанные в связи с делами в королевских судах.

В целом королевские суды давали запретительный ордер по простому заявлению ответчика по церковному делу, лишь бы заявление выглядело обоснованным. Если потом оказывалось, что спорное дело носит иной характер, чем заявлено в запретительном ордере, то запрет не исполнялся, а ответчик даже мог быть оптрафован королевскими судьями за ложные утверждения.

Ответчик должен был предъявить ордер и судьям, и истцу. После этого те должны были предстать перед королевскими судьями, чтобы отстоять церковную юрисдикцию. Как указывает Дж.Б. Флэхиф, целью ордера было “провозгласить и добиться главенства двух важных притязаний короля: во-первых, что только он и его суд имеют юрисдикцию по вопросам, перечисленным в разных запретительных ордерах (мирская недвижимость, патронаж церковных должностей, движимое имущество мирян и т.п.); во-вторых, что королевская власть одна имеет право решать, какая юрисдикция имеет компе-

тенцию в спорных случаях”¹⁶. Вопрос стоял о компетенции суда определять свою собственную компетенцию.

Однако церковные суды тоже претендовали на аналогичную компетенцию. В 1147 г. папа Евгений III приказал, чтобы “епископы, аббаты, архиепископы, другие прелаты церкви впредь не передавали церковные дела на рассмотрение мирян, а также не прекращали осуществлять церковное правосудие из-за запретов мирян”¹⁷. Английские церковные синоды издали аналогичные постановления, при этом еще установив, что король не имеет права наносить обиду церковным судьям, которые лишь исполняют свой долг, продолжая слушать духовные дела даже вопреки запрету.

Церковный суд отнюдь не испытывал недостатка в практических средствах, чтобы сопротивляться запретам. Во-первых, каноническое право в противоположность английскому королевскому праву того времени разрешало суду выслушивать свидетелей и выносить приговор в отсутствие ответчика, даже по личным искам. Во-вторых, ответчику, не явившемуся в суд после трех вызовов, грозило отлучение от церкви. И в-третьих: “Духовные власти могли пойти еще дальше. Не удовлетворившись отлучением и осуждением ответчика, они могли иногда начать новый процесс против него и потребовать его к ответу за каноническое преступление, а именно за то, что по его инициативе церковное разбирательство было неправомерно запрещено светской властью”¹⁸. Конечно, если ответчик желал идти дальше, этот новый иск тоже мог подвергнуться запретительному ордеру.

Отлучение от церкви за получение запретительного ордера ставило вопрос о том, будет ли светская власть участвовать в осуществлении мер отлучения. В обычных случаях, если в течение сорока дней отлученный не просил прощения, епископ мог известить об этом короля и тот приказывал шерифу арестовать грешника и держать его под стражей до тех пор, пока он не захочет примириться с церковью. Отлученные не могли также подать иск в королевский суд. Дж.Б. Флэхиф приводит несколько забавных примеров того, как церковные судьи использовали разного рода уловки, чтобы получить помощь светских властей для приведения в исполнение отлучений, наложенных за получение запретительного ордера¹⁹, но обычно королевские суды не обращали внимания на отлучения, направленные против принадлежащей им юрисдикции.

В Англии конфликты между церковью и короной по поводу запретительных ордеров были в какой-то степени сняты благодаря королевскому статуту 1286 г., который назывался “*Circumspecte Agatus*”. Король, который ранее безуспешно пытался ограничить юрисдикцию церковных судов над мирянами только брачными и завещательными делами, наконец признал за этими судами и другие права, а именно: налагать денежные штрафы за блуд, прелюбодеяние, другие смертные грехи; требовать от прихожан вносить деньги на содержание церкви и кладбища; рассматривать иски настоятеля церкви против его прихожан о неплатеже разных обычных церковных налогов (погребальный налог, пожертвования, десятины); рассматривать иски одного настоятеля к другому по поводу десятины, при условии что они не превышают четверти стоимости церкви, — в противном случае вставал вопрос о праве патронажа (“*advowson*”); принимать постановления о возмещении ущерба в случаях насилия против клириков, клеветы, нарушения клятвенного обещания, при условии, что имелось в виду и исправление греха. Кроме того, по делам о клевете и насилии в отношении духовных лиц было установлено, что, если человек, приговоренный к телесному наказанию, хочет заменить его денежным платежом, суд может пойти навстречу этому желанию, не рискуя подвергнуться запретительному ордеру.

Во Франции роль запретительного ордера выполнял так называемый “*appel comme d’abus*”. Он позволял не только недовольным сторонам, но и

любому человеку, клирику либо мирянину, прямо обратиться в светские суды, а в более поздние времена — к королю, чтобы предотвратить “злоупотребления” церковной юрисдикцией. Судя по всему, “*appel comme d’abus*” более успешно ограничивал церковную юрисдикцию, чем его английский аналог.

Именно юрисдикция церковных судов была одним из главных объектов атаки во всех великих национальных революциях Европы: Реформации в Германии XVI в., Английской революции XVII в., Французской революции XVIII в., Русской революции XX в. В большинстве кальвинистских и лютеранских стран в XVI в. церковные суды были заменены консисториями или синодами, юрисдикция которых в основном ограничивалась дисциплинарными мерами в отношении священников и других должностных лиц церкви, к государству же перешла большая часть прежней церковной юрисдикции над мирянами по уголовным и гражданским делам. Напротив, в Англии Реформация всего лишь передала папские полномочия в руки короля, который не только сохранил, но даже расширил прежнюю церковную юрисдикцию. Однако в XVII в. пуританская революция и затем реставрация Стюартов переместили многие гражданские и уголовные вопросы из церковных судов в суды общего права (а также в суд канцлера). Тем не менее только в XIX столетии, на волне широкой секуляризации, начатой Французской революцией, Англия целой серией статутов сократила юрисдикцию англиканской церкви. Теперь она включала дисциплинарные меры в отношении духовенства, ответственность мирян за некоторые виды половых преступлений, а также разные малозначительные вопросы, относящиеся к богослужению. В католических странах также в XIX в. постепенно был осуществлен на практике закон Французской революции (1790), полностью упразднявший всякую церковную юрисдикцию. Везде, кроме Испании и Португалии, юрисдикция католических церковных судов над мирянами стала делом совести, так как их решения не имели правовых последствий. На практике эти суды обычно ограничивали свою юрисдикцию над мирянами вопросами брака, обручения, законнорожденности детей.

Нет сомнения, что историки и дальше будут предлагать свою интерпретацию конфликта между Бекетом и Генрихом. Однако нам, возможно, удастся понять его глубже, если мы будем рассматривать его как часть Папской революции и формирования западной традиции права.

С этой точки зрения самое важное в этом конфликте — это необычайная напряженность между церковной и королевской властью и снятие этой напряженности путем правового компромисса.

Настаивая на церковной юрисдикции над духовными делами, партия папы в XII в. включала в “духовные дела” договоры между мирянами, содержавшие клятвенное заверение, уголовные преступления клириков, а также и многие другие вопросы, которые светские власти с неизбежностью считали мирскими. Аналогичным образом настаивая на королевской юрисдикции над светскими делами, партии короля в разных странах включали в “светские дела” споры между епископами за право представлять клириков на доходные церковные должности, апелляции на решения архиепископских судов, а также другие вопросы, которые церковные власти с неизбежностью считали духовными. Обе стороны пришли к соглашению, что должны быть две различные юрисдикции — одна церковная, а другая королевская. Однако они никак не могли договориться о границах между ними. В лучшем случае, им удавалось договориться между собой, что границы эти надо устанавливать не силой, а законом.

И Генрих, и Бекет придавали большое значение правовому определению границ между соответствующими юрисдикциями. Оба сначала ожидали, как и почти все в то время, что можно будет найти правовое решение вопроса

о том, как поделить церковный и светский контроль над теми вопросами, в которых обе власти были сильно заинтересованы, интересы их были прямо противоположны. Применение силы людьми Генриха нанесло удар по этому представлению, разразилось всеобщее негодование, которое и заставило английскую корону отказаться от своих крайних требований.

Конечно, время было на стороне расширения светской юрисдикции за счет церковной как в Англии, так и в других странах Европы. Однако все подобные сдвиги в распределении власти следовало производить в контексте правового соперничества и компромисса.

Соперничество между церковными и светскими судами оказало долгосрочное влияние на западную традицию права. Множественные юрисдикции и множественные правовые системы стали печатью западной законности. Когда Блэкстон писал, что английское право XVII в. состояло из естественного права, божественного, международного, церковного, римского, торгового, местных обычаев, общего права, статутного права и права справедливости, все еще существовали различные суды, применявшие все эти различные виды права. Это были церковные суды, университетские, адмиралтейские, суды общего права, суды права справедливости, хотя к тому времени главными среди них стали парламент и суды общего права. Даже сегодня в Соединенных Штатах Америки продолжает существовать определенное соперничество между федеральными судами и судами штатов, а внутри каждой из этих систем — соперничество между федеральным законодательством и законами штатов. Подчеркиваются различия и между международным и национальным правом, а также между общим правом и правом справедливости. Даже когда эти виды права применяются одними и теми же судами, возможность апеллировать к одному виду права против другого действует в пользу свободы, личности и общества.

В основе соперничества церковного и королевского судов с XII по XVI в. лежало ограничение юрисдикции их обоих: ни папа, ни король не могли претендовать на исключительную верность любого из подданных. Бекет погиб, защищая фундаментальный принцип: королевская юрисдикция не может быть неограниченной (король этого и не отрицал), и не одна только светская власть имеет право решать, где ее границы (с этим убийцы Бекета были не согласны). На протяжении трех с половиной веков десятки тысяч паломников со всей Европы ежегодно приходили в Кентерберри, чтобы отдать должное принципиальности этого человека, который не побоялся отстаивать свои убеждения перед королем.

Когда наконец церковь в светском представлении превратилась из ассоциации вне и против государства в ассоциацию внутри государства, то тогда в каждой стране Запада единая национальная юрисдикция поглотила все множественные юрисдикции, а единая национальная правовая система стала все больше вбирать в себя многочисленные ранее существовавшие правовые системы. Однако кое-что из наследия Бекета живо и сегодня. В большинстве стран Запада наличествуют не только остаточные явления конфликта юрисдикций и законов, но и конституционное ограничение власти государства над духовными ценностями. Борьба Бекета против утверждения королевской власти над духовенством повторяется в современном сопротивлении светскому юридическому контролю над убеждениями и нравственностью. Все еще существуют ограничения на полномочия законодательной власти и судов вмешиваться в чисто религиозные вопросы и наказывать за чисто нравственную деятельность. Все еще существуют трудности в определении правовых границ этих вопросов и этой деятельности. Все еще существует убеждение — или до недавнего времени существовало, — что если правовые установления государства противоречат высшему праву, то у человека есть право и есть долг нарушить их.

ЧАСТЬ II

**ФОРМИРОВАНИЕ
СВЕТСКИХ
ПРАВОВЫХ СИСТЕМ**

8.

КОНЦЕПЦИЯ СВЕТСКОГО ПРАВА

Папская революция впервые вызвала к жизни самостоятельное, автономное церковное государство и самостоятельный, автономный корпус церковного права, то есть каноническое право церкви. Она же впервые вызвала к жизни и политические формирования без церковных функций и нецерковные светские правовые порядки. Партия папы дала этим политическим образованиям и их праву название “преходящих”, то есть привязанных ко времени, и “светских”, то есть мирских.

Уменьшение сакральности светской власти было связано с представлением о множественности и разнообразии этих нецерковных политических формирований и их правовых порядков, они не сводились к чему-то одному. Новое каноническое право было одно, и новая церковная политика была тоже одна, но светское право было многообразным, оно соответствовало разным светским политическим укладам: императорскому, королевскому, феодальному, маноральному, торговому и городскому. Все эти новые виды политических образований требовали новых видов права хотя бы уже потому, что их религиозные функции, их “духовные” аспекты, оказались в руках отдельной и независимой организации, которая носила вселенский характер и глава которой находился в Риме.

Применение слова “духовный” для характеристики права церкви имело целью обозначить присущую церкви святость, которой лишено было зависимое от времени, или мирское, право нецерковных политических образований. Тем не менее светский порядок, включая и светское право, уже не считался в принципе хаотичным и бесцельным. Да, он был неуклюжим, но его можно было спасти. Его можно было обновить. Как и церковное право, светское право считалось отражением, пусть и несовершенным, естественного права и в конечном счете — божественного права. Оно было подвластно разуму и совести. Корни его лежали в божественном откровении. Ведь само

разделение на церковное и светское право подразумевало, что перед церковью стоит задача переделки мира к лучшему, а значит, все христиане (но особенно облеченные духовным саном) должны способствовать приведению светского права к его высшей цели — справедливости и истине.

Предполагалось, что светское право должно подражать каноническому. Все различные светские правовые системы: феодальная, манориальная, торговая, городская, королевская — приспособляли для себя многие основные идеи и приемы канонического права хотя бы уже потому, что каноническое право было развито более высоко и было доступно для имитации. Это было неизбежно, потому что в XII—XIII вв. большинство юристов, судей, советников и чиновников светских правовых учреждений были клириками: они либо получили образование в области канонического права, либо были знакомы с его основными чертами. В то же самое время светские власти сопротивлялись поползновениям церковных властей на светскую юрисдикцию и по этой причине старались придать светскому праву такую же связность и разработанность, как у канонического права.

Развиваясь отчасти в подражании, отчасти в соперничестве с каноническим правом, каждый из различных видов светского права постепенно стал восприниматься (хотя каждый в весьма различной степени) как правовая система, то есть целостный и органично развивающийся корпус правовых институтов и понятий. Однако в сравнении с каноническим правом новые светские правовые системы в значительно меньшей степени были прямо связаны с крупными политическими и интеллектуальными событиями и движениями эпохи, зато они были гораздо более непосредственно связаны с широкими социальными и экономическими переменами. Корни феодального и манориального права, в меньшей степени торгового и городского и в еще меньшей степени королевского права лежали в обычае, и потому они складывались медленнее, чем каноническое право церкви. Развитие классового сознания феодальной аристократии, юридическое оформление его отношений с крестьянством происходили куда медленнее и незаметнее, чем развитие классового сознания духовенства и юридическое оформление его отношений со светскими властями. Кроме того, возникновение таких учреждений, как коммерческие рынки и городское самоуправление, отличалось по характеру от возникновения таких учреждений, как университеты и церковные суды. Отчасти разница определялась тем, какие слои и какое число людей были этим прямо затронуты. Светское право выросло "из почвы". Оно было менее программным. Отчасти и по этой причине его рост был выражен гораздо менее ясно. К тому времени, когда университетски образованные юристы начали "суммировать" феодальное право, городское или королевское, оно уже было достаточно развито.

В сущности, первые системы светского права не нуждались в том, чтобы их описывали в учебниках или преподавали в университетских курсах: их и без этого воспринимали как целостные, развивающиеся, автономные совокупности права. Ученые книги по разным отраслям светского права были, конечно, не лишними, и они появлялись, хотя далеко не в том количестве и не такого качества, как правовая литература романистов и канонистов. Проблемы, возникавшие в разных видах светского права, часто попадали в университетские курсы права, хотя ни один из этих видов права не удостоился

преподавания в качестве отдельного предмета университетской программы. Напротив, правоведение было неотъемлемой частью процесса создания новой системы канонического права, она была немыслима без учебников и курсов, так как четко сформулированная теория была необходимым компонентом ее содержания, а академически образованные профессионалы — необходимым компонентом ее применения.

Таким образом, понятие светского права в том виде, в каком оно сложилось в конце XI—XII в., подразумевало разнообразные возникающие правовые системы, каждая из которых была ограничена определенными мирскими делами, выросла из обычая, была несовершенна, но направляема Богом и подлежала исправлению в свете разума и совести.

ВОЗНИКНОВЕНИЕ НОВЫХ ТЕОРИЙ СВЕТСКОГО ПРАВЛЕНИЯ И СВЕТСКОГО ПРАВА

Тезис этой главы состоит в том, что корни западной политической науки нового времени, или современной науки, включая теории государства и права, лежат в противоборстве между движущими силами Папской революции. Это противоречит традиционному представлению, которое все еще широко распространено, несмотря на то, что специальная научная литература о событиях XI — XII вв. его опровергает. Представление это заключается в том, что современная западная политическая наука берет начало, во-первых, в классической греческой философии, особенно в философии Платона и Аристотеля, а во-вторых, в возрождении ее в эпоху так называемого Возрождения, то есть в XV—XVI столетиях, когда (согласно этому представлению) впервые возникли светские государства.

Согласно этому традиционному взгляду в промежутке между античностью и XV в. политическая мысль определялась теориями стоиков и патристикой, модифицированными средневековой теологией. При этом и стоически-патристическая политическая теория, и средневековая теология, как считается, слишком тесно связаны с христианством и потому не заслуживают эпитета “современные”. Конечно, в конце XIII в., особенно когда вышел первый латинский перевод Аристотелевой “Политики” (1260), появились первые проблески (так говорят сторонники этого взгляда) новой политической науки, хотя политическая мысль оставалась в основе своей теологической и “схоластической”. Только в следующем столетии появилось несколько авторов, которых можно считать провозвестниками современных идей и методов анализа политики. В частности, Марсилиус Падуанский (ок. 1275—1342) подчеркивал принцип народного согласия как основу всякого законного правления, и светского, и церковного, и сделал из этого вывод, что светский государь может быть выше церкви, так как папство не более чем исполнительная церковная должность, установленная обществом. Однако первым по-настоящему современным политическим мыслителем в рамках этого представления считается Никколо Макиавелли (1469—1527), которому часто приписывают не только изобретение слова “государство” в применении к светскому политическому образованию, но и честь основателя современной политической науки, опирающейся на эмпирическое наблюдение и рациональный анализ политических институтов.

Согласно традиционному представлению никакая систематическая теория или наука о государстве не могла быть создана до конца XV или XVI столетия, потому что до того времени не существовало вполне развитого государства в нынешнем понимании, хотя отдельные черты государственности, возможно, уже возникли в конце XIII—XIV в. Далее утверждается, что само понятие государства в нашем нынешнем представлении чуждо “Средним Векам”, потому что оно противоречит существованию верховенства папы над всем христианским миром, феодальной системе децентрализованной политической власти, христианскому представлению о том, что над королем стоит Бог и естественное право.

Однако выше уже было показано, что первым на Западе государством как раз и было то государство, которое папский престол создал в церкви в конце XI и XII вв. Разумеется, найдутся люди, которые возразят, что обсуждение проблемы следует ограничить светскими государствами. Что ж, даже если принять это ограничение, нетрудно найти примеры европейских светских государств нового времени, которые возникли во время высочайшего расцвета папской власти, расцвета феодальной системы и расцвета веры в верховенство божественного и естественного права. Здесь подойдут такие примеры, как норманнское Сицилийское королевство при Рожере II (112 — 1154), Англия при Генрихе II (1154 — 1189), Франция при Филиппе-Августе (1180 — 1223), Фландрия при графе Филиппе (1169 — 1191) и Швабия и Бавария при Фридрихе Барбароссе (1152 — 1190). Можно еще назвать многочисленные независимые города-государства, имевшие развитые системы светского права и управления уже в начале XII в.: Генуя, Пиза, Фрайбург, Кельн, Гент, Брюгге и др. Каждое из этих образований было государством, то есть единой, независимой территориальной политией под властью суверенного государя, уполномоченного собирать армию и вести войны и издавать и блюсти законы. Более того, на протяжении XII и XIII столетий политические и правовые мыслители разрабатывали теории светского правления и светского права, чтобы объяснить и обосновать существование этих государств.

ИОАНН СОЛСБЕРИЙСКИЙ — ОСНОВАТЕЛЬ ЗАПАДНОЙ ПОЛИТИЧЕСКОЙ НАУКИ

Первым западным трактатом о правлении, вышедшем за пределы стоических и патристических схем, стал “Poliraticus” Иоанна Солсберийского, написанный в 1159 г.¹ и немедленно ставший сенсацией в Европе. Его значение лучше всего можно показать, сравнив его с более ранним произведением, быть может, последним в ряду значительных дозападных (то есть до эпохи нового времени) трактатов о правлении, с так называемым “Norman Anonymous” 1100 г.²

Написанный на вершине Папской революции, “Norman Anonymous” защищал сакральность королевской власти и выступал против притязаний партии папы. Автор его заявлял, что и королевское достоинство Христа, и его святость прямо передаются королям через таинство коронации. Как викарий, то есть наместник, Христа, король сам божествен и является священником своего народа. Он даже может совершать таинства, после коронации — такова была традиция в Византии, у франков и англосаксов — император

или король входил в алтарь и готовил хлеб и вино для своего собственного причащения³. Король также благодетель и спаситель своего народа, поэтому он может прощать грехи.

Согласно “Norman Anonymus” священство Христа передается также всем епископам через Св.Петра. Автор критикует узурпацию папой права епископов контролировать монастыри в своих диоцезах. Уникальность Рима, говорит автор трактата, заключается всего лишь в его древней политической и военной власти, Св.Петр наградил Рим ничуть не большим отличием, чем Иерусалим и Антиохию. Критикуется также и легализм канонистов: автор говорит, что каноническое право всегда следует толковать в духе Нового Завета. Автор защищает и брак духовенства: не все священники призваны к воздержанию. Он также выступает сторонником большей роли мирян в церкви. Автор утверждает, что таинство крещения лежит в основе всех других, включая и причащение. Таким образом, во всех этих вопросах трактат был старорежимным и принадлежал тому дореволюционному строю, который восходил к Каролингам и еще более древним временам.

Особенный интерес представляет стиль рассуждений автора. “Norman Anonymus” отнюдь не трезвая оценка “за” и “против” альтернативных позиций; напротив, это страстный призыв догматика и пророка. Главный его вывод — христоцентрическое качество королевской власти — основан не на практическом опыте, а на символическом Писании, не на логике целей и средств, а на литургии, не на правовых обоснованиях и аналогиях, а на церковной традиции.

В значительной степени стилистические качества и способ анализа “Norman Anonymus” соответствуют той фундаментальной политико-церковной позиции, которой придерживается автор. Однако похожие стилистические и методологические черты можно обнаружить во многих полемических произведениях партии папы конца XI — начала XII в. И только с окончанием великой борьбы, после великих компромиссов с обеих сторон появился новый стиль и новый способ анализа, а впоследствии и новая наука о природе правления. Начала этой науки можно найти в произведениях юристов — и канонистов и романистов — конца XI — начала XII в. Однако первым систематическим трактатом был “Polycraticus” Иоанна Солсберийского, он опирался на предшествующие юридические сочинения, но пошел дальше их.

Конечно, “Polycraticus” был написан не в том стиле, что нынешние западные научные сочинения, и даже не в стиле Джона Локка или Томаса Гоббса. Гоббса, отвергавшего схоластику вообще, вывел бы из себя повествовательный характер анализа у Иоанна Солсберийского, его явное перескакивание с одного предмета на другой, избыток библейских примеров, морализаторские тенденции, а всего больше — его явная непоследовательность. В трактате поддержаны многие теории правления, иногда почти мимоходом. Более того, совершенно отсутствует господствующая теория ближайших столетий западной политики, согласно которой, говоря словами Джона Дикинсона, “общество может самоорганизоваться для достижения своих общих целей путем создания институтов для аккумуляции идей и согласования целей его членов”⁴.

И тем не менее “Polycraticus” “все же являет в сочетании ряд самостоятельных линий рассуждения. Разъединившись, они позже сформировали

главные течения противоположного учения на многие века”⁵. До Реформации эти линии рассуждения оставались преимущественно в сочетании, впоследствии они разъединились, и именно это больше всего отличает послереформационную мысль от дореформационной. Так, возведение у Иоанна Солсберийского звания государя непосредственно к Богу предвосхитило теорию XVI в. о божественных правах королей, а его патриархальная теория монархии предвосхитила возникшую в XVII в. концепцию личного абсолютизма, в своей концепции связующего государя высшего права он предвосхитил доктрину сэра Эдуарда Кука о верховенстве суда. Учение Иоанна Солсберийского о том, что люди не нуждаются в правительстве, если они свободны от греха и могут жить по благодати, предшествовало, как отмечает Дикинсон, христианскому коммунизму радикальных сект протестантской Реформации и современным доктринам философского анархизма.

Итак, в “Polycraticus” Иоанн “выдвигает более или менее перемешанную массу противоречивых идей, из которых произросли [позднейшие политические теории] и которые служили средством ограничения и исправления их”⁶. В этом смысле книга на первый взгляд выглядит эклектичной и синкретичной. Но при ближайшем рассмотрении становится ясно, что эта смесь отнюдь не в идеях Иоанна Солсберийского, а в самих политических условиях того времени, сложных и противоречивых, и заслуга Иоанна в том, что он описал сложную структуру этих политических условий и осмыслил их противоречия. Именно поэтому “Polycraticus” — сочинение научное, а не только утопическое или программное. В противоположность классической политической мысли, которая рассматривала различные типы политической власти (монархию, аристократию, демократию) как взаимоисключающие альтернативы, западная политическая мысль, начиная с Иоанна Солсберийского, рассматривала их как сосуществующие в сочетании друг с другом.

Выше столетия “Polycraticus” на всем Западе считался самым авторитетным трудом по природе правления. Его превосходство не оспаривалось до тех пор, пока Фома Аквинский, опираясь на Аристотелеву “Политику”, не опубликовал свою книгу “О королевской власти” (“De Regimine Principum”) ⁷. Однако и тогда все признавали, что Фома Аквинский опирается не только на Аристотеля, но и на Иоанна Солсберийского.

Хотя “Политика” Аристотеля еще не была доступна на Западе, когда Иоанн писал свой “Polycraticus”, сочинение последнего испытывает сильное аристотелевское влияние отчасти благодаря хорошему знакомству автора с теми сочинениями Аристотеля, которые к тому времени были переведены⁸. Были и неаристотелевские влияния. В трактате Иоанна прослеживаются стоические и патристические влияния, подкрепленные ссылками на естественное право, правосудие, справедливость и разум из Кодификации Юстиниана. Кроме того, “Polycraticus” многое почерпнул из Ветхого и Нового Заветов, равно как и из истории церкви и Римской империи, а также ее византийской и франко-германской наследниц. Однако ни один из этих источников и факторов влияния не стал решающим. Решающее значение имело то, как все они были соединены, а способ соединения был характерен для западной мысли после Папской революции.

Этот последний пункт требует уточнения. Ведь историки любят рассматривать все новое с точки зрения его истоков. Однако при этом часто

они забывают объяснить нам смысл этого нового. Некоторые говорят, что средневековая политическая мысль, включая и мысль Иоанна Солсберийского, в принципе лежит в русле традиции стойков и отцов церкви, дополненной римскими юристами; что Аристотель имел мало влияния или вообще не имел влияния до сочинений Фомы Аквинского и что даже после Фомы аристотелизм не особенно принимался всерьез в политической теории⁹. Другие, возражая, считают, что вся средневековая мысль, включая политическую, есть история переводов Аристотеля и что политическая теория Иоанна Солсберийского есть, по сути, приложение аристотелевской логики к политическим реалиям эпохи¹⁰. Третьи заявляют, что изложенная в "Policraticus" теория правления, по сути, платоновская¹¹. Наконец, говорят, что "Policraticus" — это просто следующий шаг в развитии длинной традиции христианских сочинений об отношении светской власти к церкви, что его автор просто применил к новым обстоятельствам доктрину "двух мечей", обычно возводимую к папе Геласию I, который в V в. предложил императору Анастасию ограничиться исполнением царской власти и оставить исполнение священной власти священству¹².

Однако говорят также, что "Policraticus" Иоанна Солсберийского — нечто новое, что он "содержит первую политическую теорию, правящую с концепциями раннего средневековья, и прокладывает путь в эпоху, когда обсуждение прав и свобод государей занимает место старой теории двух мечей"¹³.

Новым в "Policraticus" в первую очередь было стремление автора во всей полноте соединить теории, тексты и примеры из самых разнообразных и противоречивых источников: Платона, Аристотеля, Цицерона, Сенеки, Вергилия, Овидия, Ветхого Завета, Нового Завета, отцов церкви, римских юристов Кодификации Юстиниана в глоссах современников Иоанна, канонистов и прочих — и синтезировать их. Все они в определенном смысле являлись авторитетами, однако в ином смысле каждый мог быть подвергнут критике в свете других. Это было первое приложение к политике того метода (позже его назвали "схоластическим"), который уже был применен, и гораздо более строго, к римскому праву Ирнерием и его последователями, к теологии Абельяром (у которого учился Иоанн) и к каноническому праву Грацианом (с "Decretum" которого Иоанн был знаком).

Во-вторых, Иоанн не только пытался добиться синтеза, но и нашел метод реального его достижения при помощи использования понятий, сочетающих противоречивые нормы путем выделения их общих свойств. Быть может, важнейший пример такого рода — использование латинского слова "princeps" ("государь") для обозначения не только конкретного правителя или конкретной должности, но и любого правителя, то есть правителя вообще. В римских сочинениях классического и послеклассического периода это слово обозначало римского императора. Государем был не всякий правитель, и не более чем один-единственный правитель, а только занимавший пост императора. В последующие века этот титул присвоил себе император франков, еще позже его узурпировали другие короли, а потом и папа, но всегда он использовался для обозначения только одного лица или должности. Иначе говоря, "princeps" означал высшего правителя или должность высшего правителя конкретного политического сообщества. Вот почему в борьбе между па-

пой и императором каждой стороне важно было присвоить себе титул принцепса, то есть государя, и прилагающиеся к нему тексты римского права. Кроме того, политическая власть принцепса до Папской революции считалась не территориальной, а скорее, как выразился Герхарт Ладнер, функциональной¹⁴, то есть полномочия и обязанности государя рассматривались как отношения сеньора с его вассалами, хозяина с слугами или священника с паствой — или Христа со своими учениками — независимо от природы политической единицы как сообщества людей, привязанного к данной территории и данной стране.

Напротив, Иоанн Солсберийский поставил перед собой задачу проанализировать общий предмет политических и правовых отношений между правителем и его подданными в территориальной системе. Государь мог быть императором, королем, герцогом или графом или каким-нибудь другим правителем. Подданные государя составляли “*res publica*” (“республику” или “сообщество” — англ. “*commonwealth*”) на той территории, которой он правил. Таким образом, термин “государь” в “*Policraticus*” означал нечто очень близкое, хотя и не идентичное, тому, что писатели последующих веков называли государством. Он подразумевал “форму публичной власти... заключающую высшие политические полномочия в рамках определенной территории”¹⁵. Действительно, в “*Policraticus*” государь, правитель четко определен как “публичная власть”¹⁶. Но понятие публичной власти не включало значение “форма публичной власти, отдельная от правителя и управляемых”¹⁷. Это понятие государства сложилось только в XVI в. В “*Policraticus*” “принцепс” было общим понятием, но еще не абстрактным: государь как публичная власть все еще рассматривался как “глава”, чьей задачей было поддерживать “статус” (“*status*”, англ. “*state*” — “государство”) сообщества “*res publica*”, которое рассматривалось как “организм”. Важная языковая перемена XVI в. заключалась в том, что “состояние сообщества” (англ. “*state of the commonwealth*”), которое до тех пор правитель обязан был направлять и обслуживать, было отождествлено с высшей политической властью, с самой формой публичной власти¹⁸.

Сделав термин “государь” общим понятием, Иоанн Солсберийский смог разработать теорию правления, основанную на различии между двумя общими типами государей, которые противоречили друг другу, хотя оба были видами одного рода. Государи первого вида правили согласно закону, праву справедливости и “принципу общего блага”. Государи второго вида правили силой, преследуя только свои порочные цели, они были “тираны... [которые] превратили законы в ничто, а людей в рабов”¹⁹.

Аналогичное различие между законопослушным королем и тираном можно найти в сочинениях отцов церкви и в древнегреческой политической мысли. Но теория Иоанна Солсберийского была гораздо сложнее этих более древних теорий, так как она признавала и единство и противоречивый характер двух типов правления и делала из этого выводы. Как и законопослушный король, тиран наделен властью от Бога, так как “вся власть от Господа Бога”. “Когда воля правителя оборачивается жестокостью к его подданным... то это Богу угодно наказывать или исправлять их... ибо добрые люди тогда смотрят на власть как достойную почитания, даже если она становится как чума для избранных”²⁰. Законам тирана нужно подчиняться. Даже если эти законы порочны, через них тем не менее претворяется Божья воля. Бог

“использует наше зло для Своих благих целей. Поэтому и правление тирана благо, хотя ничего нет хуже тирании”²¹.

Но этот более или менее традиционный аргумент постепенно меняется. Говорится, что дурной правитель может избежать Божьего суда не больше, чем дурные люди, если люди терпеливы и отвращаются от порока, то Бог наконец освободит их от угнетателя. История угнетения показывает, что дурные правители обычно бывают наказаны. Но более того, если тиран приказывает подданному поступить противно вере, подданный должен послушаться. “Некоторые вещи... столь отвратительны, что ни один приказ не может оправдать их или сделать их позволительными”²². Например, если военный командир приказывает солдату отрицать Бога или совершить прелюбодеяние, солдат должен отказаться²³. В общей форме, “если [государь] сопротивляется и противостоит Божьим заповедям и желает заставить меня участвовать в его войне против Господа, тогда в полный голос я должен возразить, что Бога следует предпочесть любому человеку на земле”²⁴.

Таким образом, читатель ставится перед двумя противоположными нормами: тирану следует подчиняться, потому что тиран правит по соизволению Бога, однако следует послушаться законов тирана, когда они противоречат законам Бога. Сначала вторая норма кажется исключением из первой и применимой только в случае наиболее дурных приказов. Однако тирания сама по себе может противоречить законам Бога. Противоречия все нарастают, и наконец читатель ставится перед поразительным выводом, что человек может иметь право и даже обязанность не только не подчиниться тирану, но даже убить его — это то самое знаменитое право и обязанность тираноубийства, которые Иоанн Солсберийский первым из западных авторов разработал как доктрину и обосновал с помощью продуманных аргументов. Он начинает с пассивного сопротивления: “Даже если государи и отошли понемногу от пути истинного, все же нехорошо сразу свергать их, а следует осуждать несправедливость терпеливым порицанием, пока, наконец, не станет очевидно, что они упорствуют во зле”²⁵. В конечном счете, однако, каждый человек обязан привести право в исполнение путем убийства тирана, поставившего себя вне его:

“Убить тирана не только законно, но и правильно и справедливо. Ибо всякий, кто поднимает меч, заслуживает от меча и погибнуть. А кто же поднимает меч, как не тот, кто узурпирует его по собственному безрассудству и не получает власть пользоваться им от Бога. Поэтому закон справедливо вооружается против того, кто обезоруживает законы, и публичная власть яростно обрушивается на того, кто хочет ее свести на нет. И хотя есть много проступков, равносильных *lese majeste*, нет преступления более тяжкого, чем преступление против самой Справедливости. Поэтому тирания — не просто общественное преступление, а, если такое возможно, преступление более чем общественное. И если в преступлении *lese majeste* все люди допускаются быть обвинителями, насколько же это более верно в отношении преступления, состоящего в подрыве законов, которые должны управлять даже императорами? Поистине никто не будет отмщать врага общества, но, напротив, тот, кто не стремится заставить его понести наказание, совершает преступление против самого себя и всего земного сообщества”²⁶.

Признание Иоанном Солсберийским фундаментального единства двух противоположных норм — правления с опорой на закон и правления с опорой на силу, причем и то и другое приписывалось Божьей воле, — стало основой позднейших теорий западной политической науки. Комплексность и новизна таких теорий были усилены тем, что постулированные Иоанном противоположные нормы соответствовали политическим реалиям эпохи. Однако он так и не определил конкретно эти современные реалии и даже нигде не ссылаясь на них. Несмотря на то — или, что более вероятно, из-за того — что он был близко знаком с крупнейшими деятелями своего времени, включая пап и антипап, королей и тиранов, Иоанн избегал имен и оставлял своим читателям возможность применить этот анализ к современным героям и злодеям. Несомненно, поступить иначе было бы для него политическим риском. Это также отвлекло бы его от главной цели, а она заключалась в том, чтобы исследовать основные теоретические дилеммы власти и справедливости, стоявшие перед возникавшими светскими государствами. Но как же можно было проанализировать политические и конституционные нормы, не приводя конкретных примеров?

Этот вопрос был решен в “Polycraticus” методом, характерным для нового научного мышления XII столетия. Реальных примеров было приведено много, но все они были взяты из древней греческой и римской истории, Ветхого Завета, истории Римской империи и т. д. Однако проблемы, определявшие выбор этих примеров, вовсе не волновали древних греков и римлян, евреев и прочих предшественников Иоанна и его современников. Это были фундаментальные политические проблемы XII в., которые вызывали споры в университетах, в римской курии и в центрах политической и культурной жизни в Англии, Нормандии, Южной Италии, Ломбардии, Саксонии, Швабии, Франции, Фландрии, Венгрии, Польше, Испании и других странах Европы. Конечно, все эти многочисленные примеры, то есть фактические ситуации, анализировавшиеся (часто подробно) Иоанном, были взяты из литературных описаний древних цивилизаций. Однако Иоанн внес в них эмпирически-индуктивный подход, проявил интерес к реальному опыту, казуистике, пусть даже “казусы” были облачены в одежды библейских или греко-римских времен. Результатом всего этого стала книга, которая, с одной стороны, не изображала утопическую или идеальную республику, а с другой — не была хроникой загнивающей эпохи, хотя в ней были элементы того и другого. Смесь эмпирически-индуктивного и этически-нормативного фактически составила третье новшество стиля и метода, введенное “Polycraticus”.

В качестве примера того, как в трактате соединились этически-нормативный и эмпирически-индуктивный подходы, можно привести рассмотренное основополагающей проблемы выбора нового государя, когда трон освобождается. Вообще говоря, и племенная, и феодальная, и имперская традиции — все подчеркивали два основных принципа преемственности: наследование и выборность. Идеальным решением являлась ситуация, когда ведущие деятели государства избирали на трон старшего сына покойного правителя. Однако проблемы возникали сразу же, если старший сын не пользовался достаточной поддержкой наиболее влиятельных людей. Некоторые из них могли поддержать другого сына, брата, кузена или другого родственника покойного короля. Чем теснее кандидат был связан с ним родством или свойством, тем

легче ему было получить поддержку людей, имеющих право выбирать, за исключением тех случаев, когда подданные восставали против всей династии.

До Папской революции роль руководителей церкви в выборе преемника не особенно отличалась от роли светских магнатов. Епископы и другие крупные церковники сами были императорскими или королевскими советниками, феодальными баронами и даже важными фигурами в родовых и династических связях. Однако с сосредоточением управления церковью в руках папы и с разделением церковной и светской властей церковь стала играть явную и независимую роль в выборах короля. Так к большой неопределенности, которая всегда сопутствовала выбору преемника государя, добавился еще один осложняющий фактор.

В 1159 г., когда Иоанн Солсберийский написал “Policraticus”, в норманнской Англии только что появилась новая династия. Основатель ее, Генрих II, был могущественным монархом, который очень хотел обеспечить переход трона к своим потомкам. В 1170 г. он заранее короновал своего старшего сына Генриха, а в 1172 г. короновал его снова, теперь уже вместе с женой. Иоанн отлично знал о сходных тенденциях к укреплению принципа наследования в других государствах, включая норманнское Сицилийское королевство (на юге Италии) и Францию Капетингов. Знал он и о проблемах, связанных с избранием императора: в то время, особенно начиная с 1125 г., складывалась система выборов, по которой преемник императора определялся в основном голосованием определенного числа князей разных (в основном германских) княжеств, в конце концов число выборщиков остановилось на семи, причем в их состав входили три архиепископа: Майнцский, Кельнский и Трирский. Однако обычно выборы склонялись в пользу правящей императорской династии, на практике корона чаще всего переходила к старшему сыну или другому близкому родственнику покойного императора.

Начиная с XII в. юристы, романисты и канонисты одинаково много занимались вопросами передачи власти. Они склонны были анализировать их сквозь призму множества довольно узких тем, например: норм наследования по мужской и женской линиям, вопроса об источнике полномочий выбирать короля или императора, действительности избирательных процедур, влияния папского отлучения на законность правителя. Такие вопросы обсуждались юристами в свете разных авторитетных текстов и правовых доктрин, обычаев и установлений, а также реальных исторических примеров²⁷.

“Policraticus” не входил глубоко в правовые аспекты вопроса о наследовании королевской власти. Вместо этого он стремился найти теоретическое решение конфликта между принципом наследования и принципом выборности и обосновать вмешательство церкви. Избранные для иллюстрации “примеры” были взяты не из европейской истории. Например, обсуждалось избрание Иисуса Навина как преемника Моисея: “Моисей созвал всю синагогу, чтобы он мог быть избран в присутствии народа и чтобы никто не омрачил потом его звание”. С другой стороны, сам Господь велел Моисею сделать Иисуса правителем. Иоанн комментирует: “Ясно, что здесь нет ни шумного одобрения народа, ни притязаний по праву кровного родства, ни доводов семейных связей”²⁸. Затем упоминается другой библейский сюжет: дочери Салпаадовы явились к Моисею, заявляя права на наследство отца. Их притязание “было справедливо, ибо наследование зем-

ли и имущества человека, а насколько возможно и его публичная должность, должны принадлежать его родственникам. Но руководство народом должно быть передано тому, кого избрал Господь, то есть такому, в котором есть дух Бога... [и который] сведущ в законах Господа”²⁹.

Таким образом, Иоанн Солсберийский делает вывод, что, чтобы стать государем, надо быть избранным Богом, а это означало получить одобрение церковной власти. Так как государь подвластен Богу, он подвластен также и духовенству, “которое представляет Бога на земле”³⁰. Он — “инструмент священной власти”, которая передает ему мирской меч, “меч крови”, которым само духовенство не может непосредственно владеть по причине своей чистоты³¹.

Иоанн не отрицает, что наследственность — важный фактор в переходе государственной власти: “Неправильно обходить в пользу новых людей кровь государей, которым по праву божьего обещания и семьи должны наследовать их дети”³². Выборы — тоже важный фактор: Иоанн ссылается на знаменитое место в Юстиниановых Дигестах, относящееся к передаче власти императору римским народом, и утверждает, что государь поэтому является “представителем” или “наместником” своего народа³³. Однако оба этих принципа как абсолютные он отвергает. Наследственные права создают презюмируемое право на трон, которое следует подтвердить выборами, но духовенство, то есть папский престол, имеет право решающего голоса, когда использовать его в интересах церкви. Исходная теория состоит в том, что королевский титул проистекает от Бога либо через наследственность, либо через выборы, либо через иные средства, которые Бог выбирает в данном случае³⁴.

Этот пример иллюстрирует синтез противоположностей, характерный для схоластической мысли XII в. Точнее говоря, он демонстрирует сочетание этико-нормативного подхода с эмпирически-индуктивным. Этико-нормативный аспект очевиден: во-первых, государь должен следовать законам Бога и пытаться соблюдать заповеди; во-вторых, если папа, облеченный высшей ответственностью в истолковании божьей воли, решит, что кандидат на трон — еретик, раскольник или другой враг церкви, то такой кандидат не пройдет невзирая на любые притязания по праву наследования или выборов. Эмпирический и индуктивный аспекты не столь очевидны, но они присутствуют. Во-первых, все изложение связано с реальностями, которые определяли переход тронов Европы начиная с XII в.: наследованием, выборами, вмешательством папы³⁵. Во вторую очередь, обращение Иоанна к Библии, греческой и римской литературе в поисках конкретных примеров придало трактату широкую эмпирическую основу для выводов. Примеры из тогдашней жизни Европы были слишком близко к дому, чтобы их можно было объективно проанализировать с точки зрения политической теории; объективный их анализ был возможен только с точки зрения правовой теории, потому что ее категории анализа были уже и обычно ограничены авторитетными текстами. Современные дела были также слишком запутанны, то есть слишком много было о них известно, а поэтому их гораздо труднее было упрощать. Примеры из античности были для Иоанна Солсберийского и его современников вроде примеров из других культур, используемых нынешними политическими теоретиками. Они обеспечивали некий вселенский антропологический контекст.

Тесно связанной с: 1) попыткой синтезировать противоположные нормы, 2) путем использования общих понятий, 3) которые соответствовали эмпирическим реальностям, была четвертая новация в схоластическом методе, который Иоанн Солсберийский первый применил к исследованию светских политических институтов. Это была попытка осмыслить весь предмет анализа как единое целое, интегрированную систему и, что характерно, отразить целое в органических категориях, как некое тело.

“Polycraticus” впервые ввел в европейскую мысль органическую теорию светского политического строя: это был первый в Европе труд, разрабатывавший метафору каждого княжества (то есть отдельной территориальной политики) как организма, а правителя как его главы. Государь уподоблялся голове, сенат — сердцу, судьи и правители провинций — глазам, ушам и языку, солдаты — рукам, земледельцы — ногам. Аналогия эта доводится до того, что финансовые чиновники и хранители королевской казны уподобляются желудку и кишкам, “которые, если они переполнены из-за чрезмерной жадности и слишком цепко удерживают свои накопления, порождают бесчисленные и неизлечимые болезни, так что через их недуг гибель грозит всему организму”³⁶. Подобные метафоры можно найти в античной политической мысли, и Иоанн Солсберийский был знаком по меньшей мере с их использованием у Плутарха и черпал их из его сочинений. Однако органические метафоры в “Polycraticus” имеют отличительные черты. Они напоминают современную теорию систем, с ее понятиями потоков информации, подчинения, иерархии, обратной связи, контролера и программы.

Органическая метафора подразумевает, что правительство, то есть политическое управление, естественно для человека. Политическое управление — это не то, что обязательно навязано обществу силой, и оно не возникает из договора или соглашения. Эти две альтернативы — теория принуждения и теория договора — разрабатывались стойками и отцами церкви и господствовали в политической мысли Запада вплоть до XI—XII вв.³⁷ Обе опирались по существу на статическое представление о человеческой природе. Стоическая и патристическая философия постулировали, что первоначально человек жил в состоянии добродетели, будь то в раю или в Израиле при патриархах, Моисее и судьях. Однако из-за своей врожденной греховности человек лишился управления на основе милосердия или высшего права. Принудительное монархическое правление силой навязало ему позитивные правила либо же гражданские раздоры побудили его добровольно согласиться (на основе некоего общественного договора) на монархическое правление. Независимо от того, установлены ли политические рычаги силой или договором, они рассматривались как ответ на человеческую испорченность, а не на глубокое желание человека жить в мире и согласии.

Органическая концепция политического управления и мысль о его естественности, содержащиеся в “Polycraticus”, больше сродни аристотелевской философии, чем стоической или патристической. Хотя “Политика” Аристотеля не была доступна Иоанну Солсберийскому, он разделял его представление о том, что политическое сообщество подвластно закону природы, т.е. разуму, и что природа разума требует от короля править согласно праву и справедливости. Этот взгляд ярко выражен в “Polycraticus”, он также присутствует в метафоре “политического организма”.

Метафора “политического организма” поддерживала и территориальное представление о политическом сообществе. Это тоже совпадало с классическими греческими концепциями органического единства и естественного разделения труда между правителями и управляемыми. Такие представления становились все более релевантны, по мере того как западное общество стремительно двигалось от племенных, местных, феодальных и сакрально-имперских способов упорядочения к крупным, сплоченным территориальным политиям с довольно сильными центральными правительствами.

Однако ошибкой было бы полагать, что аристотелевские и другие античные концепции имели для Иоанна Солсберийского и его современников тот же смысл, что и для древних греков. Сама исходная посылка политической теории Аристотеля, выраженная в первом параграфе “Политики”, а именно, что высшей целью человеческой жизни является благо политического сообщества³⁸, была приемлема для средневековой христианской мысли только после целого ряда перетолкований, которые Аристотелю показались бы весьма странными. “Politicus” принимает как должное, что политическое сообщество подчинено спасению душ человеческих по Божьему суду. Иоанн Солсберийский понимает Аристотелеву “природу” как инструмент божьей воли. “Разум” он понимает как способ обеспечить божественное откровение. И только не без значительных трудностей, только на довольно высоком уровне абстракции можно примирить эти взгляды с аристотелевской философией.

Чуть более столетия после Иоанна Фома Аквинский трудился над тем, чтобы показать, что светский натурализм и религиозный натурализм, поскольку оба они имеют дело с *человеческой* натурой, особенно с его *нравственной* и *рациональной* природой, все-таки ведут к одинаковым выводам с разных отправных точек. Но различие отправных посылок никак нельзя стереть, и оно упорно возвращается, не желая покидать этот спор.

Был и еще один аспект теории Иоанна Солсберийского, который было не просто трудно, а прямо-таки невозможно примирить с греческой мыслью, ибо этот аспект был ей во всех отношениях противен. Он заключается в том, что Бог проявляет себя в двух противоположных сообществах в одно и то же время и в одном и том же месте и что каждый христианин живет в обоих — и в сообществе, управляемом мирской преходящей властью, и в сообществе, управляемом священством. Это два различных политических сообщества. Однако мирское сообщество — государь и все его подданные — и являются членами церковного сообщества, то есть церкви, и находятся под ее властью. Более того, церковь, хотя она и обладает качеством духовного сообщества не от мира сего, имеет и политическое измерение: она тоже организм, управляемый главой, государем (папой), и, преследуя свои духовные интересы, неизбежно принимает участие в преходящих, то есть светских, делах.

Таким образом, классическая греческая метафора политического организма и аристотелевская концепция источника правления в природе и разуме были использованы Иоанном Солсберийским в историческом контексте, который не имел никакого отношения ни к древним грекам, ни к Аристотелю. Само политическое сообщество, которое для Аристотеля означало всю целиком социальную жизнь народа в определенном месте, было расколото на два организма: организм церкви и организм светской политики, будь то королев-

ство, герцогство, город или империя. Да и вообще западные мыслители смогли представить себе светское сообщество как организм только после того, как Папская революция разделила Запад на церковную и светскую политические сферы³⁹. До того политическое сообщество, возглавляемое сакральными императорами и королями, было совершенно смешано с церковью, ни одно из них не было телом или организмом в греческом смысле, зато оба вместе как христианское сообщество назывались телом в другом, мистическом, смысле — духовным телом Христа. Так, для Св.Августина священники и епископы жили в тех же градах — земном и небесном, — что и другие святые и грешники, и ни один из этих градов не был органичным политическим образованием. И только с разделением западного христианского мира на церковную политику и светскую в конце XI—XII в. впервые стало возможно применить греческую органическую теорию к западной политике, но только к одной ее половине, светской.

Фактически обстоятельства, к которым Иоанн Солсберийский и другие писатели его эпохи приложили греческие способы мышления, столь разительно отличались от тех обстоятельств, в которых эти способы возникли, что можно только удивляться, как Иоанн и другие вообще умудрились их применить. Иоанн стремился повлиять на ситуацию, которую Аристотель счел бы совершенно нелепой: сосуществование ряда королевств, княжеств, феодальных территорий, городов и других автономных светских политий внутри централизованного церковного государства. Гений Иоанна и заключался в том, что он создал такую теорию из разных элементов: частью из аристотелевских, частью из стоических, частью из других (римских, древнееврейских, патристических, византийских, франкских), и эта теория интрепретировала эту ситуацию и в нормативных, и в эмпирических категориях.

ТЕОРИИ ЮРИСТОВ РИМСКОГО И КАНОНИЧЕСКОГО ПРАВА

Иоанн Солсберийский испытал сильное влияние сочинений своих современников-юристов, специалистов римского и канонического права, которые тоже были заняты титаническим трудом, пытаясь сформулировать теорию правления и права. Эта теория, с одной стороны, должна была соответствовать реалиям эпохи, а с другой — поставить пределы произвольному употреблению власти правителями. Юристы, однако, работали с авторитетными текстами более тесно, чем Иоанн, и больше сосредоточивались на вопросах, могущих получить практическое решение.

Романисты избрали областью изучения римское право классической и послеклассической эпохи, которое содержалось в заново открытых текстах Кодификации Юстиниана и обогатилось новыми понятиями, взятыми из канонического права и из складывающихся систем феодального, городского и королевского права, а также из теологии и философии. Сами римские тексты почти не раскрывают ни политической, ни правовой теории. То немногое, что там есть, состоит из разбросанных в тексте ссылок на разум, справедливость или право справедливости и на полномочия императора и подчиненных ему магистратов. Иногда очень кратко упоминаются весьма широкие принципы, такие, как «справедливость состоит в том, чтобы дать каждому

то, что ему причитается” или “то, что угодно государю, имеет силу закона”. Чаще такие широкие принципы связывались с конкретными нормами права, например, приводилось утверждение Гая, что естественный разум узаконивает самооборону человека от агрессивного нападения. Исследователям этих текстов в XII—XIII вв., — глоссаторам — осталось соединить их так, чтобы получить систему общих понятий о местонахождении, характере и пределах политической власти.

Канонические юристы той эпохи занимались тем же самым, но они были менее ограничены в источниках авторитета. Хотя они без колебаний использовали тексты Юстиниана, но ответы на теоретические вопросы охотнее искали в других местах. Они использовали многочисленные каноны, изданные церковными соборами в XII—XIII вв., обильные законодательные и судебные материалы, исходившие от римской курии, “*jus antiquum*” в систематизации Грациана, сочинения Абеяра, Петра Ломбардского, других современных им богословов, писания отцов церкви, Ветхий и Новый Заветы. Канонисты не уступали романистам в юридической технике, а романисты канонистам в философском содержании, но в целом почерк канонистов был смелее и размашистее. В анализе отношений между церковной и светской властью канонисты поддерживали притязания церковной власти более последовательно, чем романисты, хотя внутри обеих групп редко наблюдалось единодушие по спорным вопросам.

Великолепным примером приложения римского права к политической теории служит способ, которым крупнейший романист эпохи Азо (1150—1230) выработал на основе римских юридических текстов о *jurisditio* и *imperium* понятие суверенитета⁴⁰.

Вот что говорят Дигесты: “*Jurisdictio* — очень широкое полномочие, она может означать предоставление владения имуществом и передачу его, назначение опекунов сиротам, не имеющим их, назначение судей тяжущимся”. Римское право Юстиниана не дало более точного определения “*jurisdictio*”, чем это. Другие тексты приводят примеры условий, при которых она существует, и некоторые указания на то, почему она существует при этих условиях. Утверждается, например, что тот, кто рассматривает спор между сторонами, только в том случае имеет “*jurisdictio*”, если он возглавляет какой-нибудь трибунал или имеет другую юрисдикцию. Другими словами, соглашение частных лиц не создает “*jurisdictio*”. В другом положении говорится, что имеющий “*jurisdictio*” не должен осуществлять ее в отношении своей семьи или друзей. Еще один текст устанавливает, что проконсул имеет “*plenissima jurisdictio*” (“самую полную юрисдикцию”) и вследствие этого имеет в своей провинции “*maius imperium*” (“наибольшее властное полномочие”), подходящее для всех целей, выше которого только власть императора⁴¹.

“*Imperium*” (“властное полномочие”, “господство”) также остается не определенным в Кодификации Юстиниана. Даются примеры его осуществления, из которых можно сделать вывод, что иногда “*imperium*” и “*jurisdictio*” могут употребляться взаимозаменяемо, а иногда их надо различать. Говорится, что “*imperium*” бывает трех родов: 1) *maius imperium* (“наибольшее властное полномочие”), держатель которого может выносить окончательное решение по любому делу, над которым он имеет “*jurisdictio*”; 2) *merum imperium* (“чистое властное полномочие”), примером которого является власть выносить смертный приговор по уголовным делам; 3) *mixtum imperium* (“смешанное

властное полномочие”), примером которого является власть приказывать, заключенная в юрисдикции по гражданским делам. Считается, что всякая “*jurisdictio*” включает в себя по крайней мере легкое принуждение. Юрисдикция над преступлениями, наказуемыми смертной казнью, в одном фрагменте приравнивается к “*imperium*”⁴².

Столкнувшись с этой довольно хаотичной картиной, Азо, ссылаясь на своего великого предшественника Ирнерия (1060—1125), основателя романистской науки права, начал с замечания, что соответствующие положения Дигест не дают определения “*jurisdictio*”, а только приводят примеры ее. Затем он предлагает свое определение, которое охватывало бы все три примера: “*jurisdictio*”, заявляет он, есть публично установленное полномочие и обязанность выносить решения и осуществлять справедливость. Он выводит свое определение отчасти из этимологии слова: *ditio* (*dictio*), говорит Азо, значит власть (*potestas*), то есть власть высказывания, а *ius*, *iuris* означает право, и “это значит, что *jurisdictio* есть законная власть”⁴³.

Затем Азо переходит к классификационному делению. Он различает четыре вида *jurisdictio* в римском праве. Здесь он применяет искусный прием в отношении источников — фокус вполне оправданный, если учесть, что источники закладывают фундамент развития системы общих понятий, и в частности, теория политической власти. Фокус заключался в том, чтобы классифицировать *imperium* как вид *jurisdictio*. Так, сначала Азо отделил “*plenissima*” (“самую полную”) юрисдикцию, которая находится в руках государя, от “*minus plena*” (“менее полной”), которая находится в руках остальных магистратов. Однако некоторые магистраты имеют “*plenissima*” юрисдикцию в отношении нижестоящих чиновников. Второе деление Азо — на добровольно признанную и спорную юрисдикции. Третье деление отграничивает общую юрисдикцию (“ординарную”) от специальной, например юрисдикции легата, уполномоченного на определенное дело. И наконец, Азо приводит четвертое деление юрисдикции на чистое и смешанное “*imperium*”.

Джон Перрин говорил, что “значение его классификации невозможно переоценить... *Jurisdictio* — это не то, что относится и к *terrum*, и к *mixtum imperium*. Скорее эти элементы власти, эти степени *imperium*, являются подразделениями *jurisdictio*. *Jurisdictio*, по сути, их включает в себе”⁴⁴. Непосредственное значение этой классификации трояко.

Во-первых, “чистым властным полномочием”, которое является властью меча, властью телесного наказания, властью отнять жизнь, по теории Азо, обладают только те, кто имеет юрисдикцию, определяемую как законная власть выносить приговор и устанавливать справедливость. Азо также распространял чистое властное полномочие на уголовный процесс вообще, включая допрос подозреваемых, и утверждал, что понятие “чистое властное полномочие” относится к делу, в котором нет денежных притязаний.

Во-вторых, классификация Азо подразумевает, что право и полномочие правителя законодательствовать, которое позже стали считать сущностью суверенитета, является аспектом его права и полномочия осуществлять правосудие. Действительно, подчинение власти меча власти правосудия предполагает такое понятие суверенитета, в котором даже право и полномочие правителя вести войну выводится из его права и полномочия выносить приговоры и осуществлять справедливость.

В-третьих, поскольку власть меча является видом юрисдикции, нет необходимости, чтобы она осуществлялась только магистратом с самой полной юрисдикцией, то есть императором. Азо доказывает, что она может осуществляться и магистратом с менее полной юрисдикцией. Другими словами, Азо отличал власть императора от власти других правителей не на основе *imperium*, а на основе *plenissima* и *minus plena jurisdictio*. Император имеет наибольшее властное полномочие и наиболее полную юрисдикцию, но другие должностные лица могут иметь чистое властное полномочие, включая власть меча и менее полную юрисдикцию.

В анализе Азо заключено признание, что юрисдикция и властное полномочие — суверенитет, как сказал бы более позднее поколение, королей, князей, глав муниципальных правительств, других должностных лиц не выводится из юрисдикции и властного полномочия императора. У них есть своя собственная юрисдикция и свое властное полномочие, которые, так сказать, количественно меньше, чем императорские, но тем не менее от них не зависят. Это аналитически отражено в классификации разных видов *imperium*, которое является одним из четырех подразделений внутри рода *jurisdictio*, отдельным от видов *plenissima* и *minus plena*.

Разумеется, за этой новой юридической классификацией стояла более фундаментальная концепция источника суверенитета. Азо утверждал, что все правители обладают *imperium*, потому что они обладают *jurisdictio*, правом устанавливать закон в своих государствах. Но каков же источник права законодательствовать? Азо отвечал, что источник этого права — *corpus, universitas, communitas*. Юрисдикция не нисходила от императора, она восходила от корпоративного сообщества.

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА

Идея светского государства, которая была заключена в Папской революции с самого начала, и реальность светского государства, которая возникла из исторической борьбы между церковными и светскими силами, составившими Папскую революцию, были, по сути, идеей и реальностью государства, управляемого законом, “правового государства” (нем. *Rechtsstaat*)⁴⁵. Это означало, во-первых, что главы обоих сообществ, церковного и светского, устанавливают и поддерживают собственные правовые системы, то есть регулярно издают законы, создают судебные системы, организуют правительственные подразделения и вообще управляют посредством права. Во-вторых, это означало, что главы каждого из двух сообществ связаны правом, которое они сами ввели в действие; они могут законным путем изменять его, но до тех пор должны ему подчиняться, то есть, они должны управлять в соответствии с правом. (Это имплицитно содержалось в подчинении законодательной власти суверена его судебной власти.) А в-третьих, это означало, что каждая юрисдикция связана правом других юрисдикций постольку, поскольку законно само это право; каждое государство существовало в рамках системы множественных юрисдикций. Это последнее значение было опорой двух других. Если церковь хотела иметь нерушимые законные права, государство должно было принять эти права как законное ограничение своего собственного главенства. Аналогичным образом права государства являлись законным огра-

ничением главенства церкви. Эти две державы могли сосуществовать мирно только благодаря взаимному признанию верховенства права над каждой из них.

Трудности, связанные с концепцией верховенства права над государством, были более чем очевидны и тогда, и ныне. Как может государь иметь “*imregium*” (или, как мы бы сейчас сказали, как может государство иметь суверенитет), если его законные полномочия подчинены воле других суверенных правителей? Это схоластическое “противоречие” из числа самых великолепных. И что еще более важно, как можно говорить о верховенстве, о главенстве права внутри данной политики, когда никто не уполномочен подвергнуть сомнению действия главного должностного лица ее, будь то папа в церкви или король в королевстве?

Грациан и его последователи говорили, что папа должен быть низложен, если он нарушает закон, но выше папы не было никого, кто мог бы авторитетно сказать, что он нарушил право, или низложить его. Сходным образом, королевские юристы, такие, как Брактон, говорили, что долг короля подчиняться праву, что король находится “под Богом и законом”, что не король делает закон, а закон делает короля, однако они же говорили, что ни один судья не смеет оспаривать действия короля, ни один ордер не может быть выдан против короля, что король “должен бы” подчиняться своим собственным законам, но что от него нельзя законным образом потребовать этого⁴⁶.

Несмотря на это, Саксонское зеркало (*Sachsenspiegel*), написанное в начале XIII в. примерно в эпоху Брактона, утверждало, что “человек должен противиться своему королю и судье, если тот поступает незаконно, и должен препятствовать ему во всяком незаконии, даже если он его родственник или феодальный сеньор. И этим он не нарушает свою присягу на верность”⁴⁷. Сходным образом знаменитая юридическая формула Арагона устанавливала, что подданные должны повиноваться королю только до тех пор, пока он исполняет свои обязанности, “а если нет, то нет”⁴⁸.

Право и обязанность послушаться богоданного короля-самодержца, когда он нарушает основное право, базировались на убеждении, что само основное право установлено Богом. Папы и короли издавали законы, но делали это как заместители Бога, вовсе не они, а “Бог есть источник всякого права”.

Таким образом, концепция верховенства права поддерживалась господствующей религиозной идеологией. На нее работали также политическая и экономическая слабость правителей и плюрализм властей и юрисдикций. Наконец, понятие верховенства права опиралось на высокий уровень правового сознания и правового искусства, достигнутый на Западе в XII—XIII вв. Господствовало ясное понимание того, что для сохранения законности требуются не просто отвлеченные предписания правосудия, справедливости, совести, разума, но и конкретные принципы и нормы, такие, как закрепленные в английской Великой хартии вольностей 1215 г. и венгерской Золотой буллы 1222 г. Во многих подобных документах, в том числе в дарованных королями и феодалами городских хартиях вольностей, конкретизировались различные гражданские, политические, экономические, социальные права.

В Великой хартии вольностей бароны и церковь вытребовали у короны обязательство, что король не будет взимать никаких платежей или служб помимо трех признанных феодальных податей без согласия “общего совета нашего королевства” (то есть главных ленников короля), что “обычные граж-

данские судебные разбирательства... будут производиться в установленном месте”, что “никто не будет привлечен к суду по обвинению, не подкрепленному достойными доверия свидетелями”, что “ни один свободный человек не будет заключен в тюрьму, лишен прав владения недвижимым имуществом, объявлен вне закона, изгнан или иным способом уничтожен... иначе как на основании законного решения равных ему и закона страны”, что “никому мы не станем продавать правосудие, никому не станем отказывать в нем или отсрочивать его”, что “купцы будут свободно вести дела в Англии и вне ее, кроме военного времени, а если эти купцы из вражеской страны, то они и их товары будут в безопасности, если с нашими купцами будут обращаться так же”, что “все могут свободно покидать Англию и въезжать в нее, за исключением военного времени, тех, кто объявлен вне закона и воюет с нами”, что “только те, кто знает закон, будут назначаться судьями, констеблями, шерифами и судебными приставами”, и другие подобные обязательства⁴⁹.

Аналогичным образом в Золотой булле 1222 г. венгерский король Андраш II Арпад принял конкретные ограничения на власть короны в пользу “высших и низших благородных людей” (то есть свободных людей), обязав себя и своих преемников творить суд ежегодно в определенном месте и в определенное время, не “арестовывать и не уничтожать благородного человека по благоволению к какому-нибудь могущественному лицу, разве что он сначала будет вызван в суд и приговорен по закону”, “не собирать налоги, не требовать денежные платежи, не являться без приглашения в дома, поместья и деревни благородных людей”, не предоставлять должностей иностранцам, явившимся в страну, “без согласия совета”, разжаловать, смещать, требовать возмещения ущерба от “всякого наместника, который не ведет себя с подобающим своему посту достоинством и грабит людей, находящихся под его властью”. Далее, король не должен даровать наследственное наместничество, чеканить новые деньги чаще чем раз в двенадцать месяцев, а если кого-либо приговорили по закону, никакое заступничество влиятельных лиц не должно спасти его. Золотая булла 1222 г. заканчивается такими словами: “Мы также постановляем, что если Мы или кто-либо из наших преемников когда-либо нарушит условия этого статута, то епископы и высшие и низшие благородные люди Нашего королевства, поодиночке и все вместе, нынешние и будущие, в силу этих условий имеют неограниченное право сопротивляться словом и делом, не навлекая на себя обвинений в измене”⁵⁰.

Много столетий спустя концепция верховенства права стала отождествляться с разделением законодательной, исполнительной и судебной властей⁵¹. Эту более позднюю концепцию роднили с предшествующей две черты. Во-первых, власть была разделена, хотя в более ранний период “заслонки и противовесы” были обеспечены главным образом благодаря наличию параллельных политий внутри одной территории, а не параллельных отраслей одной и той же политии. Во-вторых, право выводилось из и коренилось в реальности, которая выходила за рамки существующей структуры политической власти. В более поздний период эта трансцендентная реальность усматривалась в правах человека, демократических ценностях и других связанных с ними представлений. В более ранний период ее усматривали в божественной и естественной справедливости.

9.

ФЕОДАЛЬНОЕ ПРАВО

Термин “феодализм” был изобретен только в XVIII в. До этого, фактически начиная с XII столетия, люди писали и говорили не о феодализме или о “феодальном обществе”, а о “феодальном праве”, имея в виду главным образом систему прав и обязанностей, связанных с отношениями “сеньор—вассал” и зависимым держанием земли. Однако в эпоху Просвещения XVIII в. весь тот общественный строй, при котором когда-то существовали отношения “сеньор—вассал” и зависимые земельные держания, впервые был назван феодальным обществом, а главными чертами этого общества назвали привилегированное сословие аристократов и подчиненное ему крестьянство. Это определение было достаточно широко, чтобы включить и многие аспекты европейского общества XVIII в. тоже.

Со временем термин “феодализм” стал ассоциироваться с одним старым выражением, появившимся еще в эпоху Реформации — “Средние Века”. Было сказано, что феодализм — это тот тип общества, который существовал на Западе в Средние Века, и более того, было сказано, что этот тип общества существовал и в незападных культурах тоже во время “средневекового” периода их истории. В этом словоупотреблении прячется этноцентрическая исходная посылка, что какие-то характеристики социальной и экономической истории Запада можно использовать для определения социально-экономического строя других обществ. Более того, многие историки XIX—XX столетий, игнорируя систему представлений, отношения между церковными и светскими властями и сверх всего правовые институты и понятия, сопровождавшие феодальное хозяйство Запада, давали искаженную картину динамики так называемого феодализма как на Западе, так и везде. В особенности марксистские историки, рассматривающие способ и отношения производства как инфраструктуру или базис феодального общества, а политику, идеологию и право как надстройку, не смогли объяснить, почему созданный западным фео-

дализмом тип надстройки столь радикально отличается от надстройки, скажем, японского или русского феодализма.

В то же самое время многие другие историки, отвергающие марксистские категории базиса и надстройки, тоже не смогли хоть сколько-нибудь систематически показать взаимодействие между политическими, идеологическими и правовыми институтами и понятиями на Западе, с одной стороны, и такими социальными и экономическими институтами, как ленное держание земли, отношения “сеньор—вассал” и серваж, — с другой. Но если первые не являются простым выражением и орудием последних, как утверждал Маркс, то каковы же действительные отношения между ними? Можно ли сказать, что, вопреки марксистской теории, “сознание” определяло “бытие”? Или, если сами эти категории неверны, какие категории должны их заменить?

Отношения между социальными и экономическими факторами, с одной стороны, и политическими и идеологическими — с другой, можно прояснить, если основываться на четырех методологических постулатах.

Первое. Следует видеть, что правовые институты переходят границы между социально-экономическими и политико-идеологическими факторами. Право следует рассматривать как неотъемлемую часть и материальной структуры западного общества (“способ и отношения производства”), и его духовной жизни (“политическое и социальное сознание”), то есть и как базис, и как надстройку.

Второе. Анализировать следует не феодализм, а различные виды права, которые регулировали социальные и экономические отношения в рассматриваемый период. Этот анализ должен включать не только *феодалное право* в чисто техническом смысле, то есть право, регулирующее ленное держание (феод) и отношения “сеньор—вассал” (присяга на службу), но и *манориальное право*, то есть право, регулирующее отношения “помещик—крестьянин” и сельскохозяйственное производство и жизнь феодального поместья в целом. Сопоставление феодального и манориального права должно помочь нам преодолеть возражения тех историков экономики и общества, которые справедливо обвиняют некоторых историков права в игнорировании главной черты феодализма, то есть существования привязанного к земле зависимого крестьянства. Нам удастся избежать обвинения в чрезмерной широте (и вытекающей отсюда расплывчатости понятия), если мы будем придерживаться важного технического различия между двумя видами регулирования: регулированием феодального землевладения и вассальной присяги, с одной стороны, и регулированием манориальных отношений — с другой. Это были две отдельные отрасли права, подобно праву корпораций и трудовому праву сегодня на Западе, хотя социологически и исторически они тесно взаимосвязаны.

Третье. Мы добавим в изучение западного феодализма динамический элемент, если исследуем те перемены, которые произошли в феодальном и манориальном праве со времени Папской революции. Ибо то громадное сотрясение, которое произвели в Европе так называемая григорианская реформа и борьба за инвеституру, не могло не отозваться на правовом регулировании способа и отношений производства, да и ведущие историки общества и экономики тоже поддерживают такую периодизацию феодализма на Западе¹. Марк Блок делит феодализм на “первый феодальный период” (с VIII до середины XI в.) и “второй феодальный период” с середины XI по XV в. Он

пишет: "... было два последовательных "феодалных" периода с весьма различными ведущими тональностями". Аналогичным образом Жорж Дюби считает XI столетие критическим периодом в возникновении западного феодализма и называет годы с 1070 по 1180 "веком великого прогресса", в течение которого феодализм как система установился по всей Европе.

Четвертое. Следует учитывать, что до середины XI в. отношения "сеньор—вассал" и ленное держание, с одной стороны, и отношения "помещик—крестьянин" и жизнь манора — с другой, не подвергались систематическому правовому регулированию, и, хотя они в значительной степени регулировались обычаям (включая обычное право), феодальный и манориальный обычаи были по большей части неразвиты и растворены в социальном и экономическом обычае. А самый важный аспект тех коренных перемен, которые произошли в XI—XII вв., состоял в том, что в этот период и феодальное, и манориальное право были выделены и существенно систематизированы. Если прав был покойный русский историк Георгий Вернадский, сказав, что русский феодализм был "феодализмом без феодального права", то можно сказать, что и западный феодализм до XI в. был "феодализмом без феодального права". Это, конечно, преувеличение: какое-то феодальное право (и какое-то манориальное право) было и в России, и в империи франков, но оно было в значительной степени расплыено и не систематизировано. За столетие, с 1050 по 1150 г., феодализм на Западе был узаконен в том смысле, что феодальное и манориальное право впервые были восприняты как цельные совокупности права со своей собственной жизнью, посредством которых сознательно регулировались все аспекты феодальных и манориальных отношений.

ФЕОДАЛЬНЫЙ ОБЫЧАЙ НА ЗАПАДЕ ДО XI ВЕКА

До великих переворотов конца XI — начала XII в. политическая организация народов Европы представляла собой расплывчатую, сложную структуру: 1) местных образований, 2) сеньорий, 3) племенных (клановых) образований, 4) крупных территориальных образований, например герцогств или княжеств, которые могли включать несколько племен (кланов), и 5) королевств, одно из которых, королевство франков, с 800 г. именовалось также империей. Королевства рассматривались не как территориальные образования, а прежде всего как сообщество христиан под руководством короля (императора), который считался заместителем Христа и высшим главой церкви, а также главой дворянства, кланов и армии. Сама церковь воспринималась не как политическое образование, а прежде всего как духовное сообщество, ведомое в конечном счете императором или королем, а непосредственно — епископами, из которых важнейшим по традиции считался епископ Рима.

В рамках этой общей классификации существовали очень широкие различия от местности к местности, от одного феодального владения к другому, от одного племенного образования к другому и т. д. Экономика Европы до XI в. была по преимуществу местной и аграрной. Каналы коммуникаций были очень ограничены. Кроме монахов и некоторых других представителей духовенства и небольшого числа купцов, да еще если не брать в расчет военные походы, путешествовали только высшие аристократы и короли. На ме-

стах практически не было постоянных представителей центральной власти. Попытки насадить их обычно оканчивались неудачей. Распылена была не только власть, но и культура. Обычай одной местности могли разительно отличаться от обычаев другой на удалении пятидесяти миль.

Несмотря на это, политическая организация народов Европы в период с VI по XI в. свидетельствует об общей модели развития.

Самые маленькие местные политические образования назывались обычно "*villae*" ("деревни", англ. "village"); они группировались в "*centenarii*" ("сотни"), а те в "*comitatus*" ("графства"). Эти местные образования появились в то время, когда переселяющиеся из Западной Азии кочевые племена, поглотив то, что осталось на Западе от Римской империи, наконец перешли к оседлости в IV, V и VI вв.

Второй тип — сеньории — возник вскоре после этого. Их число росло по мере того, как поселенцы "отдавали себя под покровительство" выделившихся среди них лидеров и обещали им службу в обмен на пищу и одежду, а также защиту от врагов. Человек, отдавший себя под покровительство, становился "человеком" своего сеньора. Он мог жить в доме сеньора, либо тот мог предоставить ему землю, чтобы он обрабатывал ее для себя.

Сеньории возникали также тогда, когда могущественные люди, и прежде всего вожди и короли, даровали бенефиций ("*beneficium*" — "благоденствие"), то есть землю или другое имущество, или должность и иные привилегии в обмен на службу. Термин "бенефиций", означавший сначала, что держатель получает землю в лен на сравнительно льготных условиях, впоследствии стал относиться главным образом к ленам церкви; в конце VIII—IX в. он был заменен германским словом "*feod*". "*Feod*" [нем. "*Lehn*" — Прим. перев.], по-латински "*feudum*" (откуда англ. "*feudalism*" и франц. "*feodalite*"), изначально обозначал "скот" (родственное нем. "*Vieh*" означает "корова"), затем им стали обозначать ценное движимое имущество (ср.: англ. "*chattels*" — "движимое имущество" от "*cattle*" — "скот"), и наконец, это слово стало означать форму земельного держания, на английском языке норманнов — "*fief*" или "*fee*". (Таким образом, когда вы говорите о гонораре [англ. "*fee*"] адвоката или врача, вы поддерживаете представление о пожаловании какой-то формы держания, которая несет с собой обязанность предоставлять службы.)

В XIX в. многие историки прослеживали отдаленные истоки первого вида сеньории, образованного переходом под покровительство, к "*Gefolgschaft*" (дружине) германских племен. Это был отряд верных воинов, окружавший военного вождя. Другие ученые возводили отдаленные истоки второго вида сеньории, образованного пожалованием феода, к "*patrocinium*" (патронажное поместье) поздней Римской империи. Это была земля, пожалованная патроном своим клиентам ("*clientes*"), которые владели ей с определенной степенью иммунитета от государственной власти. Дебаты о германском или римском происхождении "феодализма" велись с незатухающей страстью, потому что ставкой были важные политические интересы XIX столетия. Германисты были националистами и романтиками. Романисты — космополитами и индивидуалистами. Обе стороны были убеждены в существовании односторонней эволюции права с древнейших времен. И обе всячески подавляли память о Папской революции.

Сегодня считается общепринятым, что ни дружина, ни патронат не дожили даже до конца франкского периода, не говоря уже о Папской революции. В конце VIII—IX в. переход под покровительство и передача земли в лен часто сливались. Более того, в IX в. феодал вместе с его повинностями службы часто переходил к наследникам ленника, который в то время назывался кельтским словом “вассал”, по возобновлении ими своих присяг на верную службу.

Присяги составляли торжественный ритуал. Вассал, с непокрытой головой и без оружия, становился на колени, складывал ладони вместе и вкладывал их снизу вверх между рук сеньора, признавая себя его “человеком” (*homme, homo*). К X в. распространилась практика после этого ритуала целовать друг друга в уста. После этого обряда почтения вассал становился “человеком уст и рук” своего сеньора. Но когда установилась связь между переходом под покровительство и ленным держанием, к церемонии была добавлена вторая часть, а именно религиозная клятва верности (“*fealty*”) со стороны вассала. Положа руку на Библию или святые мощи, вассал клялся в верности (*fides, fidelitas*) своему сеньору. Часто после этого сеньор производил символическую инвеституру вассала, вручая ему какой-нибудь предмет, например флаг, крест или ключ, что должно было символизировать установление в правах ленного держания, то есть пожалование феодала. Со временем все вассалы приносили клятву верности.

Соединение вассалитета с ленным держанием через присягу на верную службу (*fealty*) стало характерным для франкских феодальных обычаев, хотя в этом обычае наблюдались широкие вариации в пространстве и во времени. Франкские короли принесли этот “феодо-вассальный”, как называют его современные историки, обычай во все края своих владений, включая Северную Италию (до Рима), Испанию, Венгрию и Польшу. Только Скандинавия, Фрисландия и часть Нидерландов, примыкающая к Северному морю, не были охвачены им. В Англии пути развития феодального обычая были хотя и иные, но параллельные: институты вассалитета и ленного держания были известны, но в менее систематизированной форме и без такой же связи между ними. Однако скандинавы, которые поселились на западе империи франков в начале 900-х гг., принесли этот обычай с собой в Англию в 1066 г., а на Сицилию и в Южную Италию — в 1070-х и 1080-х гг. Крестоносцы принесли его в Палестину в 1099 г., основав там впоследствии норманнское Иерусалимское королевство, Иерусалимские Ассизы которого создали образцовую систему серважа, рыцарства, вассалитета и ленного держания².

Феодальные сеньории и местные политические образования (деревни, сотни, графства) могли существовать и часто существовали бок о бок. Каждая деревня (вилла), сотня, графство имели свои собственные органы управления, роль которого выполнял суд (в Англии “*moort*”), представлявший собой собрание свободных людей. Собрание созывалось регулярно через определенные промежутки времени для ведения общественных дел деревни, сотни или графства. Рассматриваемые вопросы включали и то, что мы сегодня назвали бы уголовными делами и гражданскими спорами, но далеко не ограничивались ими. Каждая сеньория, которая в X в. очень часто принимала форму манора, имела свой собственный суд, состоявший из периодического собрания всех свободных и сервов поместья, исключая рабов. Манориальная курия также решала уголовные и гражданские споры.

В западных районах империи франков в X—XI вв. местное управление в значительной степени было поглощено феодальными манорами. Иная ситуация была в восточных и южных районах, особенно в Германии и Италии. В Англии управление по сотням и графствам (shire), хотя существовало и манориальное управление, преобладало вплоть до норманнского завоевания. После него большинство судов было поглощено феодальными манорами, раздаваемыми Вильгельмом Завоевателем, а суды графств стали в значительной степени инструментом королевской власти.

Выше уровня манора, сотни или графства, управление в период до конца XI в. испытывало большие затруднения в связи с плохой коммуникацией. Господа господ — вожди кланов, герцоги, князья и другие крупные аристократы — были жертвами не только местного характера экономики, но и малой плотности поселений в VI—IX вв., что еще осложнялось застоем в росте или сокращением населения в этот период. Римские города почти исчезли, крупных городов было всего несколько, да и то ни один из них не насчитывал более нескольких тысяч населения. Путешествия были сопряжены с большими трудностями, обычная скорость для аристократа, передвигавшегося со своей свитой от одного вассального поместья к другому, была 20—25 миль в день. Такие поездки были необходимы для феодала не только для наблюдения за управлением своими поместьями, но и для того, чтобы прокормить себя и свой двор. Ведь продовольствие приходилось съедать на месте; перевозить его в центральную усадьбу было бы слишком дорого. По той же причине предметы длительного пользования приходилось добывать на месте и забирать с собой или оставлять как бы на хранение. Немногие имевшиеся купцы были в основном бродячими торговцами, “pieds poudreux” (“люди с пыльными ногами”), так как обычно в одном поселении не хватало покупателей, чтобы оправдать торговлю через местных представителей.

Короли и императоры тоже жили путешествиями. В течение 1033 г., например, император Конрад II проехал от Бургундии к польской границе, отсюда обратно через всю Европу в Шампань и наконец в свою родную Саксонию — расстояние около 1500 миль по прямой³.

Империя, как и королевства за ее пределами (подобные англосаксонскому), практически лишена была центрального управления, централизованной фискальной системы, центральной судебной власти и каких бы то ни было представителей на местах, императоры и короли, по большей части объезжая свои владения, возили свое правительство с собой в императорском или королевском дворе

Эта картина странствий императора или короля, который всегда находился в дороге, и странствий герцогов, графов, князей, прочих высоких и благородных господ, которые тоже почти всегда находились в дороге, дополненная картиной неподвижного сельскохозяйственного населения, жившего в далеко отстоящих друг от друга деревнях и манорах, почти завершает основу для анализа путей, которыми феодальный обычай в XI—XII вв. превратился в систему феодального права. Не хватает только военного аспекта, который в некоторых отношениях является важнейшим.

На протяжении всего периода до XI в. война была главным повседневным занятием императоров, королей и аристократии. Скандинавы, сарацины и мадьяры постоянно нападали на окраины Европы и всегда готовы

были вторгнуться в ее центральные области⁴. В самой Европе, не прекращаясь, шла война между кланами. Каролинги с некоторым успехом попытались побудить вождей разных кланов и территорий давать пеших солдат в “народную” (то есть императорскую) армию. Сходным образом и короли англосаксов опирались на общий рекрутский набор (*fyrd*). Однако это были не постоянные армии, а скорее резервы на случай общей опасности. Со временем все больше людей стали считать себя крестьянами, а не солдатами. Они всячески сопротивлялись призыву, и в конце концов им дала поддержку церковь. Ключенбургская реформа X—XI вв. провозгласила Мир Господень, согласно которому духовенство и крестьяне исключались из военных действий. Была и другая сторона медали: крестьянин представлял все меньшую военную ценность, по мере того как пеший солдат уступал место тяжело вооруженному всаднику.

Историки по-разному объясняли судьбоносное для военной истории франков появление вооруженного всадника. Одним фактором был пример врагов-арабов в войнах VIII столетия в Испании и Южной Франции. Важную роль, видимо, сыграло также заимствование стремени и подковы у евразийских племен Востока. Были, несомненно, и другие причины социального характера. Во всяком случае, последствия для феодального обычая оказались чрезвычайно значимыми. Подготовить вооруженного всадника, не говоря уже о способной нести его лошади, было делом очень дорогим. Так как почти все солдаты должны были сами позаботиться о снаряжении, надо было быть очень состоятельным человеком, чтобы обеспечить себя тяжелым вооружением и боевым конем, а чтобы научиться всем этим пользоваться, надо было иметь досуг. В 1000 г. за цену одних только королевских доспехов можно было купить хороший участок пашни⁵.

Очень постепенно, на протяжении VIII, IX и X столетий, в империи франков сформировалось военное сословие вооруженных всадников. Они назывались рыцарями (лат. “*militēs*”, франц. “*chevalier*” от “*cheval*” — “лошадь”; нем “*Ritter*” — “всадник”), и единственным их занятием была служба своему сеньору в битве. Постепенно крестьян стали редко использовать в бою, главным образом для обороны при чрезвычайном положении, хотя от них часто требовали провизию для рыцарей и корм для коней. В X в. господа обычно селили своих боевых рыцарей в двухэтажных деревянных замках, построенных на холмах и окруженных рвами, — и для защиты от мародеров, и как бастионы для мародерства.

Таким образом, во многих областях Европы, хотя и не везде, рыцарь приобрел фактическую монополию на военное искусство. Одновременно благодаря системе вассалитета он был включен в систему ленного держания и в систему управления. Это проявлялось по-разному. Рыцарь, принеся присягу сеньору, мог получить лен и в этом случае сам становился феодалом. Если в лен входили манор и сервы, рыцарь оказывался и помещиком и управителем одновременно. Чаще же рыцарь состоял при дворе своего сеньора, находясь в постоянной боевой готовности. Он мог сражаться непосредственно за своего сеньора, либо тот мог послать его к своему вышестоящему сеньору во исполнение повинности феодальной службы, прилагающейся к его лену Феода, к которому прилагалась повинность содержать одну рыцарскую семью, назывался феодалом с рыцарской службой. По мере того как в X—XI вв. росло

значение вооруженной кавалерии, все больше земель в Европе стало связано с рыцарской службой.

Если говорить об экономике, то было подсчитано, что в XI столетии один рыцарский двор стоил от 15 до 30 крестьянских семей, то есть именно такое количество крестьян требовалось для того, чтобы в поместье феодала было произведено богатство, достаточное для покупки коня и вооружения и содержания воина и его семьи. Поэтому не случайно распространение рыцарства в Европе сопровождалось распространением системы феодальных поместий — маноров, в которых рабочая сила состояла в основном из крестьянства, экономически, а во многих местах и юридически привязанного к земле.

ВОЗНИКНОВЕНИЕ СИСТЕМЫ ФЕОДАЛЬНОГО ПРАВА

В период от 1000 до 1200 г., а в основном между 1050 и 1150 гг., феодальные установления в Европе претерпели существенные изменения, которые можно классифицировать по следующим рубрикам: 1) объективности, 2) универсальности, 3) взаимности прав господ и вассалов, 4) коллективное правосудие, 5) интеграции, 6) рост.

Объективность и универсальность. В этот период феодальные установления, ранее сравнительно произвольные и расплывчатые по значению и в то же время на местах отличавшиеся разнообразием и разным толкованием, стали гораздо более объективными и точными и гораздо более единообразными и общими⁶.

Например, начиная со второй половины IX в., особенно во Франции и Италии, наследник вассала часто наследовал и его положение. Тем не менее можно лишь в очень широком смысле говорить о “наследуемости” ленов в то время. Затем, однако, сложилось обыкновение (модель поведения), что по смерти вассала сеньор жаловал новую инвеституру его наследнику, если тот был готов принести присягу. Впоследствии это обыкновение закрепилось как норма поведения, так что стало считаться нарушением обычной нормы (нормы обычного права), если сеньор отказывал наследнику в такой инвеституре. Однако эта норма обычного права существовала не везде и не всегда. На протяжении IX и X вв. европейский феодальный обычай (включая и модели, и нормы поведения, и обычай как обыкновение, и обычное право) был чрезвычайно разнообразен. Никким образом всякая присяга не сопровождалась инвеститурой феода, и никким образом все феодалы не даровались “людям уст и рук”. Многие лены все еще жаловались в обмен на платежи натурой, а не службой, на условиях, подлежащих отмене по воле жалователя. Это был также период, когда рыцарство только начинало приобретать огромное военное значение, и следовательно, новое сословие рыцарей добивалось признания — и земли.

В XI—XII вв., однако, и военная и правовая ситуация были более благоприятны для рыцарского сословия, а значит, и для вассалов, на которых феодал рассчитывал, нуждаясь в рыцарях для военной службы. Поэтому вассал мог настаивать на праве наследника получить его долю в феоде. В конце XII в. в Англии и Нормандии это право стали защищать соответственно в

королевских и герцогских судах по специальному ордеру, называвшемуся “*mort d'ancestor*”, которым за наследником признавалось право на лен, а неправомерно вступивший на его территорию сеньор объявлялся нарушителем⁷. В большинстве местностей также был установлен обычай первородства, по которому старший сын наследовал весь лен. Так, лен не подвергался расчленению, хотя отдельные его части (“*arranages*”) могли быть выделены для компенсации младшим сыновьям.

Таким образом, в XI—XII вв. наследуемость феода стала объективной и универсальной нормой, сравнительно точной по значению и более или менее единообразной по всей Европе⁸. То же самое произошло и с другими нормами феодального обычного права, такими, как отчуждаемость феода вассалом, коммутация (перевод) разных личных феодальных повинностей в денежные платежи, участие в судебном процессе.

Взаимность прав господ и вассалов. В тот же период, главным образом между 1050 и 1150 гг., различные формы личных повинностей вассалов господам превратились в имущественные обязательства, а различные формы прямого экономического господства перешли в форму податей, что оставляло вассалам значительно больше личной свободы и экономической независимости.

Личные повинности вассалов в IX—X вв. принимали такие формы, как право сеньора потребовать от своего вассала военную службу, право сеньора в определенных случаях жениться на дочери своего вассала или выдать ее замуж, право сеньора на личную помощь вассала при нужде в ней и другие подобные господские права. В XI—XII столетиях долг военной службы был переведен в денежные платежи (в Англии и Нормандии “*scutage*”), право женитьбы было переведено в единовременный налог на замужество дочери вассала, а долг личной помощи тоже перешел в различные налоги (“*пособия*”).

Раньше во многих местах экономическое господство принимало форму права сеньора вступать на территорию лена, наблюдать за его управлением и забирать его продукты, вассал при этом не имел права отчуждать лен, а сеньор после смерти вассала имел право получить землю обратно. В XI—XII вв. эти права сеньора подверглись суровым правовым ограничениям. В XI в. было разработано понятие “сейзины” для характеристики владельческих прав лиц, которые “держали” землю или имущество, не обладая правом собственности на них. Владевший такими правами не мог быть силой изгнан со своей земли, а его движимое имущество по закону никто не мог забрать против его воли, даже его сеньор. Развитие принципа наследуемости феода наследниками вассала сопровождалось развитием принципа его отчуждаемости вассалом. Такое отчуждение иногда принимало форму субфеодизации, то есть пожалования феода вассалом своему вассалу. В случае передачи феода наследнику, субфеодизации или другой формы отчуждения следовало уплатить налог сеньору.

Эти изменения в праве, ориентированные на наполнение прав содержанием, явно способствовали росту экономической независимости вассала. Его повинности сеньору все более выражались в платежах натурой или деньгами вместо личной службы, как раньше. Он все в большей степени управлял феодом без строгого личного надзора сеньора.

Однако рост правовой защиты вассалов не следует толковать как по-

беду одного экономического класса над другим. За исключением короля, который был сеньором для всех, каждый был чьим-то вассалом; а в результате субфеодизации всякий имевший лен вассал был чьим-то сеньором, кроме самой нижней ступеньки этой лестницы, где помещик правил не вассалами, а сервами и другими крестьянами.

Вот что пишет Марк Блок: “В обществе, где столь многие люди были одновременно и покровительствуемыми, и хозяевами, неохотно признавалось, что, если один из этих людей как вассал добился для себя некоторого преимущества, он как сеньор мог отказать в этом преимуществе тем, кто был привязан к нему такой же формой зависимости. От старого каролингского капитулярия до Великой хартии, классической основы английских свобод, подобное равенство в привилегиях, плавно проходящее сверху до самого низа лестницы, оставалось одним из самых плодородных источников феодального обычая”⁹. Ссылка Блока на каролингский период вроде бы противоречит тому акценту, который был нами сделан на переменах XI—XII вв. Но всего лишь двумя страницами далее Блок проводит решающее различие: “Уже в каролингскую эпоху обычай благоприятствовал притязаниям потомков [вассалов на наследование]... Во втором феодальном периоде [то есть с середины XI в.], который везде был отмечен своего рода правовым пробуждением, он стал законом”¹⁰.

Эта эволюция в направлении роста личной свободы и экономической независимости вассалов в особенности проявилась в узаконении элемента взаимности в отношениях “сеньор—вассал”. Конечно, элемент взаимности в этих отношениях присутствовал всегда: делая кого-то своим “человеком”, сеньор вступал с ним в пожизненные отношения, требовавшие верности не только от вассала, но и от сеньора, а когда это дополнялось передачей земли в лен, устанавливались также взаимные отношения “землевладелец—держатель”. Однако этой практике взаимности в таких свободных формах даже после принятия обязывающей обычной нормы взаимности было весьма далеко до той полноценной договорной взаимности, которая начала связываться с узами “сеньор—вассал” в XI в.

Выражение “договорная взаимность” нуждается в оговорке: феодальный договор (о присяге на верность или о присяге на верную службу без присяги на верность) был договором о приобретении определенного положения. В этом отношении он уподоблялся брачному договору, и сами юристы XII в. сравнивали их. В противоположность коммерческим договорам практически все права и обязанности договора “сеньор—вассал” были закреплены (обычным) правом и не могли изменяться по воле сторон. Договорным аспектом здесь было согласие вступить в данные отношения, правовое же их содержание было предписано. Кроме того, договор верности не мог быть расторгнут по обоюдному согласию, потому что он был основан на священном обете пожизненного обязательства. Договор о феоде, напротив, можно было расторгнуть по обоюдному согласию, и оба этих договора могли быть расторгнуты одной из сторон при нарушении другой стороной своих основных обязательств.

Иногда авторы, пишущие о феодализме, утверждают, что присяга вассала на верность сопровождалась пожалованием феода. В таком предположении смешаны присяга на верность (“homage”) и присяга на верную службу

("fealty"). Взаимность присяги на верность заключалась в том, что вассал становился человеком сеньора в обмен на то, что сеньор становился господином вассала; это была пожизненная связь, закрепленная поцелуем, почти что равная браку¹¹. Присяга вассала на службу сеньору была совершенно иная. Сеньор в ответ обещал свою верность вассалу. Кроме того, сеньор часто награждал вассала леном. Верность вассала заключалась в добросовестном управлении феодем. Верность сеньора заключалась в том, чтобы не переступить правовых границ своих полномочий, а также оказывать вассалу разную конкретную помощь. Вассал мог принести присягу на верность и присягу на службу не одному сеньору, а нескольким, точно так же как он мог держать разные лены от разных сеньоров. В середине XI в. во Франции и других странах сложилась система "ligantia", по которой вассал мог "зарезервировать" свои обязательства по отношению к одному или более сеньорам. В Англии начиная с XII в. король всегда являлся сеньором и потому при наделении феодем вассал должен был произнести: "...кроме моей верности, которой я обязан королю". Когда феоды стали наследуемыми и отчуждаемыми в широких правовых границах, вассалитет снова был отделен от присяги на верность и стал регулироваться своими собственными нормами взаимности.

Значение, очень важное с теоретической точки зрения и не лишнее практической ценности в необычных ситуациях, имело право вассала либо сеньора расторгнуть договор верности или службы при наличии достаточных оснований. Если одна из сторон нарушала свои обязательства и этим причиняла другой стороне серьезный ущерб, последняя имела право расторгнуть договор посредством торжественного жеста отказа, именуемого "diffidatio" ("отзыв верности"). В первом систематическом трактате по английскому праву, написанном в 1187 г. и приписываемом Глэнвиллу, утверждалось, что вассал должен своему сеньору не больше, чем тот ему, исключая почет, и что, если сеньор нарушил верность, вассал освобождается от своего долга службы.

"Diffidatio" является ключом к пониманию правового характера феодальных отношений на Западе начиная с XI в. Более того, как писал Фридрих Хеер, "diffidatio" ознаменовал собой переломный пункт в политическом, социальном и правовом развитии Европы. Вся идея права на сопротивление уже заключена в этом понятии договора между правителем и управляемым, между высшим и низшим"¹².

Коллективное правосудие. Повсюду на Западе действовал основной принцип судопроизводства, по которому каждый феодал имел право вершить суд, то есть председательствовать над своими вассалами — или держателями, вне зависимости от того, являлись ли они вассалами — в судебном заседании. Этот принцип выражал слияние военно-экономических и политических отношений: военно-экономическое дело управления феодем было в то же время и политическим делом управления сообществом людей, относившихся к феодеу. А управление принимало главным образом форму осуществления юрисдикции посредством судебных в широком смысле заседаний.

Можно рассматривать возникновение феодальных судов в X—XI вв. в связи с крахом централизованной королевской власти в IX в., что сопровождалось пожалованием королем иммунитета крупным феодалам. Но при этом надо оговориться, что и в империи Карла Великого централизованная

королевская власть никогда не была твердой. Разумеется, Карл и его преемники постарались создать в каждом районе своих владений постоянную группу “искателей права” (“*scabini*”). Эти должностные лица назначались из центра и должны были решать дела под председательством назначенного из центра же губернатора округа (“*Graf*”). Однако эти мирские трибуналы, состоявшие обычно из крупных местных землевладельцев, едва ли можно было контролировать из центра. Кроме того, местное правосудие в значительной степени, как и раньше, осуществляли местные народные собрания. Именно эти народные собрания и те суды “*scabini*”, которые еще сохранялись, и сменились в империи франков в X—XI вв. феодальными судами. Также и в Англии после норманнского завоевания именно местные народные собрания — суды сотни и графства (*shire*) — сменились феодальными судами, хотя и в меньшем масштабе, чем во Франции.

Итак, традиция коллективного осуществления правосудия была сильна, в то время как традиции профессионального судопроизводства юридически образованными должностными лицами почти совсем не было вплоть до конца XI в. В судебном процессе главенствовало понятие “*suit of court*”: сеньор председательствовал либо сам, либо в лице своего стюарда, но вынесение решения осуществлялось так называемыми “*suitors*”, то есть вассалами или держателями. Всякий, кого обвинили в преступлении или невыполнении обязательства, имел право на суд равных себе (“ *pares*”, англ. “*peers*”). Эта фраза — право человека быть судимым “судом равных ему” (“*per iudicium parium*”) — стала знаменита в Англии благодаря включению ее в Великую хартию вольностей 1215 г., однако она встречается в подобных документах, изданных и в других странах Европы. Так, указ императора Конрада II 1037 г. постановлял, что ни один вассал не должен быть лишен императорского или церковного лена “иначе как по закону наших предшественников и приговору равных ему”¹³.

Феодальные суды были не просто органами разрешения споров или соблюдения закона в узком смысле, это были собрания, которые советовали и принимали решения по всем вопросам, представляющим общий интерес. Так, в сеньориальный суд могла поступить просьба установить размер платежей вассалов для обеспечения военной кампании, или объявить правила использования общих полей и лесов, или дать согласие на предоставление феода новому держателю или изгнание другого за невыполнение обязательств. В то же время сеньориальные суды могли осуществлять так называемое “высокое правосудие” (во Франции “*haute justice*”), то есть они могли рассматривать дела о преступлениях, за которые предусмотрена смертная казнь (например, убийство, грабеж и другие тяжкие преступления). Постепенно, сначала в норманнских королевствах Сицилии и Англии, а затем в Нормандии, Франции и других странах, королевские (герцогские) суды приобрели большую часть юрисдикции в отношении “высокого правосудия”, называвшегося также “исками меча”. Однако даже в Англии некоторые могущественные феодалы сохранили за собой такую юрисдикцию, а во Франции и Германии многие из них осуществляли “высокое правосудие” вплоть до XVI в. Повсюду сеньориальные суды сохраняли юрисдикцию над мелкими преступлениями и определенными типами гражданских исков (франц. “*basse justice*” — “низкое правосудие”), а также и общую юрисдикцию в отно-

шении ленных прав на земли феодала, которому принадлежал данный суд. Английские сеньориальные суды на протяжении нескольких столетий сохраняли за собой юрисдикцию над караемыми смертью “пойманными за руку ворами”, то есть ворами, застигнутыми на месте преступления.

Сам сеньор или его стюард председательствовали в суде, а “*suitors*” выносили свое суждение. По общинным и гражданским делам доказывание обычно производилось компургацией, или судебным поединком, или испытанием, до отмены последнего в 1215 г. Кроме того, для решения спорных вопросов часто назначалось жюри. Процедура носила устный и неформальный характер. Таковы были черты сеньориального судопроизводства по всей Западной Европе.

Поразительной чертой сеньориального суда была его юрисдикция над претензиями феодала к своему вассалу. Сам сеньор использовал свой суд для того, чтобы преследовать своих держателей за неуплату феодальных податей, посягательство на границы своих владений и другие нарушения обязательств. Мейтленд пишет: “Что касается возражения на тот счет, что сеньор одновременно выступает и судьей, и стороной, то оно несостоятельно, потому что сеньор не является судьей; ответчика судят равные ему”¹⁴. Нет сомнения, что феодал мог испортить жизнь тем, кто голосовал против него. Однако вассал мог подать на решение суда своего непосредственного сеньора апелляцию в суд господина своего сеньора. Это право апелляции было сформулировано в конкретных правовых терминах. Например, французский юрист Филипп де Бомануар, который писал в XIII в., но описывал при этом правовые порядки края Бовези, существовавшие уже более сотни лет, перечислял такие основания для обращения рыцаря с апелляцией в вышестоящий сеньориальный суд: 1) отказ в справедливости, 2) ложный приговор, 3) отсутствие юрисдикции, 4) разрешение на апелляцию дано приказом графа или короля, 5) прямой интерес в деле со стороны графа, например, если рыцарь заявлял, что он был недавно лишен сейзины своего фригольда¹⁵. Кроме того, хотя вассал не мог подавать на своего сеньора в его же собственный суд, он мог, если его господин отказывал в правосудии, отправиться в суд сеньора своего сеньора.

Право вассала обратиться в высший сеньориальный суд для удовлетворения претензий к своему непосредственному сеньору, хотя оно и нечасто использовалось, является выразительной иллюстрацией важности и феодальной судебной системы, и принципа взаимности прав между сеньорами и вассалами. Феодальное право дало Европе первый светский опыт взаимности правовых обязательств между лицами высшего и низшего общественного положения¹⁶. Действительно, вся феодальная иерархия рассматривалась как целостная правовая структура: высшие классы, от рыцарей до баронов и от графов до герцогов и даже королей, считались подвластными общим правовым нормам. Отчасти это было проявлением идеала законности. Отчасти же это было и отражение реальной практики субфеодизации, когда сеньор одного вассала сам был вассалом другого сеньора. И идеал законности, и практика субфеодизации способствовали сохранению единого классового сознания высшего слоя, чем сильно отличались от феодальных структур многих незападных культур, в которых наблюдались резкие границы внутри дворянства, особенно между высшей аристократией и мелкопоместным дворянством. Такие

границы характерны и для западного общества на более поздних стадиях развития. Но в эпоху формирования западной традиции права, по феодальному праву, рыцарское сословие могло претендовать на фундаментальное правовое равенство со всеми теми, кто политически, экономически и социально стоял выше его на феодальной лестнице.

Взаимность феодальных обязательств, выравнивание феодальной привилегии и иерархия феодальных юрисдикций подкреплялись любовью феодальной аристократии к сутяжничеству. Это считалось показателем доблести. “Сутяжничество как любимая баронами форма конфликта уступало только междоусобным распрям и войнам”, — пишет Хеер. В самом деле, отмечает он далее, “и поединок на поле боя, и поединок в суде были сваткой один на один. “Бог и мое право”: пусть Бог разрешит спор, в дуэли и в божьем суде”¹⁷. Сутяжничество высших классов, как и понятие взаимности прав между сеньорами и вассалами, не только составляло структурный элемент в системе феодального права, но и знаменовало важный вклад последнего права в развитие правового сознания Запада, которое отличается от правового сознания многих незападных культур своей сильной приверженностью к формальной защите прав как способу разрешения споров.

Интеграция. Выражение “интеграция феодального права” относится к такому развитию западного правового сознания, которое сделало возможным и необходимым истолкование различных прав и обязанностей, связанных с отношениями “сеньор—вассал” таким образом, чтобы они составили единое целое. Установилось мнение, что понятия и институты присяги на верность и присяги на службу, “*ligantia*”, так называемые побочные повинности (военная служба или налог, дани, пособия, брак, опекуновство и прочие), наследуемость и отчуждаемость феода, правила выморочности, “*diffidatio*”, процессуальные нормы (“*suit of court*”) и другие взаимосвязанные понятия и институты все вместе составляют ясно очерченную и целостную правовую систему.

Хотя эта система по большей части оставалась системой обычного права, а не законодательного, она со временем обрела и письменные источники. В XI—XII вв. конкретные феодальные обычаи записывались во множестве хартий, изданных в подтверждение жалования сеньорами земли в лен вассалам¹⁸. Городские статуты, такие, как хартия Пизы 1142 г., имели аналогичное содержание. “Обычаи” города Барселоны, написанные в 1068 г., в значительной степени являлись изложением феодального права. Со временем феодальные обычаи, как неписанные, так и писанные, попали в сферу интересов ученых-юристов, которые стремились определить их основные принципы. Так, между 1095 и 1130 гг. миланский консул Умберто де Орто написал книгу под названием “*Consuetudines Feudorum*” (“Обычаи феофов”), позже ее стали называть “*Libri feudorum*” (“Книга феофов”). Умберто де Орто попытался систематически изложить феодальное право. Эту книгу использовали как текст в Болонье, где ее глоссировали и расширили, и ее окончательная редакция 1220 г. была добавлена к Новеллам Юстиниана. В этой книге излагались и обычное феодальное право, и отдельные постановления императоров Лотаря II, Фридриха I и Генриха IV. Таким образом, в книге была сделана попытка проанализировать не только лангобардское феодальное право, но и более универсальное обычное право, которое отличалось от канонического пра-

ва, а также от королевского, городского или торгового, но было общим для Запада и применимо к феодальным отношениям вообще.

Умберто де Орто и последовавшие за ним юристы считали, говоря словами Дэвида Херлихи, что “обычное право феода было логически последовательно и абсолютно пригодно для научного исследования... [Они] исходили из того, что смесь феодальных обычаев была больше, чем просто бесформенная масса региональных пристрастий, скорее, все эти обычаи разделяли общие принципы, и поэтому составляли все-таки правовую систему. Однако юристы отлично понимали, что эти обычаи все же составляли только часть общей совокупности законов, которыми управляется общество”¹⁹.

Право феодального землевладения слилось с растущим корпусом королевского (или герцогского) права в Сицилии, Англии, Нормандии, Франции, германских княжествах, Фландрии, Испании и других странах. В 1187 г. трактат Глэнвилла о законах и обычаях Англии систематизировал большинство фундаментальных принципов феодального права в Англии по категориям королевских судебных предписаний, изданных в предшествующие десятилетия. Примерно в 1200 г. появилась нормандская книга обычаев “*Tres ancien coutumier de Normandie*”, которая содержала очень похожую совокупность феодального права, применимого к Нормандии. Около 1221 г. появилось “Саксонское зеркало”, “*Sachsenspiegel*”, написанное немецким рыцарем Эйке фон Ренгау. Книга состояла из двух частей: одна о саксонском обычном праве, *Landrecht*, а другая о саксонском феодальном праве, *Lehnrecht*. “Саксонское зеркало” было первой юридической книгой на немецком языке, до нее было латинское издание, ныне утраченное²⁰.

Кроме того, три величайших западных монарха второй половины XII в. — Генрих II Английский и Нормандский (1154—1189), Филипп-Август Французский (1180—1223) и Фридрих Барбаросса в Германии (1152—1190) — издали ряд важных законов, регулирующих различные феодальные отношения.

В XIII—XIV вв. ведущие романисты писали трактаты по феодальному праву. В разных странах: Дании, Ютландии, Нормандии, Вермандуа, Орлеане, Анжу и т. д. — появилось множество книг, рассказывающих о местных обычаях. “Великая сумма английского права”, приписываемая Брактону, составленная в первой половине XIII столетия, содержала подробный анализ феодального права; а в 1283 г. за этой книгой последовали знаменитые “Обычаи Бовези” Бомануара.

Марк Блок сопоставляет место феодального права в правовых структурах Франции, Германии и Англии после 1200 г. Во Франции право ленов и вассалитета было вплетено в цельную ткань права, так что невозможно было отличить феодальное право от нефеодального. В Германии феодальное право считалось отдельной системой, нормы которой были применимы только к определенным поместьям или определенным лицам и использовались особыми судами. Не только на манориальном уровне или в городах, но и среди высших сословий землевладельцев многие виды правовых отношений регулировались не *Lehnrecht* (феодальным правом), а *Landrecht* (*lex terrae*, “закон земли”). Англия походила на Францию в том, что там не было отдельной совокупности феодального права, созданного из обычаев феодальных классов, *Landrecht* и *Lehnrecht* были сплавлены. Однако, как и в Германии, значительная часть английского общего права, а именно относящаяся к земельным

правам, могла считаться феодальным правом, хотя она применялась королевскими судами и формально была частью общего права²¹. Анализ Блока можно рассматривать как уточнение и разъяснение выдвинутого здесь тезиса о систематизации феодального права в XI и XII вв. Эта систематизация не привела к созданию нового свода права, который действовал бы независимо от других сводов. Вместо этого все светские правовые системы: феодальная, мариоральная, торговая, городская и королевская (общего права) — накладывались друг на друга. Это было справедливо даже для Германии, невзирая на разделение между законом земли и феодальным правом. Несмотря на это, каждая совокупность права имела свой собственный характер, свою логику: хотя феодальные и нефеодальные правовые нормы были переплетены во французских книгах обычного права и Брактоновом анализе права, применимого в английских королевских судах, феодальное право все равно имело свои собственные связанные принципы.

Одним из важнейших объединяющих элементов феодального права было сочетание в нем политических и экономических прав — права управления и права пользования и распоряжения землей. Для обозначения этого сочетания использовалось латинское слово “*dominium*”. Оно означало и что-то вроде господства, и что-то вроде собственности. “Господство” — подходящее слово, если оно включает и юрисдикцию, то есть право вершить суд и объявлять закон. “Феод и правосудие — это все едино”, — говорил Бомануар²². “Собственность” тоже подходящее слово, если оно не сводится к своему давнему первоначальному значению, в котором его употребляли в XVII в. Тогда оно обозначало абсолютное, неделимое, исключительное право на предмет собственности. Феодальный же “*dominium*”, напротив, обычно ограничен, разделен, поделен различными способами. Какое-либо лицо могло иметь определенные права на данную землю по отношению к своему сеньору, а тот сеньор мог иметь определенные права на ту же землю по отношению к своему сеньору, а также другие права по отношению к сеньору этого сеньора, в роли которого мог оказаться и король. Конфликтующие права были заключены в самой земле, которая мыслилась как разновидность правового субъекта. Так, один участок мог рассматриваться как “подчиненный” другому в том смысле, что услуги с него могли требоваться к передаче на “господствующий” участок. Фактически земля не была ничьей “собственностью”, ее “держали” в иерархии “держаний” (англ. “*tenure*” от лат. “*tenere*” — “держать”), ведущей вверх к королю или другому высшему сеньору.

Понятие разделенной собственности, множественности держателей прав на одну и ту же землю не является уникальным для Запада. Однако западная система феодальной собственности была уникальна благодаря своей концепции взаимоотношений различных конкурирующих прав. Например, рыцарь мог иметь *dominium* над наделом земли только в течение жизни с возвращением его после смерти рыцаря сеньору, от которого было получено такое “пожизненное держание”. Или земля могла быть дана в лен рыцарю и “наследникам его тела”, в каком-то случае наследники сразу при рождении приобретали своего рода “будущие права” на землю. Или пожалование могло быть дано рыцарю А пожизненно, а после его смерти — его брату рыцарю В, если он переживет А, а если нет, то его родственнику рыцарю С. Это создало бы другого рода “будущие права” на землю для В и С.

Такие дарения земли (или другой собственности), имевшие целью вернуть дар дарителю по смерти дарополучателя, и создание разнообразных видов обусловленных прав на землю, которые должны вступить в силу в будущем, не вытекали ни из римского, ни из германского права. Сама мысль измерять права собственности их протяженностью во времени была в значительной мере изобретением Запада XI—XII вв. Эта идея надолго пережила закат феодализма, фактически она жива и поныне в английском и американском земельном праве. Речь идет не только о наборе технических приемов для передачи собственности после смерти, но также и о включении разных лиц, живущих и нерожденных, в права владения, пользования, распоряжения и контроля собственности. Сознательное вовлечение будущих поколений в режим осуществления прав собственности было характерным примером чувства времени, которым обладала западная традиция права в период своего формирования.

Наряду с измерением прав собственности (англ. "estates") на землю их протяженностью во времени и их перенесением в будущее ("будущие права") долгосрочное воздействие на западные правовые ценности и западные правовые институты, понятия и нормы оказало четкое понятие сейзины, которое распространилось в Европе в конце XI—XII в. Сейзина уже упоминалась в связи с развитием правовой автономии вассалов — вассал, имевший "сейзину" на землю, имел право иска против любого, кто его лишил "сейзины", будь это даже собственный сеньор, — а также в связи с каноническим правом собственности, особенно законом о насильственном захвате земли (англ. "spoliation"). С точки зрения развития западной традиции права в целом значение понятия сейзины заключается в том, что в ней переплелись правовые и фактические элементы. Она означала не просто — и даже не обязательно — фактическое пребывание на земле или физический контроль над ней. В этом сейзина отличалась от древнеримского понятия владения. Например, человек мог сохранять сейзину на землю, находясь в крестовом походе или паломничестве. Однако сейзина означала не просто — и даже не обязательно — право собственности. Так, наследник или пожалованный леном, но еще не вступивший на свою землю, не имел и сейзины на нее. По сути, сейзина была юридическим правом на сохранение фактической ситуации, а это право проистекало из предшествующего пребывания в этой фактической ситуации²³. Это было право владения, независимое ни от собственности, ни от договора, понятие, неведомое ни германскому праву, ни старому римскому. Эта идея "права на владение" — не владения, но права на него — по сей день упорно держится во всех западных правовых системах. Она особенно сильна в английском и американском праве.

Понятие сейзины было отчасти продуктом феодального понятия разделенной собственности, а отчасти канонистского понятия надлежащей судебной процедуры с ее отрицанием насилия и самосуда. Человека, имевшего сейзину на землю, имущество, не могли силой изгнать даже истинные собственники. И это тоже не только сформировало определенный структурный элемент феодального права, но и внесло важный и прочный вклад в западное правовое сознание.

Наконец, феодальное право характеризовалось концепцией деликта (англ. "tort"), или гражданского проступка, как нарушения какого-либо обязательственного отношения. С самых давних времен по норме обычного феодального права, если вассал ""нарушил верность" сеньору, лен возвращался (англ.

“escheat” — “выморочный”) к последнему, точно так же, как и в случае смерти вассала и, в более позднее время, при отсутствии наследников. Норманны обозначали такое нарушение словом “felony” (фелония — тяжкое преступление). В Англии после норманнского завоевания фелониями стали называть самые тяжкие преступления, потому что они считались нарушением верности, которой все жители королевства обязаны королю как хранителю мира в стране. Земля такого преступника, однако, возвращалась к его сеньору, и только движимое имущество конфисковывалось в пользу короны. Кроме фелоний, нарушениями отношений считались в целом и другие уголовные и гражданские проступки, в Англии называвшиеся “trespasses” (норман. франц. перевод лат. “transgressiones” — “грехи”): например, нарушенными могли быть отношения между помещиками и держателями, хозяевами и слугами, арендатором и арендодателем имущества.

Рост. Как только феодальное право в XI—XII вв. стало систематизированным, оно начало стремительно развиваться. Возрастала конкретность его норм, единообразие его принципов постепенно поглощало местные различия, наполнение прав и обязанностей постепенно преодолеvalo субъективные аспекты власти сеньора над вассалом и давало вассалу все больше экономической самостоятельности в управлении леном, взаимность прав и обязанностей становилась все более важной наряду с судебным разрешением споров, повышался уровень целостности. Другими словами, все эти характерные черты феодального права стали и его тенденциями, характеризующими рост феодального права во времени.

Таким образом, феодальное право разделяло с новым каноническим правом конца XI—XII в. многие из тех основных качеств законности, которыми была отмечена западная традиция права в эпоху своего формирования. Это была самостоятельная правовая система в специфически западном смысле, которая характеризовалась, с одной стороны, сознательной интеграцией правовых ценностей, правовых институтов и правовых понятий и норм и сознательным стремлением и способностью развиваться во времени, расти веками и поколениями — с другой. Новая феодальная правовая система характеризовалась также сильным акцентом на общем и объективном характере прав и обязанностей, самостоятельности субъектов как носителей прав и обязанностей, взаимности прав и обязанностей субъектов с неравным социальным и экономическим статусом и широким участием носителей прав и обязанностей в тех разбирательствах, в которых эти права и обязанности провозглашались. В этих отношениях феодальное право тоже напоминало каноническое.

Однако сказав все это, необходимо тут же добавить, что в сравнении с каноническим правом феодальное право было гораздо менее систематическим, гораздо менее целостным на сознательном уровне, гораздо менее профессиональным и гораздо менее научным. Это в значительной степени было обычное право и как таковое рассматривалось более критически и скептически, чем законы пап и королей, не говоря уже об ученом праве Грацианова “*Decretum*” и глоссах к Дигестам Юстиниана. Более того, феодальное право было светским правом, правом мира, все еще находящегося в длительном и болезненном процессе искупления. Оно не было духовным правом церкви. Правда, каноническое право тоже подлежало толкованию в свете разума и совести, но феодальное право было гораздо более открыто для поправок и даже отрицания, едва только обнаруживалось, что оно творит несправедливость.

И наконец, каноническое право в отличие от феодального считалось законченной системой права, которая регулирует любой могущий возникнуть вопрос. Технически, конечно, каноническое право охватывало только те вопросы, которые попадали в церковную юрисдикцию, но на деле эта юрисдикция была ограничена только понятием греха, которое, в свою очередь, отчасти определялось, исходя из интересов церкви. Таким образом, даже права и обязанности короля по отношению к своим баронам могли подпадать под юрисдикцию церкви, как и случилось с королем Иоанном Безземельным при Раннимиде в 1215 г. С другой стороны, феодальное право понималось гораздо более узко. Это было право ленов, право отношений “сеньор—вассал”. Это было не только светское право в противоположность духовному праву церкви это была всего лишь одна из многих соперничающих систем светского права.

10.

МАНОРИАЛЬНОЕ ПРАВО

Подобно феодальному праву отношений “сеньор—вассал” и зависимого землевладения, манориальное право отношений “помещик—крестьянин” и сельскохозяйственного производства тоже составило правовую систему. Разумеется, эти две системы были тесно связаны друг с другом. Обе они также, хотя и менее тесно, были связаны с системами торгового, городского и королевского (общего) права, которые развивались одновременно. А все вместе эти системы были связаны с системой канонического права. Все они были составными частями комплексного структурного процесса — западной традиции права.

Манориальная экономика стала господствующей формой хозяйства в Европе только к середине XI столетия. В предшествующую эпоху, после перехода германских племен в Западной Европе к оседлости, ни один тип сельскохозяйственных экономических отношений не был преобладающим. С одной стороны, в рамках племенной и деревенской структуры всегда было много свободных крестьянских семейных дворов, свободных в том смысле, что они не обрабатывали землю какого-то вышестоящего лица (за исключением работы по найму время от времени) и не были обязаны ему личной службой. С другой стороны, в европейском сельском хозяйстве того периода было широко распространено рабство. Многие рабы либо были потомками людей, захваченных в плен и обращенных в рабство германскими племенами, либо сами попали в плен в одной из войн, которые в Европе до XI в. велись почти непрерывно. Другие рабы были потомками рабов почившей Римской империи. Кроме того, в Европе в VIII — X вв., судя по всему, наблюдался стремительный рост числа рабов за счет захваченных франками на Востоке славян. Само слово “раб” в германских языках (англ. “slave”, нем. “Sklave”) отражает эти исторические события. А слово “Frank” стало, напротив, обозначать свободного человека. Многие рабы служили в домах своих хозяев, но большинство работало в поле.

С появлением сенъорий, и особенно как только возникла связь между вассалитетом и леном в VII, IX и X вв., все большее значение стал приобретать третий класс крестьянства — ни свободные, ни рабы. Эти крестьяне, которых часто называли сервами, отличались рядом черт: 1) в отличие от рабов сервы не принадлежали хозяину и их нельзя было продать или купить; 2) в отличие от рабов сервы могли заключать законные браки; 3) в отличие от большинства рабов они сами обеспечивали себя едой и одеждой; 4) в отличие от большинства рабов сервы имели определенные права на дом, землю и имущество; 5) в отличие от свободных крестьян они были прикреплены к земле, то есть не могли покинуть ее без разрешения помещика и отходили вместе с землей при ее передаче; 6) в отличие от большинства свободных крестьян сервы должны были отрабатывать барщину в домене помещика; 7) в отличие от большинства свободных крестьян они должны были уплачивать помещику различные подати натурой и деньгами за свою землю; 8) в отличие от большинства крестьян сервы были строго ограничены в правах пользования и распоряжения землей, и по их смерти земля оставалась за помещиком.

В некоторых отношениях сервы походили на другой класс населения, оставшийся от старой Римской империи, — колонов (*coloni*), которые не были рабами, но отрабатывали барщину в домене помещика. Существовали и другие категории крестьян с разными степенями зависимости.

В VIII, IX и X вв. крестьяне всех категорий: свободные, рабы, колонны и прочие — волей или неволей (или полудобровольно) втягивались в поместья феодалов в качестве сервов. *Mansi* (мансы, “держания”) сервов отделялись от *mansus indomnicatus*, или господского поместья (домена). Однако сервы отбывали трудовые и другие повинности в поместье господина, а помещик осуществлял экономические, фискальные, полицейские, судебные права над сервами на их наделах. Кроме сервов многие свободные также жили в поместье как держатели — по существу, подданные — своих помещиков. Сомнительно, чтобы число сервов в Европе когда-либо превышало половину или две трети всего крестьянского населения¹. В то же время, однако, среди свободных крестьян существовали разные степени свободы.

С точки зрения внутренних отношений феодальное поместье приняло форму автономного сообщества и в большинстве областей Европы стало называться манором (лат. “*manerium*”)². Одной из важных черт манора, рассматриваемого как автономное сообщество, было привилегированное положение помещика и угнетенное положение сервов. Другой важной чертой была экономическая и политическая взаимозависимость всех членов манора, включая двор помещика, сервов, а также промежуточные сословия рыцарей, манориальных министерялов и прочих свободных, включая крестьян, которые жили на территории манора. Между этими двумя чертами существовала некоторая напряженность.

В отношении униженного положения сервов Филипп де Бомануар писал в XIII в., что “из третьего сословия людей, то есть из несвободных, некоторые столь подвластны своему господину, что он может забрать все, что у них есть, у живых или мертвых, и заключить их в тюрьму, когда пожелает, не отвечая ни перед кем, кроме Бога”. Бомануар противопоставляет это положение некоторых сервов положению других, которые в его эпоху составляли подавляющее большинство³. Однако до XI в. описание Бомануара подошло

бы почти ко всем сервам. В тот более ранний период манориальный обычай даже в большей степени, чем феодальный, был лишен объективности и универсальности (как мы определили эти понятия в гл. 9) и потому гораздо больше был подвержен произволу и злоупотреблениям, чем в более позднее время. Манориальному обычаю также существенным образом недоставало других качеств более поздних правовых систем Запада: взаимности правовых отношений между высшими и низшими, коллективного правосудия, системной целостности и органичного роста.

Несмотря на это, взаимозависимость между крестьянами и помещиком способствовала до некоторой степени преодолению трудностей, обусловленных правовой незащищенностью крестьян. Помещик, как правило, не был вечно отсутствующим землевладельцем или простым сборщиком налогов, как во многих незападных типах землевладельческих отношений. Напротив, он жил в поместье и надзирал за его управлением. Даже когда помещик управлял своим манором (или манорами) через агента (или агентов), он всецело зависел от экономической эффективности поместья. Ведь благодаря ему он должен был выполнить свои военные и экономические обязательства перед вышестоящим сеньором, будь это сам король или промежуточный сеньор. Равным образом важно было и то, что помещик являлся политическим правителем всего манориального сообщества. Он отвечал за поддержание в нем порядка, защиту его от нападений извне, за назначение министерялов, которые должны были управлять манором и председательствовать на собраниях. И снова следует отметить, что эти аспекты манориальной жизни до XI столетия были гораздо менее упорядочены и более подвержены местным и индивидуальным особенностям, чем впоследствии.

Точно так же, как феодальный обычай превратился в систему феодального права в XI—XII вв., и особенно между 1050 и 1150 гг., манориальный обычай приблизительно в то же время превратился в систему манориального права. Как и в случае феодального права, в этот период существенно возросли объективность и универсальность норм манориального права. В правовых отношениях между помещиком и крестьянином развился также элемент взаимности, хотя он был менее выражен, чем в феодальном праве, ведь в отношениях “помещик—крестьянин” не было присяги и понятия договора между помещиком и крестьянином о вступлении в пожизненную связь. Тем не менее крестьяне оказывали коллективное давление на помещиков с целью вытребовать более благоприятные условия труда. Полученные уступки имели силу пожалований, данных на взаимной основе и на условиях верности. Кроме того, манориальное право осуществлялось общим собранием членов манора, включая сервов, которые участвовали в судебном разбирательстве споров под председательством господского министеряла, стюарда (управляющего). Наконец, манориальное право XI—XII вв., как и феодальное (хотя в меньшей степени), приобрело свойства целостной системы понятий и процедур, равно как и свойство развивающейся системы со способностью постепенного роста на протяжении поколений и веков.

В противоположность феодальному праву, однако, возникновение новой системы манориального права в XI—XII вв. было непосредственно связано с экономической борьбой классов. В то время как феодальное право регулировало главным образом отношения лиц внутри одного экономического клас-

са, феодальной аристократии, манориальное право в основном регулировало отношения между богатыми и бедными, правителями и управляемыми, “администрацией” и “рабочей силой”. Это не означает, что манориальное право было просто навязано крестьянам; напротив, они отнюдь не были лишены мощных рычагов для защиты своих классовых интересов. В XI—XII вв. улучшение экономической ситуации дало крестьянам возможность настаивать на значительном облегчении их зависимого положения. Однако развитие новой совокупности права зависело от изменений не только в экономической, но и в правовой ситуации. Уже возникли или возникали те новые правовые понятия и институты, те новые взгляды на право, к которым обращались и помещики, и крестьяне в попытках разрешить столкновения их экономических интересов.

Решающее значение в огромном росте благосостояния, который произошел в конце XI — начале XII в., имело то, что прекратились наконец военные нападения с севера, востока и юга. А к концу XI столетия Запад достиг уже такой экономической мощи, которой хватило на снаряжение собственной военной экспедиции на Ближний Восток (первый крестовый поход, 1095 — 1099). Другим аспектом роста благосостояния стало движение за освоение и колонизацию новых земель. Повсюду в XI и XII столетиях европейцы вырубали леса, засевали пустоши, осушали болота и отвоевывали землю у моря — в Англии, Германии, Фландрии и других странах. Многие переселялись на славянские и мадьярские земли. Эти процессы связаны с ростом населения: после столетий отсутствия всякого роста или даже убывания населения, с середины XI до начала XIV в. население Франции подскочило примерно с 7 млн до 20, а население Англии — примерно с 2 до 3,5 млн человек. Кроме того, были сделаны важные открытия в технике, что привело к существенному росту сельскохозяйственного производства. Начиная с XI столетия расцветала торговля, большие и малые города вырастали по всей Западной Европе как грибы.

Все эти факторы значительно укрепили экономическое положение крестьян. Казалось бы, рост населения должен был понизить цену их индивидуального труда, но этой тенденции противодействовали те самые экономические факторы, которые способствовали росту цены труда: доступность земли, возможность переселиться в растущие города и зачатки денежного хозяйства. Рабочей силы далеко не хватало на все дела. Кроме того, увеличение населения способствовало подъему классового сознания крестьянства, что само по себе было важным фактором в борьбе за улучшение условий труда и жизни.

Церковь, проводившая политику Папской революции, тоже благоприятствовала крестьянам. Она давала сервам возможность уравниваться в правах со свободными путем вступления в духовное сословие⁴. Готовя первый крестовый поход, церковь предложила сервам приобрести права, записавшись на Священную войну⁵. Кроме того, церковь, крупнейший в Европе собственник (она держала не менее четверти всех земель), часто сманивала крестьян из других поместий предложением более благоприятных условий жизни и труда. Бегство в церковные маноры, законное или нет, стимулировало и бегство в другие, более привлекательные маноры или в города, а это заставляло помещиков идти на уступки крестьянам.

Кроме того, церковь обычно освобождала рабов в своих доменах и этим наряду с другими средствами способствовала искоренению рабства кре-

стьян почти во всей Европе в XI, XII, XIII вв. (домашние рабы еще сохранялись в некоторых местностях). Это дало побочный результат — сервы избавились от конкуренции еще более забитого класса. Здесь вновь соединились экономические и идеологические факторы. Раньше деятели христианства принимали рабство как реальность жизни, проповедуя при этом, что с рабами следует обращаться гуманно и что освобождение раба — поступок благочестивый и похвальный. В результате Папской революции церковь впервые дала системную юридическую формулировку своих взглядов на рабство. Она заняла такую позицию: само по себе рабство не является незаконным, но христианину грешно держать другого христианина в рабстве⁶. Например, в Англии почти 10% населения, записанного в земельной переписи (так называемой “Книге Страшного суда”) сразу после норманнского завоевания, были рабами. Это были в основном пастухи и пахари. В течение следующих двух-трех поколений они получили наделы как сервы и рабство в Англии практически исчезло⁷.

Европейские сервы в XI—XII вв. впервые оказались в достаточно прочном положении, чтобы рискнуть бежать от своего помещика к другому, предложившему лучшие условия работы. Эпоха широких крестьянских восстаний и широкомасштабного отпуска сервов на волю во Франции, Германии и Англии наступит только в конце XIII—XIV в. А пока, в XII и начале XIII в., в Италии, а время от времени и во Франции, Германии и Англии вспыхивают эпизодические крестьянские мятежи, и крестьянам даруются хартии вольностей. Помимо этих довольно драматических событий экономическое положение сервов между 1050 и 1250 гг. постепенно улучшилось и, что еще более близко к нашей теме, постепенно установились их основные законные права. Ведь даже восстания и отпуск на волю происходили под знаменем основных законных прав сервов.

Превращение манориального обычая в систему манориального права в XI—XII вв. лучше всего рассматривать с точки зрения тех же шести категорий, которыми мы уже пользовались для описания превращения феодального обычая в феодальное право. Категории эти следующие: 1) объективность, 2) универсальность, 3) взаимность, 4) коллективное правосудие, 5) интеграция и 6) рост.

ОБЪЕКТИВНОСТЬ И УНИВЕРСАЛЬНОСТЬ

В более древние века службы и прочие повинности сервов могли быть самыми разнообразными и были относительно мало ограничены нормами обычного права. Самые важные трудовые повинности включали: сев в домене помещика, причем крестьянина могли обязать сеять свои семена, барщину (обязанность обработать определенное количество дней в неделю в домене), добровольная (теоретически) служба (дополнительные работы обычно во время сенокоса и уборки урожая), транспортные услуги (доставка предметов в дом сеньора и обратно), лесоповал, вывоз навоза и починку дорог. Помещик мог давать и другие поручения.

Кроме трудовых повинностей существовали разные финансовые и другие обязательства. Так, поголовная подать (лат. “*capitagium*”, франц. “*chevage*”), хотя и была невелика, являлась важным символом униженного положения крестьянина. Взималась также фиксированная обычная земельная рента, “*sens*”. Помещик также налагал различные регулярные и разовые подати

под общим названием “талья” (франц. “*taille*”, зарубка на куске дерева об уплате налога). По смерти серва помещику следовало отдать его лучшую голову скота и другое имущество (“*heriot*”). Существовало множество других податей, даней и повинностей с разнообразными местными вариациями, но всегда они служили напоминанием о серваже. Серв не мог жениться без разрешения своего помещика, и он не мог по своей воле покинуть манор. Если он умирал, не оставив наследников, занимаемая им земля отходила к сеньору.

В XI—XII вв. эти различные виды служб и повинностей стали регулироваться значительно точнее. Установилось всеобщее мнение, что следует установить четкие ограничения как на виды, так и на размеры тех служб, которые сеньор вправе требовать. Например, барщина была ограничена максимальным количеством дней в неделю или коммутирована в денежные платежи. Такие ограничения стали устанавливаться как общие, то есть не просто для отдельного манора или отдельных поселений, а для всех маноров в данной области и даже стране, а в некоторых случаях даже для всех маноров западного христианского мира. Так, требование, чтобы серв получал разрешение своего помещика на женитьбу, было повсеместно коммутировано в уплату пошлины (формарьяж, лат. “*forismaritagium*”) при женитьбе вне домена сеньора и коммунуацию при женитьбе в его пределах (лат. “*mercheta mulierum*” — “продажа женщин”). Папа же Адриан IV, сам человек невысокого происхождения, постановил, что брак серва, даже без согласия его господина, является действительным и нерасторжимым.

Коммутация, то есть перевод служб и других повинностей крестьян в фиксированные денежные платежи в XI—XII вв., — а это происходило по всей Европе, — отразила не только просачивание денег в манориальное хозяйство, но и тенденции манориального права к объективности и универсальности. Тем не менее манориальное право далеко не достигло той высокой степени объективности или универсальности, какой достигло феодальное право, торговое, городское и королевское, не говоря уже о каноническом праве. Возможно, одной из причин была острота классовых противоречий в маноре, однако же господство помещика вполне могло бы принять форму навязывания своей воли через объективные и универсальные нормы права. Более вероятная причина, думается, в том, что по самой своей природе манориальная жизнь требовала неформального, личного, всепроникающего регулирования, а не набора точных, конкретных, общеприменимых, недискриминационных норм. Во многих отношениях манор напоминал маленький клан, или деревню, или большой двор. Поэтому удивительно не то, насколько манориальное право отвечало воле и интересам главы двора — помещика и его свиты, а то, что оно вообще приобрело хоть какую-то объективность и обобщенность. Помещик или его агент (пристав, смотритель, “мэр”) вместе со слугами существовали для того, чтобы добиваться исполнения своей воли тем или иным путем. Однако крестьянам нужно было узаконить свои отношения с помещиком хотя бы для того, чтобы умерить его произвол в осуществлении власти. Таким образом, укрепление манориального права было показателем распределения сил между резко противоположными интересами сеньора и его окружения, с одной стороны, и крестьянских дворов манора — с другой. Оно было также показателем той степени, в какой характер манориальной системы определялся более широким социальным, экономическим, политическим контекстом эпохи, в котором законность играла центральную роль.

ВЗАИМНОСТЬ ПРАВ ПОМЕЩИКОВ И КРЕСТЬЯН

К XII в. все крестьяне в христианской Европе, включая сервов, имели охраняемые законом права. Среди этих прав было право держать землю своего сеньора на определенных условиях и право получать от него защиту и покровительство. Все крестьяне имели также основанные на обычном праве права пользоваться общинными землями деревни, включая пастбища, луга, леса. Кроме того, в большинстве областей многие крестьяне имели фактические права собственности на свободную крестьянскую землю (аллод), которые сохранились с давних времен.

Право, даже право серва, держать землю сеньора имело большое значение. Манор делился на две части: домен помещика, которым управлял его стюард и который обрабатывали его крестьяне, и собственные наделы крестьян, которые они обрабатывали в свободное от работы на земле господина время. Как указал Перри Андерсон, “эта двойная аграрная конституция внутри манора” была “одной из структурных особенностей западного феодализма”; важное экономическое последствие ее было в том, что она оставляла “поле для того, чтобы часть результатов повышения производительности поступала самому производителю”⁸. Даже более, она давала правовое основание склонности крестьян отделять свои экономические интересы от интересов помещика и преследовать их.

Кроме прав держания на землю, крестьяне имели также права относительно ренты, податей, служб и других повинностей в пользу помещика. По общему правилу, эти повинности нельзя было повысить; считалось, что они установлены обычаем. Споры по их содержанию и объему полагалось решать по закону. В противоположность отношениям “сеньор—вассал” взаимность прав и обязанностей помещиков и крестьян (в том числе сервов) достигалась не благодаря индивидуальным присягам на службу или иным формам договорного соглашения, тем не менее мыслилось, что верность крестьян давалась в ответ на готовность помещика придерживаться уступок, ранее дарованных им или его предшественниками, давать новые уступки по просьбе крестьян и вообще поступать с крестьянами по справедливости.

Когда господа посягали на права крестьян, свободные могли через голову своего манориального господина обратиться к его феодальному сеньору или к королевским властям. Родни Хилтон рассказывает о споре, не утихавшем 35 лет (с 1272 по 1307 г.), между фригольдерами и лордом в Стаффордшире в Англии. Так как эта земля ранее была частью королевского домена, держатели апеллировали к короне, опираясь на традицию столетней давности, времен Генриха II. Они утверждали, что обязаны платить только фиксированную ренту в 5 шиллингов в год плюс определенную талью, а лорд заявлял, что крестьяне должны ему разные трудовые повинности, подати натурой, большую посмертную подать (“heriot”), “merchet” за замужество дочери и “leywrite”, если она оказывалась нецеломудренной, а также ряд других повинностей⁹.

Средства правовой защиты у крепостных были более ограничены, потому что они не имели права обращаться в иной суд, кроме суда помещика. Однако они не были лишены защиты в манориальной курии. Более того, у

них имелись и другие средства давления на своего помещика с целью сохранить и расширить благоприятные условия труда. Они могли предъявлять ему коллективные требования, включая требование дать вольную. Отпуск на волю встречался все чаще, хотя крестьянину порой приходилось расплачиваться за свободу высокой ценой. Бывало, что крестьяне подкрепляли свои требования забастовкой. Наконец, в качестве последнего средства можно было сбежать в другой манор.

Драматичный пример подобного коллективного давления из ранней истории манора — массовое бегство населения Иль-де-Ре (Франция) в XII в. из-за жестокости сеньора. В результате сеньору пришлось пойти на серьезные уступки, дабы не лишиться рабочей силы совсем. Чтобы противостоять давлению крестьян, феодалы часто прибегали к соглашениям о взаимопомощи в поимке беглых сервов. Однако не менее часто, пожалуй, они соревновались друг с другом, сманивая сервов из чужих доменов¹⁰.

Еще более примечательный пример взаимности, достигнутой благодаря классовым противоречиям и их разрешению, — это хартии вольностей, которые итальянские города стали давать сервам уже в XII в. после крестьянских восстаний. Эти хартии содержали не только гарантии фиксированных рент и повинностей, но и гарантии против заключения в тюрьму без должной судебной процедуры.

Со временем отказ сервов от верной службы помещику стал возмездием за его нежелание — или неспособность — сделать уступки или сохранить дарованные до него. Это был неоформленный, неофициальный аналог вассального права “diffidatio”. В XIV—XV вв. бегство крестьян из маноров приняло катастрофические масштабы¹¹. В результате были приняты законы, по которым крестьян бросали в тюрьму, ставили им клеймо на лбу и подвергали их другим жестоким наказаниям за побег со службы феодала. В XV столетии английское право запрещало лицам, приписанным к манору, учиться ремеслу, ни одному человеку, не имевшему земли с ежегодным доходом не менее 20 фунтов, не позволялось отдавать своего сына в подмастерья. Однако эти меры были тщетны, манориальная система в Англии потерпела крах, как и в других странах Европы, потому что крестьяне покидали манор¹². Прежняя взаимность дала сбой.

КОЛЛЕКТИВНОЕ ПРАВОСУДИЕ

В рамках манора, как и в других политических образованиях на Западе в эпоху формирования его традиции права, формальное управление было тесно связано с судебным разбирательством, то есть законодательная и административная деятельность была в значительной степени слита с судебной деятельностью и осуществлялась учреждением, называвшимся судом, или курией. Употребление для названия этого института слова “суд”, а не “законодательный орган” или “исполнительный орган” не означало, что создание и применение законов не рассматривались в качестве важных функций правительства. На практике манориальные курии, точно так же как римская курия и королевские, сеньориальные, городские и торговые суды, в рамках своей юрисдикции имели широкие законодательные и административные полномочия. Перри Андерсон совершенно прав, говоря, что “правосудие было центральной модальностью политической власти”, но не прав, полагая, что это

было обусловлено “парцеллизацией суверенитета” при феодализме, что “исключало какую-либо “административную власть” вообще в нынешнем смысле постоянного административного аппарата государства для реализации права” и “не оставляло места и для ортодоксальной ‘легислатуры’ более позднего типа, ибо феодальный строй не знал общего понятия политического обновления путем создания новых законов”¹³. В действительности централизованный государственный аппарат существовал в церкви, которая тем не менее управлялась римской курией. Церковь как через римскую курию, так и через церковные соборы осуществляла обновление, творя новые законы.

В королевской системе управления происходили параллельные процессы. Да и сами манориальные курии не только рассматривали и разрешали споры, но и реализовывали право через развитый административный аппарат, а время от времени и издавали новые законы. Различие концепций государственного управления XII в. и XX в. не в том, что тогда не было, а сейчас есть законодательные и исполнительные функции, оно скорее в том, что, во-первых, тогда эти функции были слиты, а ныне разделены, а во-вторых, в XII в. законодательная и исполнительная функции были включены в судебную. Тогда сам законодательный процесс рассматривался как процесс рассуждения и открытия. Законы считались либо истинными, либо ложными, либо справедливыми, либо несправедливыми, и поэтому их создание и применение не ограничивалось резко от их применения в спорных случаях.

Манориальное правосудие было прерогативой хозяина манора, точно так же как королевское правосудие было прерогативой короля, а церковное — папы. “Каждый барон суверен в своем баронстве”, — писал Бомануар, при этом “король — суверен везде и по своему праву [франц. “droit”, англ. “right”] охраняет свои пределы”¹⁴. Бомануар писал также: “Всякий сеньор осуществляет всякое правосудие, и высокое и низкое, в своем феоде... Феод и правосудие — это все едино”¹⁵. Это, конечно, было преувеличением. Большинство помещиков имели только “низкое” правосудие. Однако правосудие помещика позволяло ему осуществлять широкий круг полномочий над штатом манориальных министериалов, которые, по сути, составляли его двор, и над крестьянами, которые составляли основное население манора. В то же время правосудие хозяина манора существенно ограничивало произвол господской власти и являлось важным средством поддержания взаимности прав помещиков и крестьян.

Стюард манора, обычно служивший заместителем сеньора во всех делах манориального управления, как правило, председательствовал в манориальной курии. Другие манориальные министериалы [в Англии. — *Примеч. перев.*]: “reeve” (осуществлявший общий надзор), “hayward” (следивший за хозяйскими посевами), “woodward” (стороживший леса сеньора), сборщик ренты и разные другие — тоже участвовали в разбирательстве в манориальной курии, часто выступая в роли обвинителей тех, кто нарушил прерогативы помещика.

Сама курия состояла из всех членов манора, начиная с сеньора и его стюарда и кончая последним сервом. Судьями были все. Их называли [в Англии. — *Примеч. перев.*] “suitors” и говорили, что они “pay suit of court”. Всем вменялось в обязанность присутствовать в суде и судить, а как часть этой повинности надо было вносить плату помещику. Мало что известно о

методах голосования в манориальной курии; дошедшие до нас отчеты о манориальных делах иногда указывают на расхождение во мнениях, но обычно решение представляется как решение всей курии. Между свободными и сервами не делалось никакого различия ни в отношении права и обязанности судить, ни в отношении процедуры, которая к ним применялась как к стононам в споре.

Чтобы манориальное правосудие работало, необходима была высокая степень сотрудничества между всеми членами манора. Но ведь и вся система сельского хозяйства в Европе конца XI—XII в. требовала того же. Здесь многие историки, сосредоточившись на неравенстве положения и привилегий между помещиками и крестьянами, пренебрегли другими, не менее важными аспектами способа и отношений производства. При системе открытого полевого земледелия вся пахотная земля обычно делилась на длинные узкие полоски, разбросанные среди разных крестьянских семей. Чтобы рационально использовать животных для вспашки смежных полос, принадлежащих разным держателям, и избежать конфликтов при выборе времени сева или уборки урожая, крестьянам необходимо было договариваться о методах работы. Общая собственность на пастбища, луга, леса также требовала согласованного их использования. Кроме того, система севооборота позволяла периодически превращать пахотную землю в пастбище, на котором паслись и которое удобряли все животные манора¹⁶. Таким образом, сама система открытого полевого земледелия требовала очень высокой степени кооперации всех членов манора. Как пишет Хилтон, тот факт, что деревню (или манор) часто называли “общиной”, а жителей “соседями”, “отражал не чувства, а реальное положение вещей. Система открытого полевого земледелия означала, что ущерб для одного человека был ущербом для всех, даже сеньора”. Хилтон ссылается на дело, по которому обвинялись семь человек, не починивших вовремя свои изгороди, из-за чего пострадали посевы (пшеница) аббата и “других соседей”. “Речь шла об изгородах, за которыми полагалось следить каждому держателю, имевшему надел по периметру открытых полей, в период роста посевов, это было нужно, для того чтобы до посевов не добрались животные, причем не только до его собственных, но, поскольку поля были открыты, и до посевов всех, у кого были наделы на этом поле”¹⁷.

Нормы и процедуры для обеспечения сотрудничества в этих и других делах считались обычаем манора. Если пострадали пахотные быки, если не была удобрена пахотная земля, если человек не помог в уборке урожая, то нарушителя можно было привлечь к суду манориальной курии по обычаю манора. Точно так же, если человек ударил или оскорбил другого, не уплатил за купленные товары, нарушил обещание построить кому-либо сарай или оклеветал кого-нибудь, потерпевший мог жаловаться в манориальную курию¹⁸.

Таким образом, сама сложность общинного саморегулирования манориального хозяйства породила то разнообразие гражданских и уголовных дел, которые решались манориальным правосудием. Кроме того, налагались штрафы за нарушение прав помещика, например, нарушение границ его земли, кражу его урожая или невыполнение повинностей и неуплату положенных податей.

Все эти вопросы решала манориальная курия голосованием всех ее членов. Власть помещика и его министерялов, можно полагать, позволяла им обеспечить решение в свою пользу. Однако до нас дошли дела, в которых

интересы сеньора не были соблюдены. Например, иногда бывало, что крестьяне с успехом отсуживали землю, которую помещик сдал в аренду другим. В одном случае помещик попытался отнять у серва участок земли на том основании, что наделы серва были больше положенного. Серв возражал, что он и другие держатели в сходном положении “привыкли до сих пор всегда держать несколько наделов без штрафа, разрешения или иска” и что он “готов подтвердить это всеми [англ. “homage”, то есть с помощью всех держателей манора] или иным законным образом, как понадобится”. Отчет об этом деле заканчивается так: “Дело откладывается до более полной консультации etc”¹⁹. Кроме тех дел, в которых прямо затрагивались права собственности помещика, было много таких, в которых манориальная курия посредством решения всей общины держателей или решением комиссии или жюри предоставляла правовую защиту против хозяйского пристава и других министерялов²⁰.

Манориальная курия не только выносила решения по спорным вопросам и налагала штрафы за проступки, но и издавала инструкции и правила по управлению манориальным хозяйством. Судя по всему, в XI—XII вв. эти инструкции и правила были неписаными, в Англии не обнаружено записей, относящихся к периоду до второй четверти XIII в. Однако начиная с этого времени появляется изобилие “распоряжений” и “ордонансов”, которые регулируют пользование общими полями и пастбищем, сбор зерновых и других посевов (включая подбор колосков нищими), поддержание в порядке изгородей и ворот, спутывание лошадей и скота, сезонный переход от одного типа использования земли к другому и прочие вопросы общинного хозяйства. Эти инструкции периодически издавались всеми членами манора, коллективно выступающими как “suitors” в манориальной курии. Характерно, что такие инструкции начинались фразой: “Решено с согласия всех держателей”, или “Решено всеми держателями, свободными и сервами”, или “Решено сеньором и держателями”. Сильный упор делался на защиту прав собственности помещика, но главный акцент был сделан на организации работы манора, а это подразумевало защиту прав всех держателей, и сервов, и свободных, от неправомερных посягательств²¹.

ИНТЕГРАЦИЯ И РОСТ

Хотя в манориальном праве было много взаимосвязанных черт, благодаря которым оно приобрело характер целостной системы, оно все же не обладало той высокой степенью логической связности и сознательно принципиальным характером, которые отличали каноническое право и, конечно, римское, преподаваемое в университетах. Манориальное право действительно было обычным правом, то есть оно было по большей части неписаным (а точнее, не законодательным). Однако даже в сравнении с феодальным правом, тоже по большей части обычным, манориальное право характеризовалось гораздо меньшей степенью сознательной интеграции, но гораздо большим партикуляризмом и распыленностью. Это отражалось в отсутствии современных ученых сочинений по манориальному праву. Судя по всему, из профессиональных юристов мало кто интересовался его развитием.

Относительно недостаточная разработанность манориального права была связана также с тем обстоятельством, что оно заимствовало ряд своих

черт из других систем права, с которыми оно сталкивалось. Например, когда манориальная курия решала дела о клевете, она обычно применяла — возможно, очень грубо и неграмотно — каноническое право; при разборе дел о нанесении телесных повреждений, краже или покушении на земельную собственность или движимое имущество, манориальное право обычно подражало деликтному и уголовному праву того герцогства или княжества, где располагался манор; устанавливая нормы, регулирующие права и обязанности крестьянского землепользования, манориальное право заимствовало многое из феодального права, то есть права отношений “сеньор—вассал”. Кроме того, процедура манориальной курии испытывала сильное влияние местного права. Короче говоря, нечего было ожидать от манориальной курии новаций в тех областях права, которые параллельно разрабатывались другими правовыми системами.

И все же были определенные отличительные элементы манориального права, которые получили осознанную правовую формулировку в категориях принципов и понятий. В XI—XII столетиях впервые было сформулировано правовое понятие серважа. Сервы назывались “*glebae adscriptae*” (“прикрепленные к земле”). Это означало, что они могли покинуть землю только при определенных условиях. Это означало также, что и изгнать их можно было тоже только при определенных условиях. Перри Андерсон пишет, что употребление термина “*glebae adscriptae*” впервые только в XI—XII вв. отражает характерное “отставание” “юридической кодификации социальных и экономических отношений”, существовавших уже несколько столетий²². Но новый юридический термин на самом деле изменил существующую ситуацию хотя бы уже тем, что придал ей правовой характер. С тех пор зависимость сервов получила юридическое определение, а это значило, что серваж стал предметом прав и обязанностей, а не просто обыкновения, воли и умения заключать сделки. С одной стороны, сеньор получил право на многое, что прежде могло быть оспорено. С другой стороны, обязанности серва, юридически классифицированные в категориях конкретных трудовых повинностей, натуральных рент и даней по обычаю, приобрели фиксированный характер, и помещик не мог их изменить.

Более того, серв получил возможность выкупиться из зависимости, он мог стать свободным, получив вольную. Это был юридический процесс, который обычно происходил в форме символической церемонии — получения письменной грамоты, даваемой на условиях немедленной уплаты некоей суммы денег или принятия переходящего на наследников серва постоянного обязательства вносить определенную плату или исполнять определенные службы.

Это не значит, что серв перестал быть бедным и угнетенным. Это означает только, что он приобрел права в определенной правовой системе. Отныне он был личностью, членом манориального сообщества, частью “всех” (“*homage*”)²³. А в маноре он сосуществовал со свободными крестьянами, с другими свободными людьми, которые держали землю на условиях только почетных служб, с манориальными министерялами, рыцарями, помещиком и его двором, — и все они были членами общины, разделенной по признаку общественного положения, но единой в качестве манориального суда, то есть как сообщество граждан манора. Это единство было фундаментом манориального права. Оно было связано с самим способом производства, системой открытого полевого земледелия.

Единство манора выразилось и в том, что его жители могли либо коллективно, либо индивидуально арендовать манор у помещика и распоряжаться им по своему усмотрению. В период между концом XI и XIV—XV вв. такая аренда становилась все более обычной. Это был выход для тех помещиков, которым надоели крестьянские требования, крестьянские восстания и крестьянские побег.

Юридическое оформление обязанностей крестьянина имело также важные экономические последствия, так как оно способствовало замене трудовых повинностей и натуральных рент фиксированными денежными платежами. Так как сходная тенденция коммутации служб в денежные обязательства характеризовала и феодальные правовые отношения “сеньор-вассал”, хозяин манора был заинтересован в том, чтобы собирать с держателей достаточный денежный доход для выполнения своих обязательств перед собственным сеньором. Уже в XIII в. во многих странах Европы, если не в большинстве, маноры стали рассматриваться как доходные предприятия, и для управления ими назначались специальные люди, обязанностями которых были сбор и выплата требуемого дохода. Этот доход назывался “*firma*” или “*feorm*” (отсюда англ. “*farm*” — “ферма”). Кроме того, “фермеры”, ответственные за получение фиксированных доходов, часто уступали место профессиональным управляющим, от которых ожидалось максимальное увеличение денежных прибылей с манора и представление ежегодного отчета. Таким образом, постепенное превращение крестьян в арендаторов (или в наемных работников) было связано с постепенным превращением самого манора из общины в предприятие. Эти два процесса были связаны с тем, что возрастало наполнение и феодальных (“сеньор—вассал”), и манориальных (“помещик—крестьянин”) прав и обязанностей.

Эти процессы, конечно, не проходили одинаково во всей Европе, хотя везде наблюдался общий процесс поглощения манора крестьянами. Во Франции и на западе Германии, однако, дворянству удалось сохранить квазиманориальное господство над всеми классами людей, живущих в их личной юрисдикции, вне зависимости от того, являются ли они держателями земли. Это было достигнуто главным образом посредством многочисленных мелких податей и служб (*banalités*, *corvees* и др.), из которых каждая в отдельности была необременительна, но все вместе они были крайне тяжкими. Эти баналитетные права помещика включали: взимание платы за давку винограда в господской давильне, выпечку хлеба в господской печи и помол зерна на господской мельнице, причем все эти работы были монополиями помещика; трудовые повинности по ремонту дорог, строительству мостов и т.п.; пошлины за пользование дорогами, ярмарками и рынками, сборы за передачу земли и имущества и другие разнообразные подати и налоги.

Несмотря на эти и другие различия в разных областях и странах, всюду на Западе манориальное право в XI—XV вв. развивалось по одной и той же модели. Этот примечательный факт свидетельствует о том, что на Западе существовало понятие манориального права как целостной совокупности понятий и процедур. Он свидетельствует также и о том, что существовало связанное с ним представление о способности системы манориального права к постепенному росту. Как и в феодальном праве, в манориальном праве приписываемые системе черты стали ее тенденциями, и это были са-

морerealizующиеся тенденции. Как только в рост поверили, он стал неизбежен. Манориальные правовые понятия и институты жили своей собственной жизнью, которая была в той же мере “базисом” и частью экономической основы, что и экономика производства и распределения товаров. И все-таки поражает, что несмотря на крайнее разнообразие местных условий манориальное право поэтапно прошло те же самые общие ступени развития практически во всей Западной Европе.

Быть может, самый значимый этап развития — это широкая эмансипация сервов в XIII, XIV и XV столетиях, которую надо рассматривать отчасти как кульминацию начатой в конце XI—XII в. усиленной легализации отношений “помещик—крестьянин”. Здесь манориальное право вступало в столкновение с феодальным, так как по нему феодал мог освободить серва только с согласия своего сеньора, без такого согласия отпущенный помещиком серв попросту отходил к его сеньору, а давший вольную феодал не мог потребовать его обратно²⁴. Таким образом, серву, чтобы получить свободу, надо было откупиться и от своего сеньора, и от всех стоящих над ним на феодальной лестнице. Однако в конечном счете экономические и правовые условия благоприятствовали эмансипации. Во многих районах сопротивление помещиков освобождению сервов натолкнулось на мощное движение за коллективную эмансипацию. В Италии инициатива исходила от городских общин, которые руководствовались стремлением отчасти увеличить число свободных налогоплательщиков, а отчасти привлечь работников из сельской местности. Уже в 1256—1257 гг. Болонья дала вольную всем сервам в своей юрисдикции. Во Франции инициатива исходила от самой короны, которой руководила, с одной стороны, заинтересованность в плате за вольную, а с другой — желание утихомирить крестьянские волнения и предотвратить крестьянские бунты, которые носили эпидемический характер во Франции, Англии, Италии, Испании и других странах. Так, в 1290 г. и вновь после 1310 г. французские короли предлагали свободу сервам на разных землях короны, но не бесплатно. К 1450 г. серваж был отменен почти во всех западных областях Европы, но сохранялся в центральной и восточной ее части.

Было бы глубоко ошибочно недооценивать нравственные и правовые аспекты освобождения сервов. Ведь европейские крестьяне восставали в XII, XIV, XV вв. не только из-за экономических тягот серважа, но и потому, что их зависимость была полна жестокой несправедливости. Неудивительно, что в эпоху Папской революции, которая сражалась под знаменем свободы церкви, и духовенства в частности, другие политические образования и общественные сословия тоже потребовали свободы. В XII—XIII вв. прозвучал один из революционных кличей — за свободу городов. Одновременно раздался клич за свободу крестьянства, который стал гораздо слышнее в XIV столетии. Теперь говорилось, что свобода — естественное состояние всех людей. Так, провозглашая освобождение сервов Болоньи в 1256—1257 гг., городские власти заявили, что серваж — следствие грехопадения и что естественное состояние человека — свобода. Сходным образом и французские короли Людовик X и Филипп Длинный, провозглашая в 1315 и 1318 гг. освобождение сервов на некоторых землях короны, выражались так (и эти слова еще не раз отзвучат эхом в последующие века):

“Поскольку по закону природы всякий человек должен рождаться сво-

бодным, но из-за некоторых обыкновений и обычаев великой давности, сохранившихся в нашем королевстве... и, быть может, из-за злоупотреблений предков, некоторые люди из нашего простого народа впали в узы несвободы и разные состояния, которые нас очень огорчили, тем более что королевство наше именуется Королевством франков [т.е. "свободных людей". — *Примеч. переа.*]... мы приказали... чтобы эти несвободы были приведены к свободе, и тем, кто по рождению или давности или недавно по браку или месту жительства впал в несвободное состояние, да будет дана свобода на добрых и удобных условиях"²⁵.

Даже если предположить, что французские короли лицемерили, они тем не менее обращались к идеалам и ценностям, которые разделяли очень многие Крестьяне уж точно согласились бы, что серваж противен закону природы, что по закону природы "всякий должен рождаться свободным", что свобода — естественное состояние человека. Крестьяне также, вне всякого сомнения, надеялись, что отмена серважа приведет к лучшим экономическим условиям жизни, но пусть даже они ошибались, освобождение их было необходимо. Его требовал нравственный порядок Вселенной.

Однако это убеждение отнюдь не было только продуктом теории естественного права. В гораздо большей степени оно было продуктом исторического опыта и в особенности опыта развития манориального права в конце XI, XII и в начале XIII в. Предоставление сервам в рамках манора прав юридической личности, то есть признание их "гражданами" в рамках манориального сообщества, с правом и обязанностью "suit of court", само по себе было скрытым вызовом серважу задолго до начала движения за его отмену. Этот вызов, в свою очередь, питался верой и представлением о неподкупности и росте правовых систем, включая систему манориального права. Вера и представление о *неподкупности* манориального права требовали, чтобы к сервам относились так же, как к свободным крестьянам. Вера и представление о *росте* манориального права требовали, чтобы с течением времени это равенство получило полное правовое выражение.

Таким образом, сознание несправедливости серважа в правовом смысле, сознание его фундаментальной противоправности в сочетании с верой в возможность исправить эту несправедливость с помощью закона, превратило сам факт экономической эксплуатации сервов в социальную и политическую задачу, для решения которой в итоге смогли объединиться представители всех сословий.

11.

ТОРГОВОЕ ПРАВО

Как и для феодального и манориального права, для торгового права периодом решающих перемен был конец XI и XII в. Именно тогда сформировались основные понятия и институты западного торгового права нового времени — “*lex mercatoria*”, а что еще важнее, именно тогда торговое право на Западе впервые стало рассматриваться как интегрированная, развивающаяся система, *корпус*, организм права.

Перемены в торговом праве были еще более разительны, чем перемены в праве феодальном и манориальном. Неформальные, подчиненные обычному праву феодальные и манориальные отношения были широко распространены в IX—X вв., хотя тогда они были лишены систематического правового выражения, торговые же отношения с самой эпохи упадка Римской империи существовали в очень ограниченном масштабе. Конечно, торговля никогда не вымирала совсем. Странствующие купцы продолжали торговать некоторыми сельскохозяйственными продуктами, эти же купцы покупали и продавали мелкие предметы роскоши и изделия местных ремесленников. Существовали и ярмарки, и рынки, хотя они были не очень широко распространены, а с римских времен остались некоторые города, особенно портовые. И все же империя франков в противоположность Римской была не средиземноморской цивилизацией с обильной морской торговлей, а экономической системой, привязанной к земле. По выражению Анри Пиренна, империя франков была “закупорена” со всех сторон скандинавами, арабами, мадьярами, славянами. Опять же в отличие от Римской империи западная экономика между VI и X вв. опиралась не на тысячи городов, а на сотню тысяч деревень и маноров. В 1000 г. всего пара десятков городов Западной Европы насчитывала более нескольких тысяч жителей, и только в Венеции и Лондоне жили более десяти тысяч людей. (Для сравнения, население Константинополя равнялось сотням тысяч, а может быть, и миллиону жителей.)

Затем в XI—XII вв. произошло резкое расширение сельскохозяйственного производства, это время было отмечено впечатляющим ростом числа и размеров городов. Одновременно возник новый класс профессиональных торговцев, которые осуществляли крупномасштабные коммерческие операции в городах и сельской местности. Новая совокупность торгового права была разработана для удовлетворения потребностей прежде всего этого нового купеческого сословия.

Хотя расцвет торговли и развитие торгового права были тесно связаны с подъемом городов и развитием городского права, они имели и важный отдельный аспект. Расширение торговли в сельской местности было первоначально результатом “сельскохозяйственной революции”, а не “городской”. Действительно, рост сельского хозяйства был сам по себе предпосылкой роста городов. Этот факт имеет значение для социальной и экономической теории, потому что он опровергает представления той школы, которая считает, что сельскохозяйственные отношения сами по себе статичны, а развитие торговли может быть привнесено в аграрное общество извне. Важен этот факт и для социальной и экономической историографии, потому что опровергает представления той школы, которая считает, что на Западе “капиталистическая эпоха” следовала по времени за “феодальной”. В действительности в XI—XII столетиях широкая торговля существовала с манориальным способом производства и феодальными социальными и политическими отношениями. Новая система торгового права — капиталистическое право *par excellence* — существовала на Западе одновременно с системами феодального и манориального права.

Даже если отвлечься от этих историографических и теоретических выводов, развитие западного торгового права в XI—XII вв. следует рассматривать в контексте торговли в сельской местности, а не только торговли в городах. Английские купцы, например, живя в сельской местности, покупали с маноров шерсть и продавали ее фламандским торговцам, а те уже распространяли ее во Фландрии сельским прядильщикам и ткачам; прядильщики и ткачи обрабатывали шерсть в своих домашних хозяйствах, а потом фламандские купцы продавали готовые ткани на международных ярмарках в Англии. Такая торговля, игравшая важную роль в экономике Северной Европы с XI по XV в., регулировалась общей совокупностью европейского права — торговым правом, которое регулировало также междугородную и заморскую торговлю, например, продажу стекла из Кельна в Париж, кожаных изделий или ковкого железа из Флоренции в Бари, восточных пряностей или марокканского зерна через какое-нибудь совместное предприятие генуэзских купцов лондонским торговцам. Торговое право регулировало не только продажу в строгом смысле, но и другие аспекты коммерческих сделок, включая перевозку, страхование и финансирование¹.

Возникновение сословия купцов было необходимой предпосылкой развития нового торгового права. До XI в. торговец был в Западной Европе довольно одинокой фигурой. Между Востоком и Западом путешествовали морем и сушей только отдельные еврейские, сирийские и греческие купцы. Местные западные торговцы были по большей части странствующими коробейниками (англ. “foot-men” — “пешие люди”), ходившие от одного города, деревни или манора к другому. Непрофессионалы тоже торговали: маноры, монастыри или

деревни (например, рыбацкие) засылали своих представителей в разные районы Европы, чтобы те продавали их продукцию.

Глубокие изменения в сельском хозяйстве в XI—XII вв. создали и возможность, и необходимость быстрого роста торгового сословия. Появились большие излишки сельскохозяйственной продукции, которые надо было продать. Одновременно произошел и резкий скачок роста населения, из которого теперь можно было набирать торговцев. Однако с развитием феодального и манориального права феодальным сеньорам и членам манора было запрещено заниматься торговлей. Теперь положение помещика или крестьянина, стюарда или другого министра стало считаться профессиональным занятием, не оставляющим времени на побочные дела. Однако уже существовала законная или незаконная возможность исхода крестьян из своего манора. Многие бывшие крестьяне становились бродячими торговцами, а другие отправлялись в растущие города, чтобы стать ремесленниками или купцами. Кроме того, сыновья мелких дворян стали уходить из сельской местности в города и заниматься торговлей или производством. В Италии и некоторых других областях Европы даже высшее дворянство иногда переходило от сельскохозяйственного производства к занятиям коммерцией, в особенности крупномасштабной торговлей и финансами.

Трудно определить истинный масштаб миграции из сельской местности в города Европы. Еще труднее определить точный масштаб роста купеческого сословия и внутри, и вне городов. Однако можно считать, что если в 1050 г. из общего населения Европы примерно в 20 миллионов человек в нескольких сотнях городов проживало несколько сотен тысяч жителей (при этом лишь в немногих городах проживало более нескольких тысяч), то к 1200 г. из общего населения Европы примерно в 40 миллионов человек несколько миллионов жили в тысячах больших и малых городов (причем во многих население исчислялось более чем 20 тысячами, а в нескольких — более чем сотней тысяч). Короче говоря, общее количество населения примерно удвоилось, а количество городского населения выросло с 1 до 10%. Что касается торговцев, то можно считать, что если в 1050 г. они исчислялись тысячами, то к 1200 г. — сотнями тысяч².

Говоря о социальном и экономическом фоне развития новой системы торгового права, можно сосредоточиться лишь на технологических и демографических факторах и упустить из виду те политические и религиозные факторы, которые тоже играли важную роль в так называемой “торговой революции”³. Эти политические и религиозные факторы были, конечно, тесно связаны с технологическими и демографическими факторами, и между собой. Крестовые походы и колонизация — а это были внешнеполитические и военные цели Папской революции — способствовали торговле с дальними странами и по морю, и по суше. Папский престол стремился также распространить свою власть на восток. В то же время новая теология партии папы подчеркивала, что миссия церкви — в исправлении и искуплении светской деятельности.

Существует также опасность рассматривать право всегда как следствие социальных и экономических перемен и никогда как составную часть этих перемен и в этом смысле их причину. В действительности новая юриспруденция конца XI—XII в. создала каркас для институционализации и систе-

матизации коммерческих отношений в соответствии с новыми представлениями о порядке и справедливости. Без таких новых юридических инструментов, как оборотные векселя, товарищества с ограниченной ответственностью, без реформы устаревших торговых обычаев, без торговых судов и торгового законодательства, стремление общества и экономики к переменам не нашло бы выхода. Таким образом, коммерческая революция помогла создать коммерческое право, но и коммерческое право помогло создать коммерческую революцию. На самом деле произошла революционная трансформация не только торговли, но и всего общества. В этой тотальной трансформации и лежали корни коммерческого права, равно как и феодального и манориального, и так же как они, от нее оно получило свой облик.

РЕЛИГИЯ И ВОЗНИКНОВЕНИЕ КАПИТАЛИЗМА

Хотя многие историки показали, что торговый капитализм на Западе появился не в XVI—XVII вв., как обычно полагают, а в XI—XII вв., на взлете манориального способа производства и феодальных классовых отношений, тем не менее другие ученые продолжают проповедовать взгляд, что христианское учение до Реформации было в основе своей враждебно стремлению к прибыли. Так, великий французский историк общества и экономики Анри Пиренн писал, что “по своей мощи и относительной быстроте развития [торговый капитализм в XII в.] без преувеличения можно сравнить с промышленной революцией XIX в.”. Однако в том же абзаце он отмечает, что “отношение Церкви... к коммерции [было] не просто безразличным, а активно враждебным”⁴. На другой странице Пиренн приводит как характерное для позднего Средневековья такое высказывание: “Купец редко, если вообще, может угодить Богу”⁵. Пиренн и другие ссылались на церковные запрещения спекуляции и дачи денег под проценты (ростовщичество) и на доктрину справедливой цены для иллюстрации приписываемого церкви противодействия росту капитализма.

Таким образом, перед нами встает поразительный парадокс: говорят, что “*spiritus capitalisticus*” (слова Пиренна) появился в то время, когда господствующая система убеждений делала наибольший акцент на мистических и аскетических сторонах жизни и на наградах и наказаниях после смерти. Более того, эта господствующая система верований подкреплялась всем нравственным и правовым авторитетом всесильной церковной иерархии, — а коммерция при этом процветала.

Для разрешения этого парадокса предлагают самые разные объяснения. Во-первых, говорят, что церковь настаивала на антикоммерческой нравственной философии потому, что она сама была крупнейшим феодальным землевладельцем и отождествляла себя с консервативной сельскохозяйственной цивилизацией⁶. Во-вторых, часто говорят (не всегда при этом замечая противоречие), что церковь не пыталась всерьез реализовать на практике свое учение о греховности прибыли, а напротив, ввела массу исключений или просто смотрела на нарушения сквозь пальцы. Это позволяло церкви извлекать выгоду из собственных коммерческих предприятий и оправдывало многое в деловой практике торгового сословия.

Эти и подобные объяснения оставляют открытым вопрос о том, как

же можно было создать экономическую систему, базовые положения которой противоречили господствующей идеологии, и как удалось четыреста с лишним лет поддерживать господство идеологии, базовые постулаты которой противоречили экономической системе. Можно поставить вопрос иначе: как смогли две противоположные экономические системы, феодализм и капитализм, сосуществовать в обществе, правящие слои которого посвятили себя увековечению единственной, внутренне последовательной системы убеждений?

Эти вопросы, впрочем, вытекают из такой точки зрения на отношение христианского учения к развитию торгового капитализма, которая основана на искажении не только католической философии конца XI—XV вв., но и протестантского учения XVI—XVII в. Ошибочно полагают, что католическое мышление было в основе своей аскетичным и потусторонним. На самом же деле в конце XI и в XII столетиях католическая теология отошла от преимущественно потустороннего, аскетического идеала, который господствовал прежде и в значительной степени продолжает господствовать в православии. Также ошибочно полагают, что “протестантская этика” Лютера и Кальвина была более мирской, более рационалистической и более индивидуалистической, а потому более совместимой с капиталистическим предпринимательством, чем нравственное учение католицизма. Это заблуждение заслуживает отдельного исследования, однако можно отметить, что те авторы, которые, как Макс Вебер и Р.Г.Тони, подчеркивали взаимосвязь капитализма и протестантизма, полагали также, что капитализм и феодализм противоречат друг другу, что капитализм следовал по времени за феодализмом и что капитализм на Западе произошел в XVI в.⁷

Но если верно другое мнение, то есть что в XI и XII вв. (и некоторое время потом) капитализм и феодализм были, по существу, совместимы друг с другом и даже абсолютно зависимы друг от друга, то открывается перспектива взглянуть на экономическую мораль западной церкви с совершенно иной точки зрения. То, что кажется лицемерием человеку, который убежден в фундаментальном антагонизме феодально-аграрных и капиталистическо-коммерческих ценностей, покажется законным компромиссом тому, кто убежден в фундаментальной их примиримости.

Западная церковь конца XI—XII в. в противоположность восточной церкви, да и всей церкви до Папской революции (западной и восточной одинаково), была убеждена в возможности примирить коммерческую деятельность с христианской жизнью, точно так же как она была убеждена в возможности примирить с христианской жизнью сельскохозяйственную деятельность. Ее нравственная позиция в отношении богатых купцов, по сути, не отличалась от ее нравственной позиции в отношении богатых помещиков. Церковь продолжала проповедовать слова Св.Павла: “Корень всех зол есть сребролюбие” (1 Тим. 6:10), “богатых в настоящем веке увещевай, чтобы они не высоко думали о себе и уповали не на богатство неверное... чтобы они... богатели добрыми делами, были щедры и общительны” (1 Тим. 6:17, 18)⁸. Монашеская жизнь, в которой отвергались не только богатство, но и все ценности мира сего, продолжала считаться ближайшей к царствию небесному. Но в целом западная церковь конца XI—XII в. не только не осуждала деньги или богатство как таковые, а даже приветствовала стремление к ним, при условии, что это стремление преследовало бы определенную цель и соответствовало определенным принципам.

Тем, кто занимался коммерческими делами, следовало вести свою мирскую деятельность так, чтобы они были спасены от греха алчности. Купцам следовало объединяться в гильдии, которые имели бы религиозные функции и поддерживали нормы нравственности в торговых сделках. Это было совместно с новым акцентом церкви на вочеловечение и воплощение духовного в мирском. Таким образом, церковь-государство подавала пример городу-государству, а церковное право служило примером для городского и торгового права. Проводилось различие между законной торговлей, основанной на добросовестности, и незаконной торговлей, основанной на алчности; торговлей, основанной на удовлетворении законных потребностей, и торговлей, основанной на простом эгоизме или обмане; законными процентами по займам и ростовщичеством; справедливой ценой и несправедливой⁹.

Пиренн справедливо указал на проблему “утраты корней” новыми городскими жителями XII столетия¹⁰. Они ведь покидали жестко организованную, глубоко устоявшуюся жизнь деревни и манора, вступая в гораздо более свободные и поверхностные отношения товарного производства и торговли. Пиренн игнорировал, однако, те шаги, которые были предприняты для решения этой проблемы: формирование сплоченных ремесленных цехов и купеческих гильдий, установление относительно жестких нравственных и правовых рамок городского общества в целом.

С точки зрения христианской социальной теории, господствовавшей в период формирования западных торговых институтов, экономические предприятия купцов, как и прочие светские предприятия, уже не обязательно рассматривались как “угроза спасению души”, напротив, их считали путем к спасению, если они проводились согласно установленным церковью принципам. Эти принципы были изложены в каноническом праве. С точки зрения церкви право, разработанное купцами для регулирования своих взаимоотношений, “*lex mercatoria*”, должно было отражать каноническое право, а не противоречить ему. Купцы не всегда с этим соглашались. Они, впрочем, не возражали, что спасение их душ зависит от соответствия их деловой практики системе права, основанной на воле Бога в том виде, в каком она проявлена в разуме и совести.

Таким образом, социальная и экономическая деятельность купцов не осталась за пределами нравственной проблематики. Сложилась общественная и экономическая мораль, которая должна была привести души купцов к спасению. И эта мораль воплотилась в праве. Право было мостом между торговой деятельностью и спасением души.

НОВАЯ СИСТЕМА ТОРГОВОГО ПРАВА

Наше утверждение, что основные понятия и институты западного торгового права нового времени сформировались в период конца XI и XII в., вовсе не означает игнорирование того факта, что создатели этих понятий и институтов были в долгу перед римским правом в том виде, в каком оно отразилось в заново открытых текстах Юстиниана. Римские тексты содержали высокоразвитую систему норм для заключения различных договоров, включая заем денег, заем имущества, заклад, продажу, аренду, товарищество, доверенность (форму агентского соглашения). Однако эти нормы не были созна-

тельно концептуализированы, они были классифицированы, но не соотнесены четко друг с другом и не проанализированы в категориях общих принципов. Более того, не проводилось осознанного различия между торговыми и неторговыми договорами, все договоры считались гражданскими.

Древнеримские юристы признавали, что многие договоры регулируются не гражданским правом, а обычным, включая "*jus gentium*". Действительно, именно "*jus gentium*", "(обычное) право народов", применимое к негражданам, регулировало большинство торговых сделок в Римской империи, особенно перевозку товаров на дальние расстояния. В обычное торговое право Римской империи было включено морское право Родоса, как правило датируемое примерно 300 г. н.э., а также обычаи морской торговли, разработанные позже торговцами восточного Средиземноморья. Некоторые из норм обычного римского права торговли наряду с некоторыми нормами римского гражданского права сохранялись на Западе в V—XI вв. независимо от текстов Кодификации Юстиниана. Их можно найти, например, в лангобардском праве, а также в обычаях купцов Венеции, которая все это время оставалась процветающим торговым центром.

Несмотря на это, ни новооткрытое римское гражданское право, ни едва живое римское обычное право, включая *jus gentium*, не в состоянии были решить те внутренние и международные торговые проблемы, которые возникли в Западной Европе в конце XI—XII в.

Вполне возможно, что ученые-романисты в европейских университетах конца XI, XII и XIII столетий могли бы сотворить из римских текстов новый свод торгового права, точно так же как они создали из них новый свод гражданского права. Также вполне вероятно, что то же самое могли бы сделать канонисты в тех же университетах вместе с коллегами из папской и епископских канцелярий, особенно с учетом того факта, что церковные корпорации широко занимались коммерческой деятельностью. Однако характерной приметой того времени является тот факт, что первоначальная разработка торгового права была по большей части, хотя и не целиком, предоставлена самим купцам, которые организовывали международные ярмарки и рынки, создавали торговые суды и учреждали торговые представительства в новых городах, выраставших по всей Западной Европе.

Время от времени нормы торгового права, разработанные купцами, собирались и распространялись. Один из самых ранних примеров — сборник морских законов, изданный примерно во время первого крестового похода (1095) Республикой Амальфи на итальянском побережье Тирренского моря. Этот сборник стал известен как Амальфитанская таблица, и его авторитет был принят всеми городами-республиками Италии. Около 1150 г. морские портовые города побережья Атлантики и Северного моря (в том числе английские) приняли компиляцию из решений по морским делам, вынесенных судом Олерона, острова у Атлантического побережья Франции. Законы Висби, порта на острове Готланд в Балтийском море, были приняты примерно в 1350 г., они были похожи на Законы (Свитки) Олерона, а возможно, произошли от них, и приобрели широкий авторитет в соседних балтийских странах. Примерно в то же время в торговых центрах Средиземноморья было принято в качестве положительного права собрание "*Consolato del Mare*". Это собрание обычаев моря, применяемых в консульском суде Барселоны, было отчасти основано на более ранних сборниках, отчасти

на статутах и компиляциях городов Италии. Все эти собрания касались исключительно морского права, включая договоры на перевозку товаров морем.

В тот же период была создана большая совокупность права, регулировавшая сухопутную торговлю. Рынки и ярмарки существовали с VII—VIII вв., но они были довольно маленькими и не имели выраженного правового характера. Однако начиная с XI—XII вв. по всей Европе в десятках больших и малых городов регулярно стали проводиться большие международные ярмарки. Получили распространение и международные рынки, особенно в портовых городах. Эти ярмарки и рынки были сложными организациями, и с ростом правовых систем, как церковных, так и светских, сложилось представление о специальном торговом праве, которое включало не только обычное право ярмарок и рынков, но и морские обычаи торговли и, наконец, торговые законы самих городов. Итальянские города возглавили дело систематического сбора и издания норм обычного права, которыми регулировалась коммерческая деятельность.

Итак, торговое право управляло особым сословием людей (купцами) в особых местах (на ярмарках, рынках, в портах); оно также регулировало торговые отношения в городах. Оно существовало отдельно от церковного права, феодального, манориального, городского и королевского, хотя имело особенно тесные связи с городским и с церковным правом.

Торговое право разделяло с другими основными правовыми системами эпохи качества объективности, универсальности, взаимности прав и обязанностей, коллективного правосудия и роста. Эти шесть свойств не только показывают его тесные связи с западной традицией права в целом, но и представляют собой указатель к его собственным специфическим чертам.

Объективность. Как и в случае феодального и манориального права, в торговом праве в период между 1000 и 1200 гг. (а главным образом в 1050—1150 гг.) права и обязанности стали существенно более объективными и менее произвольными, более точными и менее неопределенными. Наблюдалось движение от простого обычая в смысле обыкновения (модели поведения) к более тщательно определенному обычному праву (нормам поведения). Конкретность норм торгового права повышалась по мере того, как они сводились к письменной форме — частично в виде торгового законодательства, но преимущественно в виде письменных коммерческих документов, более или менее стереотипных. Кроме того, объективность новой системы отразилась и в чрезвычайном усилении акцента на беспристрастность разбирательства коммерческих споров и в возникновении новых форм торговых судов.

Универсальность. Начиная с конца XI столетия права и обязанности по торговому праву стали значительно более единообразными и менее разнородными, более общими и менее местными. Отчасти это было обусловлено космополитическим, транснациональным характером торговли в этот период. Крупные международные ярмарки регулярно проводились в установленных местах по всей Европе или в городах с постоянными рынками, куда стекались купцы из многих стран. Транснациональные торговые ассоциации учреждали постоянные представительства в ведущих торговых центрах Европы. Транснациональная торговля часто преобладала над местной и была важной моделью для коммерческих операций вообще.

Универсальный характер торгового права и в период его формирова-

ния, и впоследствии подчеркивали все писавшие о нем авторы. В 1473 г. канцлер Англии объявил, что иски иностранных купцов, обращающихся к нему за защитой, будут решаться “в канцлерском суде по праву природы... которое некоторые называют торговым правом, которое является универсальным правом мира”¹¹. В первой английской книге по торговому праву (1622) “*Consuetudo vel Lex Mercatoria, or the Ancient Law Merchant*” автор ее Джерард Малинес утверждал следующее: “Я назвал эту книгу в соответствии со старинным названием *Lex Mercatoria*... потому что это обычное право, одобренное авторитетом всех королевств и республик, а не право, установленное суверенитетом какого-либо государя”¹². А вот что писал в середине XVIII в. Блэкстон: “Дела торговли регулируются собственным своим правом, которое называется торговым правом или *Lex Mercatoria*, которое согласовано и признано всеми странами, и оно, в частности, считается частью права Англии, решающей дела купцов на основе общих норм, которые применяются ко всем коммерческим вопросам в связи с внутренней торговлей, как, например, к выставлению, приему и передаче векселей”¹³.

В Европе XII в. транснациональный характер торгового права был важной защитой против ограничений в правах иностранцев по местному праву, да и вообще против капризов местных законов и обычаев. В Англии Вестминстерский статут 1275 г. провозглашал: “Настоящим предписывается, что в любом городе, местечке, ярмарке или рынке иностранное лицо, проживающее в нашем государстве, не должно подвергаться аресту на имущество ни по какому долгу, в отношении которого он не является ни должником, ни поручителем”. Однако не все страны отменили наложение ареста на имущество иностранца за долги его соотечественника: например, в Северной Италии длинный ряд договоров “медленно и неравномерно обеспечивал итальянцам эту защиту”¹⁴. Движение к единообразию в этом и прочих отношениях было постепенным процессом. Даже обычай международных ярмарок не всегда были одинаковы. В целом, однако, законы и обычаи разных стран и местностей, применимые к торговым сделкам, разнились лишь в деталях. Как выразился Уильям Митчелл, “каждая страна, чуть ли не каждый город, имела свою собственную разновидность торгового права, однако все это были разновидности одного и того же рода. Руководящие принципы и важнейшие правила были всюду одинаковы или имели тенденцию к одинаковости”¹⁵.

“Торгующим чужеземцам приходилось опасаться не только дискриминационного обращения по местному праву, но и насилия в пути со стороны пиратов и разбойников, а также ненасытности местных налоговых служб. Чтобы уберечься от опасностей путешествия, морская торговля велась в основном по прибрежным маршрутам целыми конвоями, а на суше купец путешествовал вооруженным и обычно в компании других купцов, часто в караване. Однако купцы никак не могли защититься от дорожных пошлин, которые на Рейне, к примеру, были столь велики и многочисленны, что заслужили название “*furiosa Teutonicorum insania*” (“тевтонское бешенство”)¹⁶. Во Франции даже после реформы 1431 г. на Луаре и ее притоках осталось около 130 дорожных пошлин”¹⁷.

Тот факт, что иностранец часто был бесправен по местным законам, а также не пользовался покровительством местных властей, делал универсальность собственного права купцов насущной необходимостью. Со временем

универсальное торговое право стала охранять и набравшая силу центральная политическая власть. Один из самых ранних примеров — положение Великой хартии вольностей 1215 г., где говорилось: “Все купцы пусть имеют свободу выезда из Англии и въезда в нее, и пусть живут в Англии и путешествуют сушей и морем с целью купли и продажи, свободные от установленных законом сборов, в соответствии со старинными и справедливыми обычаями”¹⁸. Со временем эта защита как в Англии, так и в других странах расширилась до содействия властей в реализации решений торговых судов. Так, в 1292 г. лондонский купец по имени Лукас был обвинен в том, что он втихомолку уехал с Линнской ярмарки, не заплатив 31 фунт за товары, купленные им у одного немецкого купца, и отказался предстать перед судом ярмарки, чтобы ответить по иску в соответствии с торговым правом, “после какого поступка ни один иностранный купец не захотел ничего продавать гражданам Лондона до полной оплаты... называя их недобросовестными должниками”. Лукас бежал из Линна в Сент-Ботольф, потом в Линкольн, потом в Гуль и наконец в Лондон, преследуемый немцем. По просьбе лондонских купцов, опасавшихся за свою репутацию, Лукас был посажен в лондонский Тауэр, и затем его дело было пересмотрено королевским советом на основании принципа “*habeas corpus*”¹⁹.

Светские правители помогали также обеспечить универсальный характер торгового права, заключая договоры друг с другом. Начиная по меньшей мере с XII в. итальянские города вступали в двусторонние соглашения, по которым каждая из сторон обязывалась предоставлять гражданам другой стороны свободу поселаться внутри ее границ, владеть там собственностью, заниматься ремеслом и торговлей, посещать богослужения и обращаться в суды²⁰. Эти договоры часто учреждали беспристрастные купеческие трибуналы для разбора споров между гражданами двух партнеров по договору быстро и в соответствии с торговым обычаем, а при отсутствии такового — “по доброй совести”²¹. Также в XII столетии договор между Генрихом II Английским и городом Кельном обещал гражданам Кельна не менее благоприятное отношение, чем то, которым пользовались английские купцы. Это, быть может, самый старый пример положения о “национальном режиме” и предшественник оговорки о режиме наибольшего благоприятствования в современных торговых соглашениях²².

Взаимность прав. Принцип взаимности прав лежал в сердце новой системы торгового права, возникшей в конце XI—XII вв. Конечно, сама по себе взаимность, в смысле “ты — мне, я — тебе”, всегда была сердцевиной любой торговли, во всех цивилизациях, поскольку всякая торговля подразумевает обмен расходами или выгодами со стороны участников сделки. Продавец расстается с товарами, покупатель — с деньгами; работодатель дает средства, а должник обязуется вернуть взятое плюс дополнительную сумму; перевозчик берется доставить груз, а продавец или покупатель обязуются оплатить перевозку. Каждый чем-то жертвует, оба ожидают в результате получить выигрыш. Однако принцип взаимности прав, как его понимали на Западе, начиная с конца XI — начала XII столетия, включает и нечто большее, чем простой обмен: в идеале он включает элемент *равенства* расходов или выгод, как и равенства партнеров по сделке, иначе говоря, элемент добросовестности, честности обмена. Этот элемент, в свою очередь, имеет два ас-

пекта — процедурный и материальный. В процедурном отношении в обмен следовало вступать честно, то есть без принуждения, обмана или иного злоупотребления волей или осведомленностью другой стороны. В материальном отношении даже тот обмен, в который стороны вступили добровольно и будучи осведомлены о его существовании, не должен был повлечь расходы, чрезмерно непропорциональные предстоящим выгодам. Такой обмен также не должен был наносить неоправданный ущерб третьим лицам или обществу в целом.

И процедурный и материальный аспекты взаимности прав подразумеваются уже в самом термине “права”, как его понимали на Западе, начиная с конца XI в. Права обязательно мыслятся как часть единой правовой системы. Их содержание вытекает из задач этой системы. Эти задачи включали по меньшей мере некоторую защиту против отдельных форм проявления недобросовестности в торговых обменах.

Принцип процедурной взаимности был высоко развит в юриспруденции во времена Папской революции. Каноническое право, в частности, подчеркивало принцип справедливости при заключении договоров. Как клятвенное заверение давало церковным судам юрисдикцию над договорами, так добросовестность (“*bona fides*”) являлась необходимым условием святости договора. В каноническом праве понятия обмана, принуждения и ошибки были сформированы в стройную теорию, которая, с одной стороны, поддерживала свободу сторон делать обязывающие обещания, с другой стороны, защищала их от мошенничества. Сверх всего, господствовавший в германском народном праве племен механизм присяг был подвергнут корректировке. В противоположность и германскому праву, и старому римскому новое каноническое право, поддерживаемое новой романтической наукой права, не только признало действительными неформальные устные соглашения, но также отказалось признавать большинство самых формальных соглашений (под присягой или письменные, скрепленные печатью), если стороны вступили в них в результате обмана или даже недоразумения, в котором должник по договору не виноват. С некоторыми модификациями эти принципы переняла новая система торгового права. Они отражали принцип процедурной взаимности прав при заключении договора.

Принцип материальной взаимности прав, хотя и менее развитый, отразился в канонических доктринах о ростовщичестве и справедливой цене²³. В эти доктрины было внесено много тонких оговорок, чтобы приспособить их к нуждам коммерции. Законный процент дозволялся. Законная прибыль не считалась несправедливой. Тем не менее купцы часто противились стараниям канонистов регулировать торговые отношения, и в особенности они сопротивлялись установлению церковной юрисдикции над торговыми делами. Поздний, но характерный и для периода между концом XI и началом XII столетия пример — указ дожа и Совета старейшин города Генуи от 1369 г., установивший чувствительный штраф для всякого человека, который обратится в церковный или иной суд на том основании, что заключенный им торговый договор, например страхования или обмена валюты, является ростовщическим, или противным каноническому праву, или иным образом незаконным²⁴.

Конфликт между торговцами и церковниками по поводу применимости канонического права к коммерческим договорам не отражал никакого фун-

даментального разногласия по вопросу подчинения свободы договора нравственным соображениям. Купцы не исповедовали свободу человека обогащаться любым способом. Хотя они и не считали, что коммерческая деятельность должна быть связана нравственными нормами монашеской жизни, они не отрицали, что она подвластна принципу справедливой цены, закону о ростовщичестве и прочим гарантиям против угнетательских или безнравственных договоров. Купцы не оспаривали также верховенство церкви в вопросах нравственности. Однако они настаивали на своей относительной автономии в вопросах торгового права, и в теории, по крайней мере, церковь им не отказывала. Поэтому их формулировки могли отличаться от церковных, так же как их юрисдикция могла отличаться от церковной, и каждая из формулировок могла быть правильной, так же как каждая юрисдикция могла быть юридически обоснованной. Это была схоластическая диалектика в действии. Торговое сообщество имело свое собственное право, *lex mercatoria*, точно так же, как церковь имела свое собственное право, *jus canonicum*. Купцы, разумеется, были членами церкви и потому подлежали каноническому праву, но одновременно они были членами торгового сообщества и потому подлежали торговому праву. Когда две эти совокупности права вступали в конфликт, не всегда было ясно, какая должна взять верх. Обе могли быть правы. Только время могло сгладить этот конфликт.

Таким образом, процедурная и материальная взаимность прав, на которую ссылались одинаково и купцы и церковники, должна рассматриваться не как абстрактный принцип, а как принцип, провозглашенный и осуществляемый внутри конкретных сообществ. Купцы составляли самоуправляющееся сообщество, подразделенное на религиозные братства, гильдии и другие ассоциации. Из этого исторического факта вытекают и все характеристики новой системы торгового права: его объективность, универсальность, взаимность прав, коллективное правосудие, интеграция и рост.

Коллективное правосудие. Торговые суды. Торговые суды включали суды рынков и ярмарок, суды купеческих гильдий и городские суды. Хотя гильдейские и городские суды занимались не только торговыми делами, их коммерческая юрисдикция была достаточно обширна, чтобы рассматривать их как торговые суды.

Суды рынков и ярмарок, как и сеньориальные и манориальные суды, были непрофессиональными общинными трибуналами, судьи избирались купцами рынка или ярмарки из своей среды. Суд гильдии тоже был непрофессиональным трибуналом, который обычно состоял просто из главы гильдии или его представителя, а тот часто выбирал двух-трех членов гильдии в качестве заседателей по торговым делам. Иногда вместе с купцами-заседателями заседали и профессиональный юрист. Юридические формальности часто обеспечивали профессиональные нотариусы, выступавшие в качестве секретарей суда²⁵. Городские торговые суды тоже часто состояли из купцов, избранных своими товарищами. Миланский закон 1154 г. узаконил избрание "консулов купцов" для участия в рассмотрении торговых дел, и эта система консульских судов распространилась во многих городах Италии. Она позволяла иностранным купцам избирать судей из своих соотечественников. Суды торговых консулов в городах-республиках Северной Италии постепенно распространили свою юрисдикцию на все торговые дела в городе. Другие города Европы при-

няли итальянский институт торгового консула или же создали аналогичные институты для рассмотрения торговых дел купеческими судьями. В некоторых странах король утвердил свою власть над купеческими гильдиями и городскими рынками и ярмарками, но даже тогда торговое право по существу применяли судьи-купцы.

С течением времени в разных областях Европы развились разные другие типы торговых судов. В Англии, Уэльсе и Ирландии были созданы так называемые “courts of the staple”, расположенные в тех 14 городах, через которые шла процветающая торговля английскими “основными товарами” (“staples”), главным образом шерстью, кожей и свинцом. [“Staple” — рынок, где заключались сделки на оптовую продажу и на экспорт. — *Примеч. перев.*] Значительную часть этой торговли вели итальянские, фламандские и немецкие купцы. Англичане предложили “торговым чужеземцам” защиту в этих городах, и по Statute of the Staple 1353 г. купцы каждого из них с чадами и домочадцами подлежали “торговому праву во всех делах касательно staple, а не обычному праву земли и не обыкновению городов, местечек и прочих поселений”. Купцы, их слуги и члены семьи подлежали юрисдикции *staple court*, председательствовал в котором мэр города, избираемый сроком на год “сообществом купцов, как чужеземцев, так и натурализованных иностранцев”. Таким образом, иностранцы участвовали в выборах мэров английских городов. Мэру полагалось “быть сведущим в торговом праве” и судить в соответствии с ним. Судебные разбирательства с участием чужеземного купца и англичанина требовали смешанного жюри, составленного наполовину из иностранцев и наполовину из английских подданных. Апелляции можно было подавать канцлеру и в королевский совет²⁶.

Другим типом торгового суда был местный морской суд в портовых городах, имевший юрисдикцию по торговым и морским делам, связанным с перевозкой товаров морем. Эти суды, именуемые адмиралтейскими, заседали на берегу “от прилива до прилива”.

Во всех торговых судах процедура отличалась быстротой и неформальностью. Времени отводилось мало: в ярмарочных судах решение должно было быть вынесено, когда ноги купцов еще были в пыли, в морских судах “от прилива до прилива”, а в городских и гильдейских судах “с одного дня на другой”. Часто запрещались апелляции. Не только профессиональные юристы были, как правило, исключены, но и техническая юридическая аргументация вызывала недовольство. Суд должен был “руководствоваться справедливостью... по которой каждый будет принят и расскажет о деле... и скажет что может” в свою защиту. Типичный статут купеческой гильдии устанавливал, что торговые дела “должны решаться *ex aequo et bono*; не следует пускаться в тонкости закона”²⁷. Эти процедурные особенности резко отличали торговое право от формалистической процедуры городских и королевских судов, а также от письменной процедуры канонического права в ординарных случаях.

Процедура торговых судов, однако, была сродни суммарной (в отличие от ординарной) процедуре церковных судов. Суммарная процедура по особым типам дел, включая торговые, была разрешена папской буллой 1306 г. — декреталией “*Super Contingit*” (по начальным словам “Часто бывает”). Булла ссылалась на иногда практиковавшуюся папой передачу дел (церковным)

судьям с инструкцией, чтобы процедура была “простой и ясной и без формальных аргументов и торжественных правил ординарной процедуры”. В пояснение этих слов в булле говорилось, что судье в таких случаях не нужно требовать письменной жалобы, не нужно требовать обычных прений сторон, что он может рассматривать дело даже в каникулы, что он должен отклонять отлагательные исключения и что ему следует отвергать апелляции, могущие затянуть дело, а также “крики” адвокатов, обвинителей, сторон и излишних свидетелей. В таких делах, говорилось в булле, судье следует “допросить стороны либо по их требованию, либо по своей собственной инициативе, где этого требует право справедливости”²⁸. Эта декреталия потом проникла в более поздние итальянские статуты, учреждавшие торговые суды, она также оказала влияние на немецкие, французские и английские торговые и морские суды, включая английский канцлерский суд в его юрисдикции по праву справедливости.

В Англии скорость торгового правосудия подчеркивал Брактон, который писал, что имеются определенные сословия людей, “которым нужно скорое правосудие, такие как купцы, получающие справедливость в *Court Peopoudrous*” (суды “пыльных ног”, “piepowder”, на ярмарках и рынках)²⁹.

Принцип скорой, неформальной и основанной на праве справедливости процедуры в торговых судах был, конечно же, откликом на нужды торговцев. Этот отклик, однако, стал возможен только благодаря коллективному, общественному характеру судебного разбирательства по торговым делам. Как и прочие черты торгового права — объективность, универсальность, взаимность прав, интеграция, рост — общинный, коллективный характер разбирательства, то есть участие кушцов в разрешении торговых споров, можно рассматривать как принцип абстрактной справедливости, как правовой идеал. С этой точки зрения его можно оценивать как положительно, так и отрицательно, ибо, способствуя решению конкретных торговых дел на основе права справедливости, он также способствовал выведению торгового права из-под церковного, королевского и даже городского контроля и сохранению купеческих привилегий. Но систему коллективного правосудия по торговым делам нужно рассматривать исторически, как один из аспектов относительной автономии торгового сословия и его права в эпоху формирования западной традиции права — автономии относительно всеобъемлющего единства западного права с его взаимодействием духовных и светских властей и — внутри светской сферы — феодальной, манориальной, торговой, городской и королевской правовых систем.

Интеграция торгового права. Торговое право на Западе в конце XI, XII и начале XIII столетия обрело вид целостной системы принципов, понятий, норм и процедур. Разнообразные права и обязанности, связанные с коммерческими отношениями, стали сознательно истолковываться как составные части целой совокупности права, *lex mercatoria*. Многочисленные и разнообразные правовые институты, созданные в то время, такие как оборотные ценные бумаги, кредитные гарантии, совместные предприятия, вместе с более старыми правовыми институтами, подвергшимися переделке в это время, рассматривались как ясно очерченная и связанная система.

Вот те отличительные черты западного торгового права, которые сформировались в эти века:

— резкое разграничение права движимого имущества (*chattels*) и права недвижимого имущества (земля и соединенная с ней движимость);

— признание предпочтительности прав добросовестного покупателя движимого имущества по отношению к правам истинного собственника³⁰;

— замена старого требования поставки товара как условия передачи права собственности документом символической поставки, то есть передача права собственности (и риска ее утраты или повреждения) путем передачи документов о перевозке или др.;

— создание права владения движимым имуществом, независимого от права собственности³¹;

— признание действительности устных неформальных соглашений при продаже и купле движимого имущества;

— ограничение претензий по гарантиям, с одной стороны, и разработка доктрины подразумеваемых гарантий удовлетворительности товара и пригодности к продаже (*marchandise loyale et marchande*) — с другой;

— введение объективной меры возмещения ущерба за непоставку товаров, основанной на разнице между договорной и рыночной ценой, в сочетании с введением фиксированной денежной пени за нарушение некоторых договоров;

— разработка коммерческих документов, таких как вексель и долговое обязательство, и их трансформация в так называемые абстрактные договоры, в которых данный документ не просто свидетельствует о наличии под ним договора, но сам по себе воплощает, или является договором и может служить объектом независимого иска;

— изобретение понятия оборотности векселей и долговых обязательств, благодаря чему их добросовестный индоссат имел право на их оплату лицом, выдавшим его, даже если последний имел определенные аргументы (например, ссылка на обман) против первоначального векселедержателя;

— изобретение залога движимого имущества (*chattel mortgage*), установление права продавца на удержание проданной вещи до уплаты долга за нее, других имущественных гарантий;

— разработка закона о банкротстве, учитывающего существование высокоразвитой системы коммерческого кредита;

— создание накладных и других транспортных документов;

— расширение античного института морского кредита и изобретение бодмерей, обеспеченной правом удержания груза или правом на долю в самом судне, как средства финансирования и страхования заморской торговли³²;

— замена более индивидуалистического греко-римского понятия товарищества (*societas*) более коллективистским, в котором имелась совместная собственность, она находилась в распоряжении товарищества как целого, а права и обязанности одного компаньона сохранялись после смерти другого;

— развитие института совместного предприятия (*commenda*) как разновидности акционерной компании, в которой ответственность каждого ограничена размером его вклада;

— изобретение торговых марок и патентов;

— выпуск публичных займов, обеспеченных облигациями и другими ценными бумагами;

— развитие депозитного хранения средств в банках³³.

Таким образом, многие, если не большинство, структурных элементов современной системы торгового права сложились в этот период. В них содер-

жались определенные фундаментальные правовые принципы, разделяемые всеми правовыми системами того времени и приспособленные к особым нуждам торгового сообщества. Это были принцип добросовестности, проявившийся особенно при создании новых кредитных документов, и принцип юридической личности, который в особенности проявился в создании новых форм деловых ассоциаций.

Кредитные инструменты. Так как в XII столетии оплата натурой постепенно становилась исключением, то получили распространение новые типы коммерческих договоров, включающих использование кредита. В самом деле, сама оплата наличными была своего рода кредитной сделкой, потому что не было суверенного государства, чтобы гарантировать ценность денег, а в обороте находилось множество видов монет.

Главными формами кредита, который продавцы представляли покупателям, были долговые обязательства и векселя. Покупатель либо подписывал адресованный продавцу документ, обязуясь уплатить ему определенную сумму денег в определенный момент в будущем или по предъявлении документа, либо он выдавал чек (вексель) на третье лицо ("X: уплатить Y с моего счета.."), оплачиваемый либо в определенную дату, либо по предъявлении. Коммерческие документы использовали еще арабы в средиземноморской торговле в VIII—X вв., но их, судя по всему, не рассматривали как "абстрактные договоры", то есть как обязательства, не зависящие от породивших их договорных отношений. Когда такие документы в конце XI—XII в. стали обычными на Западе, они не только приобрели характер независимых обязательств, как сами деньги, а приобрели также и другую черту денег, а именно оборотность. Выдавший чек (или вексель) делал документ оплачиваемым его держателю или "по его распоряжению"³⁴. Это означало, что всякий, кому держатель передавал данный документ (индоссировал его или как-то иначе), получал безусловное право на уплату со стороны выдавшего чек лица, причем даже в том случае, если тот имел значимые аргументы против первоначального векселедержателя (обман, например). Имело значение только то, получил ли индоссат данный документ добросовестно и не зная об обмане или ином препятствии. Предполагалось, что документ будет переходить из рук в руки. Аналогичным образом вексель, подлежащий оплате векселедержателю или "подателю", был действителен в руках любого добросовестного держателя.

Ни понятие, ни практика оборотности кредитных документов не были известны старому римскому или германскому праву, это не были развитые понятия и у мусульман и других средиземноморских торговцев в VIII—X вв. Изобретение западными купцами в конце XI—XII в. понятия оборотности было, конечно, ответом на возникновение в это время развитого товарного рынка. Однако чтобы этот ответ появился, нужно было куда больше, чем экономический стимул. Должен был быть в наличии резервуар самого кредита, ибо без кредита, то есть без уверенности в будущем составлявших рынок лиц, не могло быть ни кредитных документов, ни дополнительного кредита, воплощенного в их оборотности. Кредит, разумеется, означает веру, доверие или уверенность в ком-либо или чем-либо. Система передачи будущего обязательства должника от одного кредитора другому не смогла бы развиться и сохраняться, если бы не существовало крепкой веры, доверия и уверенности в честности и прочности того сооб-

щества, к которому принадлежали все кредиторы и должники. Действительно, именно такая уверенность в будущем только и сделала возможным соизмерить ценность немедленной уплаты с ценностью уплаты потом.

Как писал Роберт С. Лопес, «снятие ограничений с кредита было великим смазочным материалом торговой революции. Это было совершенно новое явление... греко-римская экономика была хорошо обеспечена наличными деньгами всех сортов, но плохо подходила для коммерческого кредита в крупных масштабах, а . экономика варварской эпохи страдала дефицитом и наличности, и кредита, она так и не смогла оторваться от земли. Горючим для взлета следующей эпохи послужило не массивное вливание наличных денег, а более тесное сотрудничество людей, пользующихся кредитом. Подъем произошел не в Германии, где между X и XII вв заработали новые серебряные рудники, а в Италии, где сократился разрыв между сельскими капиталистами и купцами, [и где] кредит позволил маленькому вложению наличности начать работать одновременно в нескольких местах»³⁵.

Кредит в этот период процветал в разных формах, и не только в Италии, а во всей Западной Европе. Кроме кредита продавцов покупателям через оборотные документы и другие инструменты существовал и кредит покупателей продавцам через разные виды договоров о покупке товаров, которые должны быть поставлены в будущем, куплены продавцом и перепроданы и т.п. И опять такие договоры предполагали наличие не только развитого рынка, но и уверенности в будущем того сообщества, которое составляло этот рынок, а также понятие времени как фактора, имеющего цену в коммерческих сделках.

Предоставление кредита продавцом покупателю или третьей стороной (банкиром) покупателю было больше распространено, чем предоставление кредита покупателем продавцу, и поэтому изыскивались способы защиты займодавца от неуплаты. Наиболее важным инструментом был залог движимого имущества (chattel mortgage), по которому сторона, предоставляющая кредит, сохраняла в качестве гарантии права на товар, так что его нельзя было перепродать или иначе им распорядиться до уплаты кредитору. Если кредитор не получал обратно своих денег, он имел право завладеть товарами и перепродать их в уплату долга. Ни римское, ни германское право не имело столь утонченного инструмента гарантии. И опять, для эффективности такого залога движимого имущества принципиальным условием было наличие взаимосвязанного торгового сообщества с развитой совокупностью торгового права, ибо имелась опасность, что то же самое имущество будет обманным путем заложено не одному займодавцу, а нескольким. Во многих европейских городах эту опасность учли, установив систему официальной регистрации залогов движимого имущества у государственных чиновников, так что потенциальные кредиторы могли обнаружить любую ранее составленную закладную³⁶.

Неотъемлемым компонентом развитой системы коммерческого кредита, созданной на Западе в конце XI—XII в, было право банкротства, которое, с одной стороны, учитывало гарантийные интересы, защищая кредиторов, а с другой — не было губительным для должников. Германское право особенно сурово обходилось с несостоятельным должником его кредиторы отбирали все, что он имел, и могли даже поселиться в его доме, эксплуатировать его слуг

и потреблять его урожай. Римское право Юстиниана, с другой стороны, относилось к несостоятельному должнику очень гуманно, но зато давало плохую защиту кредиторам. Западному праву, регулирующему банкротство начиная с XII в., удалось соблюсти золотую середину между этими двумя крайностями. Оно разрешало ограничение ответственности должников и в то же время отдавало предпочтение кредиторам по обеспеченному долгу. По словам Левина Голдшмидта, право банкротства этого периода “составляет оригинальный и чрезвычайно влиятельный этап развития права в Европе”³⁷.

Типы деловых ассоциаций. Совместные предприятия. К концу XI в. в Италии, Англии и других странах Европы вошел в употребление новый вид деловой договоренности, так называемая “*commenda*”, по которой капитал мобилизовался на дальнюю морскую торговлю и реже — сухопутную. Самой ранней предшественницей комменды была, вероятно, мусульманская торговая практика, проникшая в Византию, в том числе и в порты Южной Италии, в VIII — X вв. В Северной Италии и за Альпами комменда, вероятно, началась в XI в. как договор займа, но скоро развилась в договор о товариществе на одно предприятие. Обычно это была поездка туда и обратно на Ближний Восток, в Африку или Испанию. Один партнер, именуемый “*stans*”, вкладывал капитал, но оставался дома; другой, именуемый “*tractator*”, совершал путешествие. За свой трудный и опасный путь *tractator* получал обычно четверть прибыли, а рисковавший деньгами *stans* — остальные три четверти. Как отмечает Лопес, “такая договоренность может показаться несправедливой, но в XII—XIII вв. жизнь стояла дешево, а капитала было мало”³⁸.

Разновидностью комменды было “*societas maris*” (“морское товарищество”), в котором *tractator* обеспечивал треть капитала, *stans* — две трети, а прибыли они делили поровну.

Лопес указывает, что *stans* не обязательно был просто компаньоном-вкладчиком. Это мог быть “пожилой купец, который сам уже не плывал за море, но все еще активно занимался делами и иногда брал на себя продажу товаров, привезенных его партнером”. Более того, *tractator* в одной комменде часто бывал *stansom* в другой взаимной комменде, так что речь не шла о двух антагонистических группах инвестирующих и путешествующих партнеров или об эксплуататорах и эксплуатируемых. С другой стороны, было “множество случаев, когда компаньонами-вкладчиками становились вдовы и сироты, священники и монахи, государственные чиновники и нотариусы, ремесленники и прочие люди без делового опыта”³⁹.

Комменда и морское товарищество имели большое преимущество в том, что ответственность компаньонов была ограничена размерами их первоначального вклада. В этом отношении они были похожи на современную акционерную компанию. Вкладчики могли также уменьшить риск, разделив свои деньги между несколькими коммендами, вместо того чтобы помещать все средства в одну-единственную. Но комменда отличалась от современных деловых корпораций тем, что она обычно являлась краткосрочной договоренностью, которая расторгалась по окончании путешествия, ради которого учреждалась.

Долгосрочные сухопутные предприятия в конце XI, в XII и XIII столетиях часто организовывались в виде другой формы товарищества, именуемой “*compagnia*”. Первоначально это была ассоциация членов одной семьи,

которые все вместе трудились ради увеличения семейного богатства. Такие “компаньоны” часто начинали заниматься торговлей. Потом к ним присоединялись посторонние и получалась деловая единица, “компания”. В противоположность комменде компания обычно вела разнообразную торговую деятельность в течение многих лет. Часто она была настолько велика, прочна и гибка, что образовывала филиалы в разных городах.

Краткая срочность комменды и неограниченная ответственность компании могли подвергаться некоторой корректировке в специальных статьях, включавшихся в те договоры, которыми они оформлялись. Можно было воспользоваться и другими типами договоров для создания других типов деловых ассоциаций⁴⁰. Однако комменда и компания были главными моделями.

В комменде, компании и других различных формах коммерческого партнерства, в которых участники объединяли средства и делили прибыли и убытки, находили отражение как общий принцип добросовестности, лежавший в основе всех правовых систем западной традиции права в эпоху ее формирования, так и особые формы проявления этого принципа в кредитных инструментах новой системы торгового права. Эти деловые ассоциации были основаны на уверенности каждого партнера в том, что другие сдержат свои обещания. Однако помимо этого имелся и другой основной правовой принцип, проявлявшийся в развивавшемся праве деловых ассоциаций, а именно принцип коллективной личности членов ассоциации. Будучи основано единственно на соглашении, товарищество являлось тем не менее юридической личностью, которая могла иметь собственность, вступать в договоры, быть субъектом и объектом исков. Партнеры были уполномочены действовать совместно от имени товарищества и вместе отвечали по его долгам. Кроме того, однако, каждый партнер, действуя отдельно, мог создавать обязательства для товарищества, и каждый по отдельности отвечал по его долгам. Вместе компаньоны составляли корпорацию в том же смысле, в каком были корпорациями епархия или приход, университет или гильдия, т.е. это было самоуправляющееся образование, сообщество, личность которого была равно трансцендентной и имманентной, то есть и отличной от личностей его членов, и привязанной к ним.

Форма делового товарищества XII в, наиболее походившая на современную деловую корпорацию, а именно комменда, создавалась на короткий срок и для конкретной цели. Это была “светская” (secular) ассоциация в полном смысле слова: она всецело была детищем преходящего времени. Однако и комменда тоже была сообществом компаньоны не были ведь простыми агентами, потому что согласно складывавшейся системе торгового права агент в отличие от компаньона не мог создавать обязательства для неназванного принципала по займам и залогам (хотя по продажам и найму мог)⁴¹

Таким образом, вновь очевидно, что целостность новой системы торгового права, то есть структурная связность его принципов, понятий, норм и процедур, была обусловлена в первую очередь целостностью и структурной связностью торгового сообщества, правом которого оно являлось.

Рост торгового права. Интеграция торгового права, его структурное единство были тесно связаны с его органичным ростом. Торговое право рассматривалось как развивающаяся система. Развитие его было довольно быстрым, и не только в период формирования, а и потом, в XIII, XIV и XV вв. Как и в случае канонического права, феодального, манориального и других

современных правовых систем, с течением времени усиливались такие черты торгового права, как объективность, конкретность его норм, точность его понятий; его универсальность и обобщенность, его единообразие все более брали верх над местными различиями; взаимность прав приобретала все большее значение по мере расширения договорных возможностей; судебное разбирательство коммерческих споров все больше упорядочивалось; возрастала степень интеграции торгового права. Другими словами, как и в других правовых системах, сформировавших западную традицию права, характерные черты торгового права стали также тенденциями его органичного роста во времени.

Сознательное развитие системы торгового права значительно облегчалось благодаря существованию институтов, ответственных за эту задачу. Европейские правители, особенно власти крупнейших торговых городов, помогали развивать систему торгового права путем кодификации обычаев. В качестве примера можно привести “Обычаи Генуи” 1056 г., “Constitutum Usus” Пизы 1161 г., “Книгу обычаев” Милана 1216 г. Рост торгового права облегчался также благодаря тому, что велись записи решений торговых судов, включая не только городские и морские, но и ярмарочные суды.

Кроме того, создание в конце XI—XII в. развитой системы нотариата сделало неизбежной сознательную адаптацию торгового обычая к новым условиям. Нотариусы не только регистрировали коммерческие сделки, но и составляли договоры и другие нотариальные документы. Считалось, что эти последние имеют силу договорных обязательств. Так, нотариус составлял долговое обязательство, вексель или другой платежный документ, который сразу приобретал юридическую силу. Нотариальный договор обмена и был, по-видимому, предшественником векселя, а нотариально заверенное обещание уплаты стало, вероятно, предшественником долгового обязательства. В Северной Европе, где нотариальные документы применялись не так широко, как в Южной, аналогичную силу имели записи, заверенные муниципальными или гильдейскими властями, например Лондонской ратушей.

Кроме нотариальных записей юридическую силу имели также бухгалтерские книги и судовые картулярии, даже купеческие счета допускались в качестве доказательств. Таким образом, существовала обширная система записи коммерческих операций, и хотя это, несомненно, в какой-то степени сдерживало перемены, но также и вводило их в определенное русло и придавало им преемственность.

Какие бы факторы ни способствовали росту торгового права, нет сомнения, что он имел место. Развитие морского кредита и изобретение бодмерей применялись как косвенные средства страхования заморских перевозок в XII в. В XIV в. появились первые документы морского страхования, а к XV в. страхование на море уже было процветающим бизнесом⁴². Еще пример: в XII—XIII вв. торговые банкиры выпускали для своих клиентов письма с заверением, что банкир заплатит по обязательствам клиента. В XIV—XV вв. такие письма превратились в торговые аккредитивы, в которых банкир заверял конкретных продавцов, что он заплатит за конкретные товары, которые желает приобрести данный покупатель⁴³. В XII в. право вступать в коммерческие договоры было расширено и распространено на бывших крестьян и феодалную аристократию, после этого оно было постепенно распространено и

на другие группы лиц, включая женщин и несовершеннолетних. Это были не просто перемены, это было развитие, и не автоматическое, а сознательное, это была сознательная адаптация существующих правовых институтов и представлений к новым условиям — сознательное расширение сферы их применения для удовлетворения новых потребностей⁴⁴.

Итак, в системе торгового права происходил процесс дифференциации, выглядевший как развертывание прошлого в будущее, как самостоятельный рост на протяжении столетий. Создавалось впечатление по меньшей мере не только фундаментального единства той совокупности права, которую разработали купцы для регулирования своей деятельности, но и постоянных трудов последовательных поколений купцов на благо жизни и роста этого права.

12.

ГОРОДСКОЕ ПРАВО

В конце XI и в XII столетии возникли тысячи новых городов — в Северной Италии, Фландрии, Франции, Нормандии, Англии, немецких княжествах, Кастилии и Арагоне и в других частях Европы. Новые города появились даже до того, как сами эти территории стали целостными политическими образованиями, а в некоторых отношениях городские общины имели больше общего друг с другом, чем с теми странами, в которых они располагались. Ибо как ни был разнообразен их облик, они все обладали общим самосознанием городских сообществ и все имели схожие правовые институты — все они управлялись системой городского права.

Это, конечно, были не первые города в мировой истории. Однако до них не было и ничего в точности на них похожего. В период с I в. до н. э. по IV—V вв. н.э. Римская империя состояла из тысяч городов, но эти города служили главным образом центрами административного контроля римской императорской власти и управлялись императорскими чиновниками. Города Древней Греции, напротив, были самодостаточными, независимыми городами-государствами. В противоположность и Греции и Риму те города, которые возникли в Европе в XI—XII вв., не были ни административными постами центральной власти, ни самостоятельными республиками. Они были нечто среднее.

После того как Западная Римская империя в V в. окончательно пала под ударами германских завоевателей, почти все римские города на Западе быстро пришли в упадок и к IX в. практически исчезли. Так обстояло дело даже в Северной Италии. Но в Южной Италии, оставшейся преимущественно под византийским владычеством, где были сильны арабские влияния, выжили Неаполь, Салерно, Бари, Сиракузы, Палермо и другие римские города. Кроме того, сохранились некоторые важные морские порты за пределами Южной Италии, такие как Венеция и Дуррес на Адриатике и еще несколько портовых

городов на средиземноморском побережье будущих Франции и Испании. Некоторые расположенные в глубине материка города, например Кельн, Милан и Лондон, тоже продолжали свое существование, но стали по сути торговыми поселениями, торговыми кварталами при крепостях.

За редкими исключениями, одним из которых был сам город Рим, не существовало никакой политической преемственности между бывшими римскими городами и теми европейскими городами, которые в конце концов выросли, часто на месте или вблизи римских поселений, в XI—XII вв. Разумеется, в тех городах, где располагалась епископская кафедра (то есть центр епископской епархии), существовала преемственность церковной власти, но даже и они деградировали от крупных центров метрополии до уровня городков, почти сливавшихся с сельской местностью. Между тем такие епископские города продолжали носить имя “civitas”, тогда как все прочие назывались разными словами, обозначающими либо укрепления (bourg, borough, borgo или burgus; а также castellum, castrum, opidum, urbs, municipium) либо, реже, торговые центры (portus, port, wik). В 1000 г. к западу от Венеции или к северу от Палермо было всего несколько поселений, насчитывавших более нескольких тысяч жителей (см. карту 1).

Однако не малый размер или малое количество жителей в первую очередь отличали крупные и мелкие города или города и местечки (англ. “city”, “town”, “borough”, а мы будем говорить просто “город”) Западной Европы в 1000 г. от новых городов, возникших за два последующих столетия, а скорее их нечетко выраженный социальный и экономический характер, с одной стороны, и относительно нечетко выраженный политический и правовой характер — с другой. В социальном и экономическом отношении города до 1000 г. состояли преимущественно из людей, живших земледелием. Были и купцы, они жили в торговых кварталах, обычно располагавшихся сразу за стенами замка или другого укрепления. Были рыцари и дворяне, жившие внутри замка, но эти классы составляли меньшинство населения, а ремесленников и мастеров было совсем мало. Большой частью город был просто большой деревней, среди жителей которой было несколько купеческих и военных семейств. В политическом и юридическом отношении город также не был независимым образованием, а его жители не имели никакого специального статуса или привилегий, которые отличали бы их от сельских соседей. Если он случайно не совпадал с территорией сотни, манора, епархии, аббатства или еще какого-нибудь политического образования, город не имел и собственной судебной или административной организации. С точки зрения социального положения жители его были не горожанами, а рыцарями, свободными крестьянами, сервами, рабами, клириками или купцами. Если у них была земля, то на основе той же системы держания, которая господствовала за пределами города. Как подчеркивал Анри Пиренн, существовавшие в Европе до XI в. города лишены были двух основных признаков западного города нового времени: там не было среднего класса и муниципальной организации. Пиренн утверждает, что в 1000 г. в Западной Европе городов *не было*, если под городом понимать либо поселение, жители которого живут не возделыванием земли, а коммерцией (ему бы надо было добавить “и промышленностью”), либо общину, являющуюся правовым образованием и имеющую присущие ей законы и институты¹.

ПРИЧИНЫ ПОДЪЕМА НОВЫХ ГОРОДОВ

Подъему новых городов способствовали различные факторы: экономические, социальные, политические, религиозные и правовые.

Экономические факторы. Анри Пиренн объяснял возникновение европейского города нового времени в Европе в XI—XII вв. прежде всего возрождением торговли. Он подчеркивал тот факт, что в XI в. рынок, обычно располагавшийся в “*faubourg*” (“пригороде”) замка, или епископского дворца, или аббатства, начал поглощать главную территорию. Именно этот пригород и стал ядром нового города. Пиренн также усматривал в появлении тысяч новых городов по всей Европе в XI—XII столетиях результат напора со стороны нового купеческого сословия. Позднейшие исследователи справедливо критиковали это объяснение за пренебрежение тем фактом, что большинство (вероятно, 4/5) населения городов составляли производители, а не купцы и что эти производители — в основном мастера и ремесленники — пришли из избыточного сельского населения, появившегося благодаря быстрому увеличению производительности сельского хозяйства в XI в. Рост благосостояния сельского населения был также необходимой предпосылкой для снабжения городов продовольствием и сырьем и для сбыта их продукции. Таким образом, экономические причины возникновения новых городов следует связывать не только с ростом сельского хозяйства, но и с ростом сословия мастеров и ремесленников и других производителей промышленной продукции². Города дали новый способ производства и новый способ распределения.

Социальные факторы. С экономическими причинами урбанизации были тесно связаны и более широкие социальные факторы. XI и XII столетия были эпохой великих социальных перемещений по горизонтали и по вертикали. Исход сервов, свободных крестьян и мелкого дворянства из манора был частью мощного пульса жизни, которая росла, ускоряла темп, искала новых возможностей. Эти социальные факторы были также и причинами, а не только следствиями явления, которое Роберт Лопес называет “торговой революцией”, но которое можно назвать и “промышленной революцией” XI—XII столетий. Говоря словами Лопеса, “постоянно создавались новые возможности... вскарабкаться из одного сословия в другое... Подмастерья становились мастерами, удачливые ремесленники становились предпринимателями, новые люди делали состояния на торговле и предоставлении займов... Постоянная иммиграция из деревни стимулировала экспансию... Целые деревни постепенно теряли всех своих жителей, которые уходили в город, начиная с крестьян и кончая землевладельцами”³. Хотя в большинстве городов Европы социальная и экономическая, а также политическая власть со временем все больше сосредоточивалась в руках довольно небольшой группы богатых купцов, первоначальное представление о городе как о месте больших возможностей, где можно продвигаться вверх по социально-экономической лестнице, оказало долговременное влияние на облик города. Примечательно, что в городах Северной Европы и в некоторых городах Средиземноморья начиная с XI—XII вв. почти не было рабства, в отличие от городов Древней Греции и императорского Рима и в отличие от европейских поселений до 1000 г.

Политические факторы. Императоры, короли, герцоги и низестоящие (сеньориальные) правители, а также папы и епископы часто находили способ повысить свою обороноспособность и увеличить богатство, предоставляя

хартии городам, которые в этом случае открывались для притока иммигрантов из деревни — в основном крестьян и мелких дворян.

Часто такие города в военном отношении были куда эффективнее замков, так как горожане обычно получали право и долг носить оружие. Крестьяне веками лишены были такого права и такой обязанности, хотя их и призывали в чрезвычайных обстоятельствах, а рыцарям за военную службу надо было платить. Горожан, конечно, надо было обеспечить оружием, но зато они подлежали призыву на всеобщую воинскую службу для защиты города. Во многих местах, где уже исчезло народное ополчение племен и деревень германской эпохи, а феодальный набор рекрутов был не гарантирован, феодальные монархи, герцоги, графы и другие крупные феодалы очень рассчитывали на военные обязательства городов для защиты своих владений. Так, в Англии указ “Assize of Arms” 1181 г. постановил, что “все горожане и все общины свободных людей” должны носить определенные виды оружия⁴, тем самым сделав всех граждан солдатами, а все города военными единицами.

Помимо военной поддержки новые города давали правителям территорий существенное увеличение экономических ресурсов, уплачивая пошлины, рыночные налоги и ренты, а также поставляя промышленные товары. В этой связи право многих городов чеканить деньги и обязанность горожан платить за свою землю деньгами представляли собой значительный отход от преимущественно бартерной экономики. Правители Европы, короли и феодалы, так же выигрывали от этой перемены, как и новые торговые и промышленные сословия.

Конечно, такие политические стимулы к основанию городов были у европейских правителей и раньше, по крайней мере потенциально, но в XI—XII вв. политические условия для их реализации стали более благоприятными. Прекратились нашествия на Европу. Рамки рода, деревни, манора дополнились теперь более широкими территориальными рамками королевства, княжества, герцогства. Правители таких территориальных объединений были достаточно сильны, чтобы терпеть в своих владениях новые политические образования и даже обратить на них внимание, а для их заселения имелось крестьянство и мелкое дворянство.

Несомненно, возникновение новых городов было стимулировано совместным действием социальных, экономических и политических факторов, и трудно представить себе, что вне этих факторов в течение нескольких столетий по всей Западной Европе появилось бы около 5 тысяч новых городов. Их возникновение началось в XI в., достигло апогея в XII и продолжалось на всем протяжении XII, XIV и XV вв.

Однако имелись также социальные, экономические и политические факторы, действовавшие в противоположном направлении. Феодальные сеньоры, включая епископов и аббатов, имели большой экономический интерес в предотвращении ухода своих крестьян в города; они также не склонны были уступать свою политическую власть новым городским образованиям. Сходным образом и короли, императоры и прочие правители, жаловавшие городам хартии вольностей, были прямо заинтересованы в том, чтобы включить в них статьи, обеспечивавшие им постоянный контроль над горожанами. Городам часто приходилось отстаивать свою независимость — и они часто проигрывали. Кроме того, большинство крестьян и мелких дворян вряд ли жаждали

покинуть маноры и деревни, ведь это означало для них утрату традиционных уз и ценностей ради нового и неизвестного.

Здесь мы сталкиваемся с ограниченностью традиционной теории общества в объяснении исторических перемен. Недостаточно показать, что основные социальные, экономические и политические условия благоприятствовали им. Одни условия не производят перемен, как одна лишь почва и семена не производят урожая. Больше того, условия, благоприятствующие переменам, могут благоприятствовать и стабильности. Даже марксистская теория диалектического материализма всего лишь утверждает, что “в конце концов” возобладают силы перемен, оставляя открытым ключевой вопрос о времени и обстоятельствах. Однако ясно, что нет никакого способа узнать, почему произошла та или иная великая историческая перемена, не узнав сначала, *когда и как* это случилось.

Религиозные и правовые факторы. Если ближе рассмотреть время и обстоятельства появления новых городов Европы, если спросить, что именно вызвало урбанизацию в конце XI—XII в. и не раньше, если захотеть объяснить *процесс*, в результате которого развилось и преуспело городское движение, то придется принять во внимание два фактора, часто оставляемые в стороне историками общества, экономики и политики: фактор религии и фактор права.

Новые города XI—XII вв. были религиозными ассоциациями в том смысле, что каждый из них держался на религиозных ценностях и обрядах, включая религиозные клятвы. Многие города были присяжными общинами (*conjuraciones*), и целый ряд городов был основан организациями инсургентов. Города, основанные когда-то купцами, часто управлялись какой-нибудь купеческой гильдией, которая сама была религиозной ассоциацией, посвятившей себя делам благотворительности и религии наряду с управлением деловыми предприятиями. Города, созданные по инициативе императоров, королей, герцогов или епископов (или других духовных лиц), также были задуманы как братства, державшиеся на клятвах.

Подчеркивая религиозный характер городов, мы вовсе не хотим сказать, что они были церковными ассоциациями. Они были полностью отделены от церкви и в этом смысле были первыми светскими государствами Европы. Тем не менее многое из своего духа и облика они взяли от церкви. В самом деле, странно было бы ожидать иного, ведь города возникали в эпоху Папской революции.

Новые европейские города XI—XII вв. стали первыми ассоциациями в том смысле, что каждый из них держался на общем городском правовом сознании и на своеобразных городских правовых институтах. На практике большинство европейских городов возникало в результате юридического акта, обычно пожалования хартии, причем города не просто возникали, их *основывали*. Более того, хартия почти неизменно устанавливала основные “вольности” граждан, которые обычно включали значительные права самоуправления. Конечно, правовой характер новых европейских городов был тесно связан с их религиозным характером. Хартии подтверждались религиозными клятвами, а эти клятвы, возобновляемые при смене должностных лиц, включали прежде всего обязательство соблюдать городские законы.

О важном значении и религиозных и правовых факторов в возникновении западноевропейских городов можно судить хотя бы в сравнении с развитием городов в тогдашней исламской цивилизации Ближнего и Среднего Востока. Там, несмотря на наличие сходных экономических и политических факторов (процветающую торговлю, мелкую промышленность, средние слои населения, сильную централизованную территориальную власть) и физическое сохранение там многих городов Римской империи, городская культура была слаба⁵. В экономическом и политическом отношении исламские города не обладали корпоративным единством и независимостью, по существу, это были большие деревни, более или менее сливавшиеся с сельской местностью. В сравнении с Западом решающая разница состояла в том, что исламские города, с одной стороны, никогда не были присяжными общинами, никогда не состояли из религиозных гильдий или братств, а с другой — никогда не признавались корпорациями и не получали хартий прав и свобод. В противоположность западной культуре со времени Папской революции ислам лишен был и страстного стремления исправить и спасти светское общество, и понятия о том, что соперничающие множественные политики и правовые системы могут служить орудиями такой реформы и искупления.

Европейский город в конце XI и в XII в. по меньшей мере в той же степени был обязан своим ростом тогдашней трансформации религиозного и правового сознания, связанной с Папской революцией, что и торгово-промышленной и военно-политической трансформации (тоже связанной с Папской революцией). Урбанизация стала возможна тогда, и не раньше, и именно там, а не в ином месте, благодаря новым религиозным и правовым понятиям, институтам и практике, благодаря новым религиозным страстям, действиям, связанным с общинами и другими братскими ассоциациями, коллективными присягами, юридической личностью, хартиями вольностей, рациональными и объективными судебными процедурами, равенством прав, участием в законотворчестве, представительным правлением и самой государственностью. Эти проблемы, в свою очередь, были связаны со структурными характеристиками западной традиции права, разделяемыми не только городским правом, но и всеми одновременно складывавшимися правовыми системами.

Трудно даже представить возникновение европейских городов без городского правового сознания и системы городского права. Но если бы это и произошло, то есть даже если бы на Западе каким-то образом возникли крупные, густонаселенные центры торговли и промышленности, не имеющие фундамента в виде городского права, какими бы они были? Быть может, как древние римские города, это были бы просто военные и административные форпосты какой-нибудь центральной власти (или властей) или они были бы, как исламские города, просто большими деревнями, лишенными независимого характера, не имеющими самостоятельной, целостной общественной жизни, а может быть, они были бы еще чем-нибудь. Но вот городами в современном западном смысле они бы никогда не стали. Они были бы лишены осознанного корпоративного единства и способности к органичному развитию, черт, которые и придали западному городу его уникальный облик.

ПРОИСХОЖДЕНИЕ ГОРОДОВ ЗАПАДНОЙ ЕВРОПЫ

В первые десятилетия XIV в., до того как “черная смерть”, чума 1348-1350 гг. выкосила не менее трети, а возможно и более половины городского населения, в городах Западной Европы жило около 6 миллионов человек — из общего населения примерно в 60 миллионов. Хотя по этому периоду истории точные статистические данные получить невозможно, есть достаточно оснований для научной догадки о том, что в конце XII в. из общего населения в примерно 40 миллионов около 4 были городскими жителями. В начале XIV в., по мнению некоторых ученых, четыре города имели население свыше 100 тысяч — это Венеция, Флоренция, Палермо и Париж, а еще в пяти городах — Милане, Генуе, Барселоне, Кельне и Лондоне — жили примерно по 50 тысяч человек. Городов, имевших, по оценке специалистов, население от 20 до 40 тысяч каждый, было больше, и в их число входили Болонья, Падуя, Гент, Брюгге, Страсбург, Нюрнберг, Любек и Гамбург. Еще больше было городов с населением от 6 до 20 тысяч, таких как Йорк, Бристоль, Ипр, Антверпен, Аугсбург, Франкфурт, Цюрих, Базель и другие⁶. Некоторые же специалисты считают, что в Милане и Венеции жили по 200 тысяч человек, а в Генуе и Неаполе (как и в Париже, Палермо, Флоренции) примерно по 100 тысяч⁷. Еще один автор оценивает население Парижа в 100 тысяч в конце XII в. и в 240 тысяч в конце XII⁸. Ну, разумеется, было и множество городов с населением менее 6 тысяч человек, а во многих все население исчислялось сотнями жителей (см. карту 3).

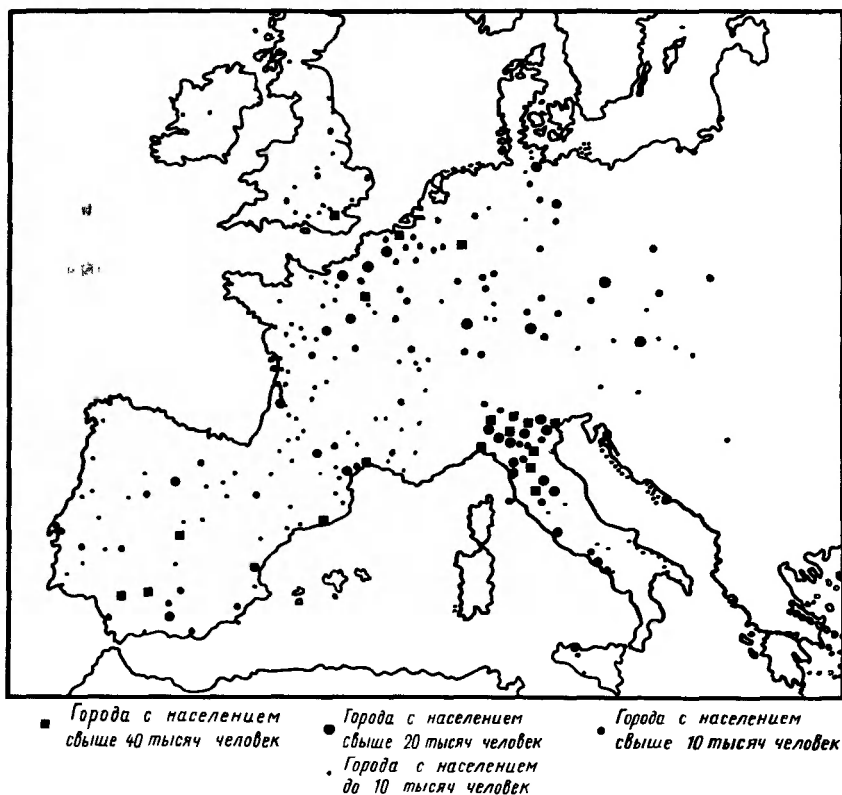
Эти большие и малые города, столь различные по размерам, возникали и развивались весьма разнообразными способами и по весьма разнородным причинам. Однако существовали определенные общие модели, делавшие все их городами, точно так же, как существуют определенные общие модели, делающие разные национальные государства XX в. национальными государствами.

Наилучший путь раскрыть эти общие модели — описать происхождение и раннее развитие городов разных видов в разных частях Европы, начиная с Франции и направляясь затем в Нормандию, Фландрию, германские герцогства, Англию и, наконец, в Италию.

Пикардия (Франция): Камбре, Бове, Лан

Камбре в Пикардии (на крайнем севере нынешней Франции), на месте которого раньше располагался римский город Камаракум, завоевывали мадьяры и норманны. К X в. он стал маленьким епископским городом, “civitas”, за стенами которого располагался огороженный частоколом торговый квартал (faubourg). К 1070 г. пригородные купцы разбогатели настолько, что потребовали огородить свой квартал каменной стеной.

В 1075 г., вскоре после того, как папа Григорий VII провозгласил политическое и правовое единство церкви и ее независимость от империи, население Камбре, возглавляемое одним священником-папистом и богатыми купцами, восстало против власти императора и его епископа и “присягнуло коммуне” [т.е.



Карта 3. Города Западной Европы около 1250 г.

коллективной присягой основало городскую общину. — *Примеч. перев.*] Это восстание быстро подавили. Однако еще через два года, когда новый епископ покинул свою епархию для принятия императорской инвеституры, второе восстание добилось успеха. Вновь возглавляемые григорианцем-священником и богатыми купцами, жители Камбре принесли присягу на верность городской коммуне и поклялись защищать ее от восстановления епископской власти. Однако в 1106 г. вмешался император, еще раз раздавив общину. И только по окончании борьбы за инвеституру (1122 г.) Камбре получил новую хартию вольностей, самый старый список которой датируется 1184 г.⁹

Другие епископские города Пикардии на севере Франции последовали примеру Камбре и в конце XI — начале XII в. восстали против императорской власти, провозглашая присяжные коммуны. Как и в Камбре, епископы, власть которых первоначально исходила от императора, часто (хотя и не всегда) выступали против коммун, а партия папы их часто поддерживала¹⁰. Так

обстояло дело не только в Северной Франции, но и в Нидерландах и в Северной Италии, где происходили городские бунты, подобные камбрийскому.

Бове, тоже в Пикардии, представляет особый интерес, потому что в XII в. он получил хартию, обеспечивавшую большие полномочия самоуправления и широкие привилегии граждан (буржуа). Присяжная коммуна была создана в Бове в последние годы XI столетия, после четырех десятилетий острого конфликта между буржуа и целым рядом епископов. В конце концов король Людовик VI (1108—1137) издал хартию, признавшую власть общины; в 1144 г. ее подтвердил Людовик VII, а в 1182 г. (с некоторыми дополнениями) Филипп-Август. Среди 17 статей хартии были такие:

— все люди в стенах города и в пригороде должны принести присягу коммуне;

— каждый должен помогать другому, как сочтет правильным;

— если любой человек, присягнувший коммуне, подвергается нарушению его прав и приносит жалобу пэрам коммуну (франц. “pairs” — “равные”, имеются в виду ведущие граждане города), они пусть примут меры против личности или собственности обидчика, разве что он возместит ущерб в соответствии с их решением; а если обидчик бежал, пэры коммуну пусть совместно получают удовлетворение за счет его собственности или личности или тех, к кому он бежал;

— так же, если купец придет в Бове на рынок и кто-нибудь в стенах города нарушит его права и пэрам поступит жалоба, они должны дать купцу удовлетворение;

— ни один человек, нарушивший права члена общины, не будет допущен в город до тех пор, пока он не даст возмещения согласно решению пэров; это правило может, по совету пэров, не применяться в отношении лиц, приведенных в город епископом Бове;

— ни один член коммуну не должен предоставлять кредит ее врагам и общаться с ними, кроме как с разрешения пэров;

— пэры коммуну пусть присягнут, что они будут судить справедливо, а все прочие пусть присягнут, что будут признавать и исполнять решения пэров¹¹.

Другие положения касались работы мельниц, взимания долгов (человек не мог быть взят заложником за долг), общественной защиты пища, равных мер тканей, ограничений разных феодальных трудовых повинностей, которые горожане все еще были должны нести в пользу епископа.

Хартия не определяла форму управления городской общины, а только устанавливала, что ее пэры должны выносить решения и гарантировать жизнь и собственность ее членов. На практике хартия ничего не добавляла к тому, что было установлено не менее одного-двух десятилетий назад, за исключением последнего положения, в котором говорилось, что “мы, [король], уступаем и подтверждаем правосудие и суждение, которое будут осуществлять пэры”. Короче говоря, хартия была признанием свершившегося факта: восстания буржуа города Бове в разгар Папской революции, формирования его присяжной коммуну, ограничения политической и экономической власти епископа, который прежде был не только главным духовным лицом, но и главным сеньором города, и принимал самое активное участие в местной и межсемеинной политике¹². Хотя сама хартия

была лаконична до крайности, она ясно подразумевала, что сеньориальные права в городе Бове будут отныне сурово ограничены.

Положение, что “все люди” должны принести присягу общине и подчиняться ее юрисдикции, не включало духовенства и дворян вне зависимости от того, жили они в стенах города или за ними. На практике новые городские сообщества Европы соперничали с духовными и феодальными властями. На заднем плане этого соперничества стояли центральные королевские и папские власти, помогавшие его упорядочить.

Бове был несколько необычен, хотя ни в коей мере не уникален, тем, что епископская и феодальная власть в нем были объединены в лице епископа. Феодальный суд епископа Бове, который посещали все дворяне (“свободные”), подчиненные ему как феодальному сеньору, сохранял значительную светскую уголовную и гражданскую юрисдикцию над городом. В целом, однако, эти и другие феодальные прерогативы епископа уменьшались на протяжении XII и XIII столетий отчасти потому, что французская корона оказывала городам существенную поддержку в их борьбе против феодального контроля. Церковная юрисдикция епископа была иное дело: здесь усилия городских властей уменьшить неприкосновенность духовенства в отношении городской юрисдикции в основном не имели успеха, в частности потому, что в этой борьбе на стороне церкви был обычно не только король, но и папа. Указ Филиппа-Августа в 1210 г. запретил магистратам французских городов арестовывать клириков, разве что те будут схвачены на месте преступления, но даже тогда их следовало передать в церковный суд, который один имел полномочия судить их по большинству дел. Наконец, самой королевской власти городская община должна была уступать “высокое правосудие”, то есть юрисдикцию в отношении преступлений, наказуемых смертной казнью, а также некоторый объем апелляционной юрисдикции в области “среднего” и “низкого” правосудия.

Несмотря на эти ограничения в пользу феодальной, епископской и королевской власти, в руках городской коммуны оставался значительный объем самостоятельной юрисдикции над ее членами и значительный объем самостоятельного и своеобразного городского права¹³.

Многие новые городские коммуны на севере и юге Франции, а также в других частях Европы называли себя “коммунами ради мира” (“*communia pro pace*”). Среди них был Лан, расположенный недалеко от Камбре и Бове. Именно там в 1128 г. Людовик VI провозгласил *Institutio Pacis*, признав этот город “прибежищем мира и безопасности для всех, равно свободных и несвободных”¹⁴. И здесь также непосредственным политическим вопросом был конфликт между епископом и гражданами. Отчасти это был конфликт внутри церкви по поводу природы епископской власти и притязаний соперников — короля и папы — на верность епископа, отчасти же — конфликт между феодальными и городскими экономическими и социальными интересами и ценностями. Подавление образовавшейся до этого коммуны повлекло за собой длительный период беспорядков. В 1112 г. даже был убит епископ. Указ “*Institutio Pacis*” был попыткой компромисса в духе Вормского конкордата (1122 г.), который установил окончательный компромисс в борьбе за инвеституру. Была признана высшая феодальная юрисдикция епископа Лана, и он продолжал назначать местных судей (*echevins*), но мэр и “присяжные” (*jurati, jures*, то есть “приносящие присягу”), соответствующие пэрам Бове

и других городов, тоже имели юрисдикцию по соблюдению обычаев города и должны были обеспечивать правосудие, когда епископского было недостаточно. Сервы, переселившиеся в город из других мест, получали свободу, а сервы местных помещиков освобождались от многих повинностей; были отменены менмортабль и формарьяж, а талья сведена к фиксированному платежу и ограничена определенным кругом лиц.

В Пикардии, как и в других областях Европы, время работало на городское самоуправление. Там, где, как в Лане, епископ сохранил право назначения на должности, его назначенцы становились муниципальными чиновниками магистрата и к концу XII столетия, как правило, избирались гражданами. Везде магистрат состоял из небольшой группы людей, выдвинутых ведущими гражданами и избираемых всеми жителями.

Франция: Лорри, Монтобан

Весьма широким вольностям, дарованным Людовиком VI епископским городам Пикардии, можно противопоставить “элементарные свободы” (выражение Карла Стивенсона), данные тем же монархом десяткам городов, расположенных в королевском домене вокруг Парижа и прилегающих районах. Один такой небольшой город возле Орлеана, Лорри, получил от Людовика VI знаменитую грамоту, послужившую моделью для многих таких городов. Эта грамота установила максимальный размер ренты за землю и дом, отменила талью и многие другие подати, уменьшила военные повинности до однодневной службы в ближайших окрестностях, упразднила “*coarvees*” (с одним только исключением, что люди, имевшие лошадей и повозки, должны были раз в год доставлять в Орлеан королевское вино), ограничила штрафы, наказания, пошлины, сборы и другие платежи. Эта грамота установила, что любой человек, мирно проживший в городе год и один день, получает свободу и не может быть затребован своим прежним хозяином. Граждане могли продать свое имущество и отправиться куда угодно. Граждан нельзя было судить вне города, а для судебного разбирательства в городе были установлены различные нормы процедуры. Обязательного предоставления кредита отныне не существовало, только королю и королеве давалось две недели, чтобы заплатить за пищу.

К.Стивенсон замечает: “Лорри был очень маленький городок, и свободы там были явно второсортные. У него не было самоуправления, вся политическая власть оставалась за королем и его министрами. Однако же положение его жителей было несомненно привилегированным... житель Лорри... был экономически и юридически свободен. Он был вне досягаемости произвола доменальной эксплуатации. Его права держания и статус были типично буржуазными... Обычным объектом держания было не поле, а участок для строительства. Привилегии жителей были по существу такие же, какие требовали для себя купцы в качестве минимума для поселения в том или ином месте. Именно по этой причине обычаи Лорри пользовались столь замечательной популярностью в последующие века”¹⁵.

Если свободы Лорри были более “элементарными”, чем Бове, это было обусловлено, несомненно, тем, что Лорри находился в королевском домене, а

Бове — в домене вассала короля. Не только короли, но и герцоги, графы и другие правители областей имели сильные побудительные мотивы к тому, чтобы способствовать появлению городов на своих землях; города привлекали мастеровых, ремесленников и купцов, а с них можно было получать денежные ренты. Однако в то же время правитель территории неохотно отказывался от политической власти над городами. Хороший пример — хартия вольностей, дарованная в 1144 г. городу Монтобану на юге Франции графом Альфонсом Тулузским. Граф предложил для нового поселения участок своей собственной земли, примыкающей к более старому городу Монториолю, в котором царил постоянная вражда между горожанами и главой аббатства, вдоль стен которого был построен этот город. Желая переманить жителей из Монториоля, граф не только даровал свободы, но и согласился советоваться по ряду вопросов с «горожанами из лучших». Вероятно, именно с помощью таких горожан и был организован и финансировался город. К концу столетия Монтобан управлялся собственными выборными должностными лицами¹⁶.

Нормандия: Верней

В XI—XII вв. города Нормандии не очень отличались от городов Франции в отношении свобод, управления и законов. Классический пример нормандской городской хартии — хартия, дарованная Вернею Генрихом I, герцогом Нормандии и королем Англии с 1100 по 1135 г. Хартия устанавливала, что каждый горожанин (буржуа) должен получить три акра земли и сада, за которые он должен платить ежегодно 12 денье, независимо от количества построенных им домов. Он должен был также заплатить единовременную сумму в 7 денье за право стать гражданином и потом ежегодно платить 4 денье на содержание стражи. Это были небольшие деньги. Горожанин не был обязан нести военную службу, если только войско не возглавит лично король. За исключением службы лично королю, он не был обязан нести службу по королевским делам. Его нельзя было обязать предоставить кредит, даже самому королю. Он освобождался от всех таможенных сборов на импорт на три года, а на импорт некоторых товаров, таких как пища, одежда и предметы для личного потребления, навсегда. Король мог облагать налогом продажи на местном рынке, включая продажи скота, вина, соли, зерна, рыбы, кожи и тканей. Помол зерна, выпечка хлеба, пивоварение и винокурение были открыты для граждан после уплаты определенных сумм. Правосудие оставалось в руках прево, но разбирательства происходили в городе, за исключением тех случаев, когда жалобы подавались лично королю. Говоря словами Стивенсона, «подробные статьи ограничивают штрафы и наказания, которые могут быть наложены в определенных случаях, предписывают методы сбора долгов, ограничивают применение поединка и устанавливают правила разрешения еще дюжины юридических вопросов, важных для городского населения»¹⁷.

Со временем вольности Вернея были распространены и на другие города Нормандии.

Фландрия: Сент-Омер, Брюгге, Гент

К середине XII столетия Фландрия стала передовым промышленным районом Европы, прежде всего благодаря своей текстильной промышленности, а Брюгге и Гент были самыми цветущими торговыми городами к северу от Генуи и Милана. Хотя граф Фландрии был вассалом французского короля, он правил Фландрией совершенно независимо от последнего на протяжении всего XI, XII и XIII столетий. В то же время города Фландрии, хотя они были в политическом подчинении у могущественного правителя, достигли значительной независимости — даже большей, чем французские города. Некоторые фламандские города начинали развиваться как революционные коммуны, но большинство из них, по-видимому, достигло коммунального статуса мирным путем при поощрении графа, который щедрой рукой даровал хартии, но не забывал и обеспечить в них свои права.

Хартия Сент-Омера, дарованная графом Вильгельмом Клито в 1127 г., послужила образцом для более поздних хартий, пожалованных другим фламандским городам. Она констатировала, что Вильгельм по просьбе граждан (бургеров) подтверждает законы и обычаи Сент-Омера и независимость коммуны, которой они присягнули. Всем гражданам гарантировались мир и правосудие согласно справедливым решениям их “echevins”, которые “будут пользоваться всей той свободой, которой пользуются echevins на всей земле Фландрии”. “Echevins” должны были разбирать споры, возникавшие в собственном городе (“fogum”), однако графский прево и духовенство тоже сохраняли юрисдикцию над определенными спорами¹⁸. Хартия подтверждала древние права граждан на пастбища и старинное право освобождения от военной службы, за исключением службы для защиты графства Фландрии. Граждане освобождались также от разных феодальных налогов и повинностей: chevage, avougeries, несправедливых поборов со стороны замкового гарнизона, тальи¹⁹. Кроме того, хартия признавала купеческую гильдию города. Членам гильдии объявлялось освобождение от разных пошлин, и граф обещал по возможности обеспечить им аналогичные свободы в Нормандии, Англии и Булони. Наконец, граф Вильгельм отдал жителям города на благо купеческой гильдии свой монетный двор в Сент-Омере, приносящий 30 ливров годового дохода. Это значило, что Сент-Омер отныне должен чеканить монету, город получал бы прибыль, а налоги графу не надо было бы уплачивать монетой со стороны²⁰.

Хартия Сент-Омера не ставила целью дать горожанам формальную независимость от правителя области. Граф сохранил юрисдикцию над городом, а “echevins” избирались им из числа граждан и служили его судьями. На практике, однако, “echevins” сначала назначались пожизненно, что давало им определенную независимость, а потом, когда их начали избирать ежегодно, это стали делать граждане по определенной системе.

Брюгге и Гент, как и Сент-Омер, имели присяжные городские общины, совет “echevins” и купеческую гильдию²¹. Эти города были гораздо больше Сент-Омера, входя в число первых 15—20 важнейших городов Европы. Граф Филипп (1169—1191) даровал хартии, именуемые “keure”, Брюгге и другим городам Фландрии, создав правовую основу для ограниченного самоуправления и прав и свобод граждан.

Германия: Кельн, Фрайбург, Любек, Магдебург

Процветающий римский город Кельн (*Colonia*) в нижнем течении Рейна стремительно пришел в упадок после завоевания его франками в V в. Какая-то торговая и промышленная активность сохранились, а присутствие епископской кафедры и собора обеспечило элемент преемственности. Тем не менее Кельн перестал быть городом в римском смысле, но еще не стал городом в новом европейском смысле. Речная гавань заросла и превратилась в болото, производство стеклянных изделий переместилось в сельскую местность, количество населения упало до уровня большой деревни, городское управление, находившееся в основном в руках архиепископа, было включено в управление прилегающей областью — Лотарингией²².

В 953 г. император Оттон III назначил своего младшего брата Бруно графом Лотарингским и архиепископом Кельнским. Бруно включил торговый пригород, *wik*, в черту городских укреплений. Он и его преемники в конце X — начале XI столетия учредили рынки, пошлины и монетный двор. К 1074 г. купцы и ремесленники набрали достаточно сил, чтобы восстать против архиепископа, которому тем не менее, удалось призвать войска извне и подавить мятеж. Однако другое восстание в 1106 г. закончилось установлением независимого городского правления и системы городских прав, которые в XII в. часто называли “*jus coloniensis*” (“кельнское право”), а иногда — “*jus civilis*” (“право города”).

Архиепископ Кельнский остался важной фигурой в жизни города, он продолжал править всей Лотарингией и обычно также Вестфалией. Тем не менее его политическая и правительственная власть в пределах города была сильно ограничена в XII в., когда ее дополнили и отчасти заменили системой управления посредством должностных лиц различных патрицианских органов.

Кельн был уникален тем, что он был организован в самоуправляющиеся светские приходские общины (*Sondergemeinden*), иногда именуемые коммунами, числом двенадцать, в каждой из которых обычно имелись два магистрата, избираемые (видимо, ежегодно) членами приходской общины. Бывшие, нынешние и предложенные в кандидаты магистраты составляли братство, или гильдию (*Amtleutegenossenschaft* — “товарищество должностных лиц”), игравшее важную роль в городских делах. Членом приходской общины можно было стать, приобретя в приходе наследуемую собственность, зарегистрировав ее и уплатив взнос. Член общины обязан был помогать коллеге и защищать его от любых возможных обвинений. Жалобы и аргументы по поводу собственности в приходе рассматривались в гражданском суде прихода, с правом апелляции к полному собранию гильдии магистратов прихода. Мелкие преступления и проступки против приходской общины рассматривались в уголовном суде, где обвинителем выступал комитет гильдии приходских магистратов, избранный для расследования преступлений или проступков. Если член прихода отказывался отвечать на обвинения против него в приходском суде, его изгоняли из общины. Всякий, кто пытался нарушить правила общины, обрекался после смерти на вечные муки в компании дьявола и его падших ангелов.

Среди важнейших функций прихода была регистрация передачи прав на землю и земельных залогов. Одна ранняя запись в приходском реестре

описывает процедуру, на основании которой Генрих Лонг купил дом у некоего Готфрида. Акт купли-продажи был совершен “перед гражданами и приходскими магистратами и перед судьями и приходскими священниками”. Затем Генрих уплатил гражданам и судьям обычный гонорар за свидетельство сделки и ее регистрацию. Всякого, кто сомневался в факте регистрации, специально приглашали заглянуть в реестр (Schrein) судей, где он мог обнаружить истину. Наконец, Генрих прибыл в городскую ратушу и вручил сыну и наследнику Готфрида в присутствии городских заседателей (scabini, Schoeffen) три марки, таким образом обезопасив себя и своих наследников от всяких притязаний со стороны наследников продавца.

В задачу городских заседателей, однако, входило не только свидетельство сделок и ведение их реестра. В основном заседатели выступали в качестве непрофессиональных судей либо в высоком суде (Hochgericht) вместе с председательствующим профессиональным судьей, либо в мелких делах по отдельности. В высоком суде они разбирали дела в качестве суда первой инстанции, а также апелляции по гражданским и уголовным делам, рассмотренным в судах приходских магистратов. Они объявляли закон и выносили решение, которое профессиональный судья исполнял. Дословно они “находили” решения: считалось, что они представляют аккумулированное знание обычного права. Когда один заседатель единолично разбирал дело, он представлял решение другим заседателям для получения их согласия.

Постоянно активно функционировали примерно 25 заседателей. Однако бывшие заседатели и выдвинутые кандидатами на эту должность тоже входили в число “братьев” (fratres scabinorum), составлявших, подобно приходским магистратам, гильдию. Хотя они приносили присягу на верность архиепископу, они также были связаны присягой объявлять закон и находить решение беспристрастно и истинно. Протоколы их дел включают решения, вынесенные не в пользу архиепископа, а также и решения, противоречащие интересам купцов Кельна. Так, в ряде дел XII в., в которых архиепископ, действуя через своего казначея, претендовал на то, чтобы разные члены различных приходских общин считались домохозяевами архиепископа (familia) и как таковые подлежали обложению определенными налогами, собираемыми казначеем, — заседатели вынесли решение против казначея. А в 1103 г., согласно самому раннему дошедшему до нас документу, где упоминаются заседатели, по иску, в котором купцы Льежа и Юэ требовали от купцов Кельна соблюдать привилегии, дарованные прежним архиепископом Кельнским, заседатели решили дело в пользу иностранных купцов.

Кроме судебных функций заседатели осуществляли многие полномочия городского совета, и как таковых их часто называли не только “scabini” (“заседатели”), но и “senatores” (“старейшины”). Кельнские хроники XII в. свидетельствуют о том, как scabini или senatores планировали и утверждали расширение городских стен, приносили городские земли в дар на благотворительные цели, управляли городской собственностью, например мясными и рыбными прилавками, принадлежащими городу, а не гильдии, и даже в трех случаях заключали договоры с другими городами, представляя различные права их купцам, — и все это без утверждения архиепископа.

Помимо приходских магистратов и scabini или senatores Кельном управляла еще третья гильдия, “Richerzeche”, что буквально означало “таверна

богатых". Двое из ее членов ежегодно избирались на должность бургомистров (Burgermeister), один из которых должен был носить звание scabinus. Сама же Richerzeche состояла из бывших, нынешних и выдвинутых на должность бургомистров. Главной задачей ее был надзор за ремесленными цехами и рынками, а также за условиями торговли (включая цены) сельскохозяйственными продуктами, вином и пивом. Richerzerche (или Burgermeister) вершила свой суд на трех главных торговых площадях города для надзора за соблюдением своих предписаний. Richerzeche рассматривала также апелляции на решения гражданских судов приходских магистратов.

Муниципальное управление Кельна в XII в. было полностью патрицианским. Единственный, кто ограничивал всемогущих аристократов, был архиепископ, который назначал двух главных должностных лиц: один из них, именуемый бургграфом (Burggraf — городской граф), председательствовал над заседателями в слушаниях высокого суда и, кроме того, являлся военным главой города и надзирал за улицами и площадями общего пользования; второй, именуемый штатдвогтом (Stadtvogt — городской префект), председательствовал на некоторых общих сессиях высокого суда. На практике власть этих двух должностных лиц и самого архиепископа оказалась в подчинении у власти гильдий заседателей, бургомистров и приходских магистратов. Власть архиепископа постепенно ожила в течение XIII столетия, но к тому времени право Кельна полностью оформилось и во многих отношениях, хотя и не во всех, перекрывало структуру политической власти.

Ученые давно спорят о происхождении муниципального управления в Кельне: что было его главным источником — движение за мир, революционная коммуна, территориальное сообщество или купеческая гильдия? Им может быть любое из этих явлений или их сочетание, но следует ответить на более крупный вопрос: каково отношение муниципального управления и муниципального права Кельна к великому преобразованию Европы, происходившему в то самое время, когда Кельн обретал свое политическое и правовое лицо? Отделение города от епархии архиепископа и от герцогства, окружавших его, создание собственных светских городских учреждений, и прежде всего создание собственной политической и правовой истории, то есть исторического сознания или сознания органичного развития и роста, — все это стало возможным потому, что сама церковь провозгласила дуализм церковных и светских властей и поддерживала плюрализм последних, и в силу того факта, что идея постепенного исправления мира посредством права стала ведущим понятием, руководящим мотивом и в церковной и в светской сфере. Эти революционные перемены в умах и сердцах людей были существенной частью революционных перемен в политической, экономической и социальной жизни, которые происходили всюду в Европе в конце XI и в XII столетии. Важным выражением этих перемен было основание самоуправляющихся городов и создание нового типа права — городского права — и в Кельне, и в других городах.

Кельн был исключением из обычного способа создания городов в германских княжествах, который состоял в том, что император или князь издавал хартию. Иногда такие хартии давал император для успокоения бунтующих городов. Так, жители Вормса в 1073 г. создали "conjuratio" против своего епископа и получили вольности от императора Генриха IV. Майнц поступил

так же в 1077 г. Другие хартии исходили от князей. Один из самых ранних примеров — хартия, дарованная Фрайбургу в 1120 г. герцогом Конрадом Церингенским, который создал так называемый форум (город) на пустыре, прилегавшем к одному из его замков. Форум первоначально населяли купцы, приглашенные из соседних районов. Название Фрайбург (“свободный город”) говорит само за себя. Свобода жителей заключалась в том, что они были исключены из обычного права сельской местности и подчинялись особому праву торговых сообществ. По хартии каждому жителю (бюргеру) полагался участок земли площадью 50 на 100 футов, за который он должен был платить всего один шиллинг годовой ренты, герцог гарантировал всем поселенцам мир и защиту; жители получали право наследования своей земли с привилегией свободной продажи и завещания; они освобождались от всех принудительных расходов на содержание герцога, всех дорожных пошлин на территории герцогства, всякой тальи или поборов, кроме как на законный военный поход; они свободно пользовались пастбищем, лесом и рекой; они подчинялись только торговому праву, в частности такому, какое применялось к купцам Кельна; герцог не мог назначать главного магистрата или священника без предварительного избрания его гражданами. Купцы и герцогские должностные лица поклялись хранить и защищать это поселение, а герцог принял такое же обязательство торжественным рукопожатием. Вскоре группа “conjuratores fori” (“выборных”) была придана главному магистрату городского управления, в XIII в. члены ее стали называться консулами²³.

Пример Фрайбурга, подобно примеру Сент-Омера, по-видимому, говорит в пользу тезиса Пиренна, разделяемого Стивенсоном, что купцы играли ведущую роль в формировании городов. Однако даже в этих городах, а также в других, складывавшихся подобным образом, купцам пришлось вскоре поделиться властью с другими сословиями или элитарными группами — цехами ремесленников, аристократией, включая епископов, а часто — с князьями, королями и императорами.

Любек, порт на Балтике, был основан в 1143 г. графом Адольфом Гольштейнским, который позвал жителей Вестфалии, Фландрии и Фризии поселиться там. В 1158 г. город перешел к Генриху Льву, герцогу Саксонскому из рода Вельфов, который учредил монетный двор и пошлины и дал горожанам особые привилегии, включая форму управления, заимствованную у города Зеста (Генрих основал также Мюнхен и Брауншвейг). В 1181 г. император Фридрих Барбаросса захватил Любек и позже даровал ему хартию вольностей, в которую были включены определенные права самоуправления и освобождение купцов от всех дорожных пошлин на территории герцогства Саксонского. К середине XIV в. Любек стал богатейшим городом севера²⁴.

Быть может, самая впечатляющая иллюстрация рождения и роста системы городского права в рамках западной традиции права — это процесс, благодаря которому законы более чем дюжины ведущих немецких городов были официально приняты в сотнях новых городов, основанных между XII и XIV вв. Например, законы Любека были приняты в 43 городах, Франкфурта — в 49, Гамбурга — в 4, Фрайбурга — в 19, Мюнхена — в 13, Бремена — в 2, Брауншвейга — в 3. Самым важным явлением было, однако, распространение законов Магдебурга, города на Эльбе, на более чем восемь десятков новых городов²⁵. Магдебургское право стало главным фундаментом писаного права в Центральной и Восточной Европе.

Однако каждый из городов внутри определенного “правового круга” (Rechtskreis) воспринимал не исходное магдебургское право, или любекское, или франкфуртское; скорее, это были законы “материнского города” в том виде, в каком они существовали на время рецепции. В типичном случае феодалный сеньор нового “дочернего города” даровал ему, скажем, магдебургское право, а уж после этого городские власти посылали в Магдебург, где главные судебные чиновники, городские заседатели или шеффены готовили новое издание действующих магдебургских законов или требуемых фрагментов из них, скажем о городском управлении, отправлении правосудия, гильдиях, гражданском и уголовном праве. Некоторые города по несколько раз посылали за обновленными законами. Суды “дочернего города” часто отсылали конкретные дела на рассмотрение заседателей “материнского города” и получали оттуда формулировки норм, применимых к этим фактическим ситуациям. Таким образом, видно, как в законах и решениях более молодых городов отражается органичный рост оригинального магдебургского, любекского или иного “материнского” права (Mutterrecht)²⁶.

Многие века Магдебург был центром торговли со славянами. В 968 г. он стал центром епархии архиепископа. Позже он служил важной военной базой для походов на славян. Однако только к началу 1100-х гг. Магдебург создал на основе преемственности собственные управленческие и правовые учреждения и выработал собственное гражданское сознание. В 1129 г. жители города с оружием в руках восстали против архиепископа, но тому удалось подавить бунт. В том же году в одном из магдебургских документов впервые встречается выражение “maiores civitates” (“ведущие граждане”). В 1160 г. появляются упоминания “заседателей и судей города Магдебурга”. В это время велика была роль гильдий и цехов, в 1183 г. их статус был подтвержден. В том же году впервые появляется упоминание о суде заседателей. Наконец, в 1188 г. архиепископ Вихманн перестроил городское управление, сохранив наследственные должности бургграфа и его заместителя (Schultheiss), но учредил в дополнение совет из 12 человек, в который входили 11 пожизненных членов-заседателей и заместитель бургграфа. Архиепископ, правивший всей епархией, сохранил контроль над городом, хотя последний получил автономию в отправлении правосудия, налогообложении и подобных вопросах. “Коллегия” заседателей заполняла вакансии в своем составе представителями ведущих семейств.

В связи с реформой 1188 г. архиепископ Вихманн издал первое писаное законодательство Магдебурга. Это был документ из 9 статей. Эти статьи не претендовали на полное изложение магдебургского права, скорее это были решения некоторых важных спорных вопросов, основанные, вероятно, на предшествующих судебных решениях. Например, в ряде дел были отменены традиционные процедурные детали при принесении присяги. Была упразднена ответственность отца за убийство или увечье, совершенное его сыном, если отец мог доказать свидетельством шести достойных людей, что он не был при совершении преступления, а если был, то не участвовал. Та же норма была распространена на других лиц помимо отца. Одно из положений трактовало вопрос о сроке, в течение которого можно было подать жалобу в случае изгнания с земли, телесного повреждения или убийства в пределах или за пределами города. Другая статья позволяла лицу, отсутствовавшему в палом-

ничестве или по неотложному делу, отсрочку при подаче иска в суд бургграфа или его заместителя. Статья 7 устанавливала, что в споре между гражданином и чужеземцем правосудие следует осуществить безотлагательно, и дело должно быть решено в день его возбуждения. Статья 8 предоставляла суду заседателей общую юрисдикцию по всем типам дел в отношении как граждан, так и чужестранцев, с оговоркой, что если заседатели отсутствуют, правосудие должен осуществить бургграф или его заместитель. Наконец, “чтобы не пострадал городской закон”, ст. 9 предусматривала, что всякий, нарушивший ход собрания граждан выкриками, неуместной или глупой речью, должен быть “строго наказан гражданами, чтобы другим было неповадно”²⁷.

Эти девять статей 1188 г. и были, насколько известно, первым писанным собранием норм магдебургского права. Они предполагали существование некоторой большой совокупности неписанных норм. И действительно, магдебургское обычное право было формально принято некоторыми городами уже в середине 1100-х гг. Рост магдебургского права в последующие полтора столетия можно проследить путем анализа ряда норм, посланных магдебургскими заседателями в Бреслау в 1261 г. и в Герлиц в 1304 г.

Бреслауское право состояло из 64 статей, а Герлицкое — из 140. В герлицком праве некоторые вопросы, такие как продажа товаров, собственность, наследование трактовались гораздо подробнее, чем в бреслауском. Более подробными были и статьи по уголовному праву и доказательству. Больше того, магдебургские шеффены не просто послали 64 бреслауские статьи в Герлиц в их первоначальной форме, добавив или вставив прочие статьи, нет, они сознательно усовершенствовали и изменили более ранний сборник. Несколько статей более раннего права иногда объединялись в одну, более широкую. Некоторым статьям, расположенным неудачно, было найдено новое место. Так, ст. 8 герлицкого права начинается со ст. 11 права Бреслау, где говорится о наказании лица, схваченного после того, как жертва телесного повреждения подняла крик. Но затем ст. 8 идет дальше, устанавливая, что наказание может быть более суровым, если ранение совершено ножом и виновный схвачен на месте²⁸. Это пример расширения первоначальной статьи в свете нового опыта.

Большинство из 140 статей герлицкого права 1304 г. было заимствовано либо из бреслауского права (с дополнениями), либо из Саксонского зеркала (*Sachsenspiegel*) — совокупности правовых норм, составленной около 1221 г. неким саксонским юристом. Этот сборник стал важной частью того, что в широком смысле можно назвать общим правом Германии. 10 из первоначальных 64 статей бреслауского права тоже заимствованы из Саксонского зеркала. 25 статей герлицкого права были совершенно новыми: шесть из них были вставлены в текст, а 19 добавлены в конце.

64 статьи первоначальных статей бреслауских законов 1261 г. также были дополнены 24 статьями, полученными из Магдебурга в 1283 г. и еще 23 статьями, полученными в 1295 г. По большей части эти дополнительные положения являются разъяснениями более ранних положений.

Таким образом, право, распространившееся из Магдебурга в Бреслау и Герлиц, а также еще в примерно 80 городов Бранденбурга, Силезии, Богемии, Польши и других областей Центральной и Восточной Европы, претерпело сознательную эволюцию, органичное развитие и рост. Его главным

формальным источником были “речения” (Spruche) магдебургских заседателей (Schoeffen), то есть их решения по делам, представленным на их рассмотрение. Однако же эти Schoeffenschpruche не были изолированными решениями ad hoc, они являлись составной частью обычного права, которое хранили в памяти, записывали и потом собирали в кодексы и передавали по наследству.

Осознанный рост права был тесно связан с его систематическим, или целостным, характером. Бреслауское право было в конце концов издано в середине XIV в. в качестве систематизированного свода права в пяти книгах, содержащих 465 статей²⁹. Первая книга трактовала главным образом вопросы выборов и введения в должность городских советников, их прав и обязанностей, публичности и законной силы их действий. Вторая книга была посвящена вопросам судебной организации и процедуры, включая и те, которые касались заседателей и других судей, выбора заседателей и других судей, их вознаграждения, времени и места их заседаний, юрисдикции различных судов (особенно по уголовным и наследственным делам), требований по судебным взысканиям, наложения ареста на имущество, актов распоряжения имуществом, третейского суда, поединков, представительства одного лица в суде другим и иных процедурных деталей. Третья книга была посвящена типам судебных жалоб: по делам о телесных повреждениях и убийствах, по которым одновременно выдвигались и гражданские иски о возмещении ущерба, о других правонарушениях, включая растрату, клятвopепрyстyпление, ростовщичество, обман, фальшивомонетничество, о долгах, включая ответственность наследников за долги покойного, об оплате повинностей и различным другим типам исков. Определялись различные виды доказательств, необходимые для обоснования различных исков. Регулировались также денежные обязательства, включая залог, ипотеку и клятвенное заверение, средства возмещения ущерба, включая взыскание долга путем описи имущества, ареста бежавшего должника и, наконец, изгнания. Четвертая книга содержала семейное право, включая значительное количество статей о правах членов семьи на наследуемое ею имущество (Erbgut). Первая часть четвертой книги касалась вопросов приданого, женитьбы и договоров наследования, прав главы дома, жены и детей по распоряжению различными видами семейной собственности. Вторая часть книги включала право наследования и опеки. Пятая книга, состоявшая из 23 статей, по-видимому, была незаконченным собранием важных неоднородных норм права и решений, не подходивших под рубрики первых четырех книг.

“Систематизированное право заседателей Бреслау-Магдебурга”, как стали называть это собрание в середине XIV в., было не только более подробным, но и гораздо более полным и систематизированным, чем герлицкое право 1304 г., которое, в свою очередь, было гораздо более подробным, полным и систематизированным, чем первое бреслауское право 1261 г. Все три типа собраний права были выведены из постоянно развивающейся системы права самого Магдебурга. Кстати, варианты магдебургского права, принятые в Бреслау и Герлице, подобно дочерним законам других материнских городов, передавались в другие новые города, которые, таким образом, становились “внучатыми” городами Магдебурга. Действительно, право Бреслау стало материнским правом всего королевства Богемии.

Магдебургское право проводило коренное различие между правом в широком смысле, “Recht”, которое понималось как общие рамки закона (англ. “right”), и правом в более конкретном смысле правового предписания или обычая, которое называлось “Willekor” (от нем. “воля” и “выбирать”). Право Recht содержало общие принципы или права, данные самой природой социальной жизни и в конечном счете божественным провидением, оно было смесью обычного и естественного права. Право Willekor было либо законодательным актом, либо указом местных властей и принятым ими местным обычаем, иногда его называли “buurkor” — “гражданский закон”, что буквально означало “выбор города” или “выбор граждан”. Право Бреслау и в 1261 г., и сто лет спустя начиналось одним и тем же положением: “согласно Willekor” право Магдебурга применимо в Бреслау. В другом разделе более позднего издания (в предыдущем его не было) признавалась возможность конфликта между Recht и buurkor. Этот раздел устанавливал, что городской совет (Rat) имеет право решать вопросы, поднятые любым лицом, которому члены совета предоставили право выступать в городском собрании, и это положение, говорилось в разделе, заседатели (Магдебурга) “провозгласили как гражданский закон (buurkor), а не как вопрос права (Recht)”.

Однако это было то самое право Recht, которое давало советникам многие из их полномочий по созданию положительного права. Например, из права Recht выводились полномочия советников устанавливать меры и веса, регулировать продажу продовольствия и других товаров, устанавливать цены и определять наказания лицам, нарушившим их предписания. Современное немецкое слово для обозначения конкретного статута — “Gesetz” — не встречается в магдебургском праве, но для обозначения деятельности городских властей по установлению предписаний употреблялось причастие gesetzt (установленный). Например, городскому совету было дано полномочие наказывать за продажу товаров по ценам выше установленных (gesetzt) указом (Willekor) городских властей.

Важное значение имел также акцент городского права Магдебурга (и это нашло выражение в его вариантах Бреслауского права) на право собственности и торговое право. Было установлено, что человек может заложить в обеспечение долга свою лавку, мясной магазин или другое торговое помещение. Владелец такого помещения считался “владельцем наследуемой собственности или имущим человеком”. Он мог его продать или передать по завещанию. Кроме того, купцы, а также паломники не могли подвергаться исковым преследованиям во время их отсутствия в городе. Особый интерес представляют положения, касающиеся ответственности наследника по долгам покойного: она была объявлена противоречащей праву, изложенному Грацианом. Таким образом, магдебургское право отличалось и от феодального, и от канонического права.

Англия: Лондон, Ипсвич

В англосаксонской Англии, как и в других частях Западной Европы, возникновение нового города было феноменом конца XI — начала XII столетия. Вплоть до этого времени англосаксонский город, borough, по словам Стивенсона,

“не был общиной привилегированных граждан. Его жители не пользовались едиными привилегиями граждан самоуправляемого города, они владели собственностью не на основе аренды недвижимости, принадлежащей феодалу, у них не было самоуправления. Типичный городок или местечко 1066 г. оставался по сути тем же самым, чем он был и сто лет назад — военным и административным центром. Люди, жившие в его стенах, были по преимуществу члены аграрной аристократии и их чада и домочадцы. А если исключить то обстоятельство, что город мог оказаться административным центром более крупного района, его судебная организация была такая же, как у сельской сотни”³⁰.

Однако в последней трети XI в., после норманнского завоевания, население английских городов значительно выросло, а их облик начал меняться. Как и в других областях Европы, торговые кварталы (рынки) часто поглощали соседние укрепления. Возросшее сельское население в больших количествах мигрировало в города. Тот выдающийся обзор английской экономики, который заслужил название “Книга Страшного суда”, составленный в 1086 г., описывает 46 городов (borough). Из них один только Йорк имел 10 тысяч жителей (по какой-то загадочной причине Лондон и Винчестер не упомянуты), Норидж и Линкольн — свыше 5 тысяч, а Оксфорд, Тетфорд и Ипсвич — около 4 тысяч человек. Еще 21 город имел население от 1 до 3 тысяч человек, а в 16 городах было менее 1 тысячи жителей; причем среди последних были и такие, которые насчитывали всего несколько сотен, а то и десятков человек. В начале 1100-х гг. число и размеры городов заметно выросли, и к концу XII в. уже сотни городов имели значительное население³¹. Что еще важнее, почти все они имели хартии вольностей, самостоятельную форму управления и собственные правовые системы. По словам Стивенсона, “со времен Генриха I [1100—1135] город-borough превращается в город-town... Аренда городской земли у феодала была больше, чем держание [то есть больше, чем право отчуждать или отказать городскую землю по завещанию]. Это было гражданское и правовое состояние, способ жизни, зависимый от членства в общине”³². На протяжении XII столетия военные и фискальные borough англосаксонских времен — по сути королевские укрепления, почти не отделенные политически от сельской местности — стали “свободными” ассоциациями со своим правом, своим управлением, своим общественным сознанием.

История Лондона иллюстрирует эту перемену. Хотя римские легионы занимали город с I по V в., после англосаксонских набегов в городе мало что сохранилось от римлян, разве что остатки дорог и строений, да большой каменной стены. С введением в VII в. христианства в Лондоне поселился епископ, что дало ему право официально называться “city” (“civitas”). Беда Достопочтенный, умерший в 735 г., описывает Лондон как место встречи многих людей, прибывающих сушей и морем. Вновь Лондон упоминается в англосаксонских источниках более ста лет спустя в связи с войнами короля Альфреда против датчан. Археологические раскопки свидетельствуют, что в X—XI вв. Лондон был одним из крупнейших городов Европы, уступая только Венеции, с населением свыше 10 тысяч человек. Во время норманнского завоевания в городе чеканили монету более 20 дворов одновременно. Народные собрания, фолькмоты, которые полагалось посещать всем гражданам, собирались трижды в году. Английские купцы торговали с иностранными. Несмотря на все это, Лондон не имел хартии и очень немного “вольностей” (как их

понимали в XII в.). Как и прочие англосаксонские города, это был военный и административный центр с развитой торговлей, но он не был самоуправляющейся “общиной привилегированных граждан”.

Почти сразу после завоевания Англии Вильгельм даровал Лондону хартию. В течение жизни следующих двух поколений права лондонских граждан и Лондона как города поразительно расширились. В начале XII столетия два правящих шерифа (“reeves”), ранее назначаемые королем, уже избирались из числа граждан, и это право было навечно закреплено за городом хартией Генриха I от 1129 г. В это время Лондон именовался “коммуной” и возглавлялся мэром. Король согласился снизить ежегодный налог с города (так называемый “ferm”, “farm”) с пяти до трех сотен фунтов. Город оустраивал свою юрисдикцию через фолькмот и меньший суд, называвшийся “husting”. Двадцать четыре олдермена, управлявшие делами города, приносили присягу исполнять свои обязанности “по закону господина короля, данного им в городе Лондоне, спасая вольность города”. Граждане имели право продавать землю в случае нужды, невзирая на интересы наследников. Заключение в тюрьму как форма обеспечения долга практиковалась только в том случае, когда не удавалось найти подходящего залога. Права иностранных купцов должны были охраняться. Олдермен обязан был проследить, чтобы каждый гражданин в его округе имел оружие и коня для обороны. Заработная плата плотников, каменщиков, мастеров по кладке черепицы, землекопов была фиксированной. В городе запрещались соломенные и тростниковые крыши, была организована пожарная охрана, а перед каждым домом приказано было иметь кадку с водой на чрезвычайный случай³³.

Хартия Лондона, изданная Генрихом I в 1129 г., провозглашала: “Граждане... должны назначать из своей среды по своему усмотрению судью для рассмотрения исков моей короны и ходатайств, возникающих в связи с ними. Никто другой не должен быть королевским судьей над лондонцами. Граждане не должны отвечать ни по какому иску вне стен города, и они свободны от налогов scot, Danegeld и штрафа за убийство. Никто также не будет принуждаться к судебному поединку”. Далее хартия устанавливала, что “никто не будет прислан на постой в стенах города ни королем, ни кем-либо еще. И пусть все жители Лондона и их собственность будут свободны от дорожных сборов, пошлин за проезд, пошлин за измерение товаров и от всех прочих сборов во всей Англии и в морских портах”³⁴. Хартии Генриха II еще расширили эти свободы и привилегии граждан Лондона.

Хартия Лондона послужила моделью для Нориджа, Линкольна, Нортхемптона и других городов. Аналогичным образом хартия, данная Йорку Генрихом II, стала образцом для Уоллингфорда, Андовера, Солсбери, Уилтона и Портсмута, некоторые же из хартий, данных этим городам, послужили моделями для других получивших свободы городов³⁵.

Город Ипсвич (около семидесяти миль к северо-востоку от Лондона), в 1086 г. насчитывавший около 4 тысяч жителей, представляет особый интерес в силу того, что сохранилась его оригинальная хартия, а также и документ, в деталях описывающий процедуру, с помощью которой было впервые создано его муниципальное управление.

Хартия была издана 25 мая 1200 г. королем Иоанном Безземельным. Он даровал жителям (burgesses) Ипсвича освобождение от дорожной пошли-

ны, от сбора на починку мостов и от ряда платежей на ярмарках и рынках (за прилавки, за куплю и продажу мерой, сбора с иногородних купцов), а также “от всех других сборов по всей нашей земле и в морских портах”. Граждане также освобождались от всех судебных процессов за пределами Ипсвича, кроме тех, которые касались иностранных держаний и королевских должностных лиц. Кроме того, городу было даровано право иметь купеческую гильдию и ратушу, то есть здание гильдии (*hansa*). В пределах городов не допускалось квартирование войск и насильственное изъятие имущества. По всем делам, касающимся земли или прав на землю в пределах города, “правосудие должно [было] осуществляться в соответствии с древними обычаями города Ипсвича и наших свободных городов”, а все дела по сделанным в Ипсвиче долгам и залогам должны были рассматриваться в городе. Никого из граждан нельзя было принудить к уплате штрафа иначе как “в соответствии с правом наших свободных городов”. Хартия далее устанавливала, что граждане “на основании общего решения города избирают двух самых законопослушных и рассудительных людей города и представляют их нашему судье в нашем Казначействе, и они должны хорошо и добросовестно исполнять должность провостов упомянутого города Ипсвича, и они не будут смещены до тех пор, пока хорошо ведут себя в этой должности [*quamdiu se in baillia illa bene gesserint*], иначе как общим советом упомянутых граждан”. Кроме того, четыре “наиболее законопослушных и рассудительных гражданина” должны были избираться “по общему согласию упомянутых граждан” для ведения судебных дел короны и решения других вопросов, затрагивающих корону, а также “для надзора за тем, чтобы главные городские магистраты (*reeves*) обращались справедливо и законно как с бедными, так и с богатыми”³⁶.

Немногим более месяца спустя после предоставления хартии, в четверг, 29 июня 1200 г., все сообщество города собралось во дворе церкви Св.Марии на Тауэре³⁷. Граждане единогласно избрали двух бейлифов (*bailiffs*), которые присягнули на должность провостов (*provost*), и четырех коронеров (*coroner*), которые присягнули вести судебные дела короны в городе и “смотреть за тем, чтобы упомянутые бейлифы обращались справедливо и законно как с бедными, так и с богатыми”. В тот же день “общим советом города” было решено, что должно также быть 12 присяжных членов городского управления (*capital portmen, capitales portmenni* — дословно “главных городских жителей”), “так же, как в других свободных городах Англии”, с “полномочием управлять указанным городом и защищать все его свободы, выносить решения города, и предписывать и исполнять в упомянутом городе все необходимое для поддержания его статуса и чести”. На следующее после этого воскресенье были назначены выборы членов городского правления.

В воскресенье, 2 июля, бейлифы и коронеры, с согласия общества, назначили четырех человек от каждого прихода города, а последние избрали 12 членов городского управления (*capital portmen*). (Понятно, что два бейлифа и четыре коронера были среди избранных.) После того как они присягнули добросовестно управлять городом и защищать его свободы, справедливо выносить решения в его судах “невзирая на личность”, все члены городского управления возложили руки на “Книгу” (Евангелие) и единогласно торжественно поклялись подчиняться и помогать своим телом и достоянием бейлифам, коронерам и каждому из двенадцати *capital portmen* в защите го-

рода, его новой хартии, свобод и обычаев повсюду и против кого бы то ни было, за исключением королевской власти, “в меру своих способностей, поскольку они обязаны к этому справедливостью и разумом”. В тот же день новая хартия была доверена на хранение двум надежным и законопослушным людям, которые поклялись добросовестно хранить ее и предъявлять по требованию общины.

В четверг, 13 июля, бейлифы, коронеры, другие capital portmen собрались и решили, что в будущем обычаи города должны собираться бейлифами и четырьмя опытными и сведущими в праве жителями города, что ежегодно королевскому казначейству следует уплачивать правильные и основанные на обычаях налоги, что следует иметь двух полицейских исполнителей (beadles) для проведения арестов и исполнения приказов бейлифов, коронеров и членов городского управления, что один из этих исполнителей должен быть тюремщиком арестованных по приказу бейлифов, что следует изготовить общую печать для использования в важных случаях, затрагивающих интересы общества города, и что она должна быть передана на хранение трем или четверем надежным, испытанным и законопослушным жителям города.

Постановили также, что новая хартия должна быть послана в суды графств Суффолк и Норфолк и прочтена там вслух, чтобы содержащиеся в ней свободы были известны общественности и объявлены в разных местах каждого из графств.

В воскресенье, 10 сентября, все собрались снова, чтобы заслушать новые решения, принятые 13 июля. После их публичного прочтения все общество единогласно с ними согласилось. Затем оно избрало двух бейлифов на следующий год и четырех человек им в помощь для собирания обычаев, а также двух полицейских исполнителей.

В четверг, 12 октября, было созвано другое общее собрание, на котором была продемонстрирована публичная печать и избраны три человека для ее хранения. Они же должны были хранить хартию.

В тот же день были избраны пять из членов городского управления для руководства купеческой гильдией — один олдермен и четыре уполномоченных. Они присягнули, что будут руководить гильдией и всеми ее делами хорошо и добросовестно и будут обращаться со всеми членами гильдии хорошо и законно. “После этого олдермен и его четыре коллеги в присутствии населения города заявили, что все, кто стоит за свободу города, должны прийти к олдермену и его коллегам в определенный день, причем когда и где, будет объявлено позже, чтобы образовать гильдию и внести в ее пользу начальный взнос (hansa)”. Далее хроника продолжает: “В тот же день упомянутые бейлифы, коронеры, другие члены городского управления и все сообщество обсуждали, какими средствами и путями они смогут наилучшим образом укреплять упомянутую выше купеческую гильдию и все, что с ней связано. Бейлифы, коронеры и другие члены городского управления и все сообщество единогласно согласились и решили, что только что избранный олдермен и все олдермены, которые будут избраны впоследствии, должны держать в руках и осуществлять к выгоде гильдии покупку и продажу всех следующих товаров, а именно... [различные сорта камня], строительный раствор и камень для мощения мостовых мрамором. И что ежегодно олдермен должен под при-

сягой предоставлять бейлифам и коронерам вышеупомянутого города правильный и справедливый отчет о всех прибылях и поступлениях, полученных за прошедший год покупкой и продажей упомянутых товаров. И кроме того, они единогласно согласились, что ни один житель вышеупомянутого города и ни одно лицо, равно коренной житель и иностранец, в пределах города и подчиненных ему по праву районах и окрестностях не будет или не имеет права совершать покупку и продажу упомянутых товаров, за исключением олддермена названного города, для пользы и прибыли этой гильдии. И все это под угрозой наказания конфискацией всего упомянутого товара, таким образом купленного или проданного”.

В тот же день “все общество” даровало двенадцати членам городского управления луг Оденхолм для содержания и прокорма их лошадей за труды, которые они должны были совершать для общины. И далее, было решено и согласовано всем сообществом, чтобы законы и обычаи города были помещены в особый свиток, названный “Domesday” (“Судный день”), чтобы он хранился у бейлифов, “так что они могли бы знать и понимать, как им следует действовать на своем посту”. Все статуты купеческой гильдии также должны были быть записаны на отдельном свитке, “как делается в прочих городах, где имеется купеческая гильдия”, и олддермен всегда должен иметь этот свиток поблизости, “чтобы он знал, как действовать на своем посту”³⁸.

В целом английские города не достигли такой независимости от королевского и княжеского контроля, как города в других областях Европы. Английские города нечасто получали формальное право самоуправления. Некоторые хартии даровали гражданам право избирать городских должностных лиц. Так, Лондону в 1131 г. было пожаловано право избирать себе шерифов и юстициария, а веком позже и мэра, Нортхемптон в 1189 г. приобрел право избирать главных магистратов и позже — коронеров, другие города постепенно также приобрели аналогичные права. Тем не менее корона сохраняла высший контроль над городской политической жизнью, включая городское правосудие и финансы. Однако несмотря на верховный контроль короны, обычные права, привилегии, свободы и иммунитеты английских горожан в конце XI, XII и начале XIII столетия не отличались по существу от прав бургеров в других частях Европы. Горожанин был свободным человеком. В Англии, как и везде, переселившийся в город серв обретал свободу, прожив там год и один день. Гражданство города включало право носить оружие, освобождение от феодальных и манориальных повинностей и служб, свободно наследуемое землевладение с правом купли и продажи земли, право на судебное разбирательство в городском суде с освобождением от процедуры божьего суда путем судебного испытания или поединка, ограничения на власть короны налагать подати и штрафы³⁹. Более того, хотя корона не желала уступить свое формальное право управления городом, она признала права купеческих гильдий и ремесленных цехов регулировать профессиональную жизнь своих членов. И на практике городские должностные лица в Англии, как и везде в Европе, надзирали за общественными работами, производили аресты, издавали объявления, созывали войско, устанавливали местные налоги и сами собирали годовой налог, причитающийся короне.

Итальянские города

Нигде так пышно не расцветали города в столетие между 1050 и 1150 г., как в Италии. В это время образовались сотни итальянских городских центров, причем они образовались как независимые, самоуправляющиеся сообщества. Их часто называли коммунами или общинами (*communia*), корпорациями (*universitates*), а также и другими именами, например сообществами (*communitates*). Это движение еще ускорилося в следующем столетии, особенно после Констанцкого мира (1183 г.), который называли “Великой хартией городских вольностей”.

Однако до XI в. нельзя говорить об итальянских городах, за исключением, пожалуй, Рима, с точки зрения их собственного органичного развития. Как города Римской империи они были отростками императорской власти, и судьба их всецело определялась судьбой империи. Милан — наглядный тому пример⁴⁰. В III—IV вв. он был главным административным центром Западной Римской империи. Именно в Милане Константин провозгласил христианство официальной религией империи. И однако Милан едва ли имел собственную историю, разве что церковную, в течение одного столетия после того, как Св.Амвросий, епископ Милана с 374 по 397 г., сделал эту епархию бастионом борьбы против арианства.

Во второй половине V в. Милан и всю Северную Италию завоевали сначала гунны под предводительством Аггилы, потом герулы под предводительством Одоакара, потом готы под предводительством Теодориха. В 539 г. город был буквально уничтожен готом Урайей. Тридцатью годами позже его захватило германское племя лангобардов (*Langobardi* — “длиннобородые”). Как и прежние завоеватели, лангобарды сделали своей столицей Павию, а Милан пришел в упадок. Карл Великий, пожалуй, несколько облегчил его участь, включив Ломбардию в империю франков в 774 г. Но первые признаки гражданской независимости Милана появились лишь столетие спустя, после распада империи Каролингов. Графы Милана, которые когда-то были королевскими должностными лицами, утратили свою власть. Архиепископы стали управлять и церковными делами, и светскими. В начале X в. под давлением мажарских набегов в Милан устремились толпы беженцев, но в конце столетия эта волна спала. Рост благосостояния в сельской местности вызвал расширение торговли и ремесел в Милане, и архиепископам удалось расширить политические границы епархии до Швейцарских Альп. В 1037-1039 гг. архиепископ Ариберт с успехом возглавил так называемых “плебеев” Милана, членов полурелигиозных гильдий, в борьбе против привилегий, данных низшему дворянству императором Конрадом II. Все это важно как хроника событий и как история лангобардов и империи франков, но едва ли дает серьезную основу для написания истории Милана.

Больше того, говоря “город Милан”, надо помнить, что, как и практически все европейские города конца X — начала XI в., Милан был по существу большой деревней. Укрепленное пространство, где располагался двор архиепископа, да лавки и дома купцов и ремесленников в “пригороде”, вмещало, вероятно, не более одной-двух тысяч душ. Что важнее, они не представляли собой независимую политическую и экономическую единицу, а входили составной частью в более крупную территорию, на которой находился

город. Политическое управление всей территорией, включая город, было в руках архиепископа и аристократии, отдельного городского управления не было. Экономическая ситуация заставляла членов семей купцов и ремесленников ежедневно выходить на работу в поля за городом.

Новая история Милана, то есть органичное развитие нового города, началась в 1057 г., когда народное движение, возглавляемое воинствующими сторонниками папской реформы, атаковало аристократическое высшее духовенство во главе с императорским епископом и в итоге изгнало его. После этого облик Милана претерпел радикальные изменения. Была учреждена присяжная городская община. Самое позднее в 1094 г. городские магистраты, именуемые консулами, уже избирались на фиксированный срок регулярным собранием всех граждан.

Вместе с другими городами Ломбардии Милан географически находился в центре конфликта между императорскими и папскими властями. Образование самоуправляющихся присяжных коммун в городах Ломбардии часто было направлено против их епископов, назначенных императором. В конце концов 14 из этих городов образовали Ломбардскую лигу, успешно боровшуюся против императора Фридриха I. В 1180 г. эти города — Верона, Венеция, Виченца, Бергамо, Тревизо, Феррара, Бреша, Кремона, Милан, Лоди, Пьяченца, Парма, Модена и Болонья — писали папе: “Мы первыми выдержали атаку императора, чтобы он не мог разрушить Италию и подавить свободу Церкви. Мы отказались ради чести и свободы Италии и достоинства Церкви принять и выслушать императора”⁴¹. Это было одно из первых употреблений названия “Италия” для обозначения политического образования, а именно, архипелага вольных городов, раскинувшегося от озера Комо до Папской области в середине полуострова.

Император также поощрял создание присяжных городских коммун, если они были направлены против папы или его приверженцев. Так, в начале 1080-х гг., в апогее своей борьбы против папы Григория VII, император Генрих IV дал хартию вольностей городам Лукка и Пиза, чтобы помочь им освободиться от власти графини Матильды, которая была другом и сторонницей Григория.

Система городского самоуправления посредством консулов (как они обычно назывались), избранных на определенный срок народными собраниями, была введена в конце XI — начале XII в. во множестве городов Северной Италии. Имеются записи о таких консулах в Пизе в 1084 г., в Асти в 1093, в Ареццо в 1098, в Генуе в 1099, в Павии в 1105, в Болонье в 1123, в Сиене в 1125, Бреше в 1127, во Флоренции в 1138 г.⁴² Общие собрания граждан для избрания консулов назывались по-разному: *comune*, *colloquium*, *parlamento*, а чаще всего *arengo*. Аренго, кроме избрания консулов, также законодательствовали, объявляли мир и войну, ратифицировали договоры.

Число консулов менялось от города к городу и даже в одном городе в течение года. В Милане было 18 консулов в 1117 г., 23 в 1130 г., 4 в 1138 г., 8 в 1140 г. и 6 — в 1141. В большинстве городов было от четырех до двенадцати консулов. Они управляли коммунной, возглавляли ее во время войны, разрешали споры между ее членами. Со временем во многих городах стали назначать особых “консулов правосудия” в качестве судей.

Наиболее значительным конституционным нововведением в итальянских городах в конце XI — начале XII в. было установление ограниченных сроков пребывания в политической должности. Консулы обычно избирались на год. Возникновение этого принципа, распространившегося на большинство стран Европы, было фундаментальным изменением в концепции правления на Западе, ибо до того времени все политические лидеры, церковные и светские (короли, герцоги, бароны), правили пожизненно. Временный характер городских политических должностей стал еще более выраженным в последние десятилетия XII в., когда система консулов уступила место должности единого правителя, именуемого обычно подестой (“podesta” от “potestas”, — “власть”). Подеста был военным руководителем, главным исполнительным должностным лицом, главным судьей городской общины, но срок его полномочий часто ограничивался полугодом и он не мог быть переизбран.

Закреплено существование подесты в Пизе около 1169 г., в Перудже в 1177 г., в Милане в 1186, в Пьяченце в 1188, во Флоренции в 1193, в Сиене в 1199 г. В начале XIII в. система управления с подестой стала в Италии почти повсеместной. “Вскоре стало обычным избирать подесту из другого города, не обязательно соседнего, чтобы гарантировать его нейтралитет в местных спорах. Он прибывал вместе со всем домом и по прибытии присягал верно служить коммуне... Подеста был дворянином и должен был иметь юридическую подготовку. Его должность стала престижной профессией, занятием для способных людей, переезжавших с одного места службы на другое”⁴³. Фактически подеста был профессиональным “городским управляющим”, и в конце срока его пребывания в должности его деятельность тщательно оценивалась специальной комиссией, назначенной для этой цели.

Ограничивая срок пребывания правителя в должности установленным числом месяцев или лет, итальянские коммуны подчеркивали “преходящий” характер светского правления. Исполнительные главы новых европейских городов, в отличие от соответствующих должностей античных греческих или римских городов, не отвечали за дела религии — вопросы культа или веры. Последние были предоставлены церкви, которую Папская революция отделила от того, что потом стало называться “государством”. Фактически новые муниципальные администрации Европы были первыми чисто светскими политическими образованиями, первыми новыми светскими государствами. Их функцией было сохранять мир и осуществлять правосудие в юридическом смысле. Слово “подеста” в этой связи многозначительно, ибо оно ясно отличает политические функции от духовных — “власть” от “авторитета”⁴⁴.

В силу того что срок полномочий подесты был так короток, необходимо было поручить долговременные политические функции другим политическим органам. Чаще всего *arengos* (парламенты) сменялись “большими советами”, которые, впрочем, тоже были слишком многочисленны, чтобы эффективно управлять (в Милане большой совет состоял из 800 членов). В то же самое время получили развитие меньшие “тайные” советы или “советы доверия” (*consiglio della credenza*), часто ограниченные 24 или даже 16 членами, хотя иногда они достигали и сотни человек. Кроме того, часто создавались комиссии *ad hoc* для осуществления специальных полномочий в военных, финансовых или конституционных делах. От подесты требовалось кон-

сультивроваться с советами граждан по всем важным вопросам. Только советы, по крайней мере в теории, были уполномочены создавать новые законы.

Итальянские города взяли на себя лидерство не только в создании новых форм управления, но и в систематизации и реформе законов. Самая ранняя систематизация городского права в Италии приняла форму собрания норм, которым присягали консулы, вступая в должность, и собрания норм, которым присягал народ в ответ на присягу консулов. Присяги назывались "brevia" ("предписания"). Консульские бревии определяли подробные нормы, которые обязаны были соблюдать консулы при исполнении своих функций. Народные бревии определяли основные нормы, которые должны были соблюдать граждане в своих отношениях с муниципальным управлением. От прочих, помимо консулов, должностных лиц тоже требовалось при вступлении в должность приносить присягу, определявшую нормы, которым они должны были следовать. Как писал итальянский историк права Франческо Калассо, "очевидно, что эта система присяг составляла ансамбль правовых норм, регулировавших конституционную и административную жизнь коммун"⁴⁵.

Калассо далее утверждает, что последующая централизация власти в руках подеста "привела к консолидации различных присяг в единую совокупность норм, разделенных на рубрики, которые подеста клялся соблюдать и исполнять"⁴⁶. Это ознаменовало второй этап систематизации городского права в Италии. Третьим этапом стала кодификация постановлений законодательного органа коммун, народного собрания или большого совета. Эти решения обычно назывались статутами, statuta, иногда по аналогии с законами Римской республики их называли "leges". В некоторых городах имело место слияние обычного права и статутного; в других этого не было. В Пизе, например, в 1161 г. были приняты два кодекса: один состоял из норм обычного права, именуемых "constitutum usus", а другой из постановлений собрания, именуемых "constitutum legis"; имелись также два трибунала, каждый из которых судил на основе одного из этих двух кодексов⁴⁷.

Политики и юристы итальянских городов, подобно церковным политикам и юристам, стремились систематизировать и синтезировать правовые материалы, исходившие из разных источников, исключить противоречия и заполнить пробелы. Для этой цели назначались специальные должностные лица и комиссии. В некоторых городах, например в Парме и Пистойе, сложилась практика записывать кодификаторов в каком-нибудь здании, пока они не закончат работу, дабы исключить всякие внешние влияния. В других городах сложилось прямо противоположное обыкновение: лиц, которым была поручена кодификация, поощряли воспользоваться мнениями и предложениями народа.

ГИЛЬДИИ И ГИЛЬДЕЙСКОЕ ПРАВО

Как городская коммуна часто зарождалась в виде основанного на клятве "заговора ради мира", так и внутри коммуны гильдии были присяжными братствами, члены которых были связаны клятвами защищать друг друга и служить друг другу. Система гильдий и цехов в городах XI—XII вв. происходила, возможно, от ранней германской гильдии, являвшейся военным и религиозным братством, "в котором мертвые входили в живых, делая их своего рода одержимыми"⁴⁸. Гильдии более поздней эпохи также многим обя-

заны движению Мира Господнего X—XI вв., которое частично действовало через присяжные братства, называвшиеся “гильдиями мира”. Это были организации добровольцев для взаимной защиты и осуществления права. С возникновением городов в последние десятилетия XI столетия распространились купеческие, благотворительные, ремесленные и иные гильдии светского характера. Они, однако, сохранили сильные религиозные черты, в целом беря на себя заботу о духовных, а не только материальных сторонах жизни своих членов. Так, типичная гильдия стремилась поддерживать высокие нравственные стандарты поведения, наказывая своих членов за богохульство, азартные игры, ростовщичество и т.п. Гильдия организовывала религиозные церемонии для своего святого и для святого — покровителя города. Статуты гильдии часто начинались с перечисления милостынь, которые она будет раздавать, и благотворительных дел, которые она будет совершать. Важной частью жизни гильдии были религиозные праздники.

Там, где гильдии существовали, а они были не во всех городах, они выступали и как законодательные органы. Каждая из различных гильдий (цехов) купцов и ремесленников имела собственные правила. Содержание их варьировалось в зависимости от типа гильдии: купцов, ремесленников, лиц свободных профессий, банкиров, моряков и др. Если речь шла о ремесленных цехах, то выделялись правила производителей шерсти, шелка, кожи, серебра, иных продуктов. Если же о корпорациях лиц свободных профессий, то тут выделялись правила врачей, судей, нотариусов, ряда других профессий. В рамках этих классификаций имелось большое количество названий для объединений, которые мы здесь переводим просто как “гильдия”: *ars, universitas, corporatio, misterium, schola, collegium, paraticum, curia, ordo, matricola, fraglia*, а купеческая гильдия называлась *hansa* или *mercandancia*. Тем не менее правила всех многочисленных гильдий, которые могли существовать в городе, имели много общего, и эти черты были общими для всего Запада. Так, все гильдии были братскими ассоциациями, в которые, между прочим, обычно входили и женщины, в соответствии со своими занятиями. Они налагали на своих членов обязанность помогать товарищам, которые заболели, впали в бедность или судятся, обеспечивать похороны мертвых и заботу об их душах, а также создавать школы для детей членов гильдии, строить часовни, устраивать религиозные действа, предоставлять гостеприимство и организовывать духовное общение. Члены гильдии периодически присягали на братство и клялись никогда не выходить из гильдии и верно соблюдать ее статуты⁴⁹.

Гильдии были также и монопольными экономическими объединениями, правила которых регулировали такие вопросы, как условия ученичества и приема в члены гильдии, календари рабочих дней и праздников, стандарты качества работ, минимальные цены, расстояние между торговыми и производственными помещениями, согласование условий продажи с целью ограничить конкуренцию внутри гильдии и уравнивать объемы продаж, запрещение продажи в кредит кроме как членам гильдии, ограничения на импорт, на иммиграцию и другие протекционистские меры. Так как рабство в городах было практически ликвидировано, трудовые отношения основывались на договоре, однако условия трудовых договоров строго регулировались гильдейскими и городскими обычаями и правилами с учетом видов работ (*officia*). Забастовка считалась тяжким преступлением⁵⁰.

Форма управления гильдией была в целом построена по образцу управления городом. Во главе гильдии стояли обычно два или больше представителя; они часто назывались консулами и избирались ежегодно, а иногда каждые полгода и, как правило, без участия городских должностных лиц. Обычно имелось общее собрание гильдии с совещательными полномочиями, а также малый совет для поддержки консулов и других главных исполнительных должностных лиц. Руководящие лица гильдии часто образовывали третейский суд, в который членам гильдии полагалось обратиться, прежде чем переносить свой спор в суд города.

Юристы (нотариусы) часто играли важную роль. Они не только занимались обслуживанием отдельных компаний внутри гильдии, оформляя титулы и контракты и выступая (в качестве адвокатов) представителями в судебных процессах и других формах разбирательства споров, но и непосредственно помогали в управлении гильдиями и городом. Нотариусы часто сопровождали муниципальных должностных лиц (купеческих консулов, подест, мэров), когда те отправлялись разбирать споры. Нотариусы составляли официальные документы, проекты местных статуты, организовывали выборы, писали письма в соседние города или сеньорам, толковали городские хартии. С самого раннего этапа развития городов как автономных политических образований юристы играли важную роль в их управлении.

Во многих городах Европы руководители гильдий становились магистратами городских коммун. Один из законов Милана от 1154 г. позволял назначение “купеческих консулов” для осуществления среди прочих и судебных функций. Суды купеческих консулов в городах Северной Италии постепенно распространили свою юрисдикцию на все торговые дела в пределах города. Другие европейские города приняли итальянский институт купеческих консулов или создали аналогичные. В Англии, Уэльсе и Ирландии мэры 14 городов, торговавших “основными товарами” (staple towns), избирались на срок до одного года “сообществом купцов”, подобно итальянским купеческим консулам, английские мэры осуществляли не только исполнительные, но и судебные функции в соответствии с универсальным торговым правом. Таким образом, торговое право и городское право частично пересекались как в Англии, так и в других странах Запада.

ГЛАВНЫЕ ХАРАКТЕРИСТИКИ ГОРОДСКОГО ПРАВА

Три рассмотренные выше системы светского права: феодальное, магистратское и торговое — анализировались нами в категориях объективности, универсальности, взаимности прав и обязанностей, коллективного правосудия, интеграции и роста. При анализе городского права представляется предпочтительным применить несколько иную классификацию. Эта система права будет ниже рассмотрена в категориях ее коммунитарного характера, ее светского характера, ее конституционного характера, ее способности к росту, ее целостности как системы.

Коммунитарный характер. Первостепенное значение в системе городского права имел ее коммунитарный характер. Городское право было правом тесно взаимосвязанного, интегрированного сообщества, которое часто и на-

зывали “коммуной”. Коммуна, то есть община, в свою очередь, основывалась на выраженном или подразумеваемом договоре. Многие города основывались путем принесения торжественной коллективной присяги или ряда присяг на верность хартии, которая перед тем была вслух прочитана всем гражданам. Хартия была в известном смысле общественным договором, по-видимому, ее и следует считать одним из главных источников возникновения новой договорной теории правления. Городские хартии не были, конечно, договорами в современном смысле, то есть они не являлись достигнутым в ходе переговоров обменом между сторонами, по которому каждая из сторон обязывалась совершить определенные действия в течение установленного промежутка времени. Принятие городской хартии было скорее выражением согласия вступить в постоянные отношения. Подобно феодальному договору вассалитета или брачному договору, это было согласие принять определенный статус, т.е. вступить в отношения, условия которых устанавливались правом и не могли быть изменены по воле сторон. Однако в случае основания нового города создаваемый статус был статусом корпорации (*universitas*) в соответствии с господствовавшей романистско-канонической теорией корпорации как совокупности людей, осуществляющих общие правовые функции и действующих как юридическое лицо. Следовательно, в каком-то смысле провозглашение и принятие городской хартии было даже не договором, а своего рода таинством, оно символизировало и реализовало создание сообщества и установление его права.

Коммунитарный характер городского права нашел отражение не только в договорности отношений членов сообщества, но и в партиципаторности, коллективности этих отношений. Это проявлялось в правовых требованиях взаимной помощи граждан и взаимной защиты против чужих и врагов; в положениях о проведении “общего совета” граждан при принятии новых законов; в системе формального судебного разбирательства согражданами (“равными”) дела того человека, который требовал защиты своих прав или которому был предъявлен иск кем-то другим; в системе неформального третейского суда гражданских споров, за которым городские власти осуществляли лишь незначительный надзор; в строгом регулировании хозяйственной деятельности гильдиями ремесленников и купцов и во многих других положениях, обеспечивавших всенародное участие в жизни общины.

Подобно тому как договорный аспект сообщества не следует понимать в категориях современного понятия договора, так и его партиципаторный аспект не следует понимать в категориях современных представлений о демократии. Городское сообщество XII в. обычно управлялось небольшой группой патрициев. В более общем виде оно опиралось не на отдельных людей как таковых, а на соподчиненные общины — это было “сообщество сообществ”. Французские историки общества назвали этот тип социальной структуры “*societe des ordres*” (“общество сословий”), а немецкие — “*Standestaat*” (“государство сословий”). Те и другие ошибочно отождествили его только с “постфеодальной” и “додемократической” Европой XVI—XVIII столетий. Но ведь и в европейских городах XII столетия “сословие” или, говоря проще, класс (в немарксистском смысле слова), к которому принадлежал человек, было важной основой прав и обязанностей. Так, городское право, признавая определенное правовое равенство всех граждан, и богатых и бедных, как *граж-*

дан, тем не менее в целом не допускало бедных к выборам руководителей. Далее, оно признавало собственные правовые режимы различных гильдий купцов и ремесленников, в которых неравенство мастеров и подмастерьев бросалось в глаза. Оно также закрепляло за разными сословиями неграждан разные виды прав и обязанностей: сюда входили дворянство, духовенство, студенты, евреи и др. Подобно тому, как городское сообщество было частью большого сообщества сообществ, *communitas communitarum*, охватывавшего весь христианский мир, так и само оно было малым сообществом сообществ. Индивид не существовал в правовом отношении иначе как член одного или более субсообществ в рамках целого, и его индивидуальная свобода состояла главным образом в его мобильности, то есть способности передвигаться из одного сообщества в другое или обращаться к одному сообществу за защитой от другого. Для некоторых, например евреев, эта мобильность хотя и существовала, но была крайне ограничена; евреи могли прибегать и часто прибегали к защите короны или папства в поисках спасения от мер, принимавшихся против них городскими властями.

Таким образом, коммунитарный характер городского права сам по себе имел договорное, партиципаторное и сословное измерения.

Светский характер. Кроме коммунитарного, городское право носило и светский характер. В противоположность городам Греции и Рима древней и императорской эпохи, города Запада не несли ответственности за поддержание религиозного культа. Богослужения и вера не входили в городскую юрисдикцию, находясь под отдельной юрисдикцией церкви, которая повсюду на Западе подчинялась епископу Рима. Право, относящееся к соблюдению норм и доктрин религии в пределах города, было не городским (или императорским) правом, а каноническим правом католической церкви.

Это не означало, что городское сообщество было безразлично к вере. Напротив, все города Западной Европы были активно христианскими. Они были полны церквями и часовнями святых. Они считали, что учреждены Богом. "Иисусу Христу обязаны мы развитием законов и преимуществ нашего города", — заявляет договор, которым граждане Марселя установили мир с гражданами Ниццы в 1219 г. "Только Бог, Он Сам, управляет нашим городом"⁵¹. Однако задача их как городов была светская, преходящая, а не священная и вечная. Она состояла преимущественно в обуздании насилия и в регулировании политических и экономических отношений, то есть в сохранении мира и отправлении правосудия.

Тот факт, что город считал себя светским политическим образованием и не претендовал на применение церковных законов, проведение священных обрядов и проповедь религиозного учения, а оставлял эти задачи церкви, был существенной чертой его облика как города в западном смысле. Это было не только негативное явление, оно имело и позитивное значение, состоявшее в установлении независимой ценности мирских, или преходящих, целей. Новые городские органы управления не только были независимы от прямой церковной власти в институциональном смысле, но и задачи их по поддержанию мира и справедливости были независимы от задач церкви по защите христианской веры. Эти независимые задачи по поддержанию мира и справедливости хотя и считались преходящими, но тем не менее рассматривались как предписанные Богом, достойные безграничной приверженности, как важная со-

ставная часть божественного плана спасения человечества. Это был “град земной”, но в гораздо более оптимистическом значении, чем у Августина, хотя и в гораздо менее оптимистическом, чем у многих секуляристов XII в.⁵²

Светский характер городского права нашел свое отражение в том обстоятельстве, что каждый город имел собственную разновидность городского права и что городское право было только одной из нескольких разновидностей светского права наряду с королевским, феодальным, манориальным и торговым. Существование различных видов светского права было внутренне связано с его светским характером. Ни одна система светского права не претендовала на то, чтобы охватывать светскую юрисдикцию целиком. Каждая была отдельной системой, которая управляла одной из областей жизни людей, подпадающих под ее юрисдикцию. Это также отличало право европейских городов начиная с XI—XII вв. от права городов Древней Греции и императорского Рима. Греческий город был единственным политическим образованием, которому были обязаны верностью его граждане, и его право было единственным, которым они были связаны. Римский город не имел своего собственного права, римские граждане управлялись исключительно на основе римского права, а неграждане исключительно на основе права народов — *jus gentium*. Уникальность права западного христианского мира состояла в том, что каждый отдельный человек жил в условиях множественности правовых систем, каждая из которых управляла одним из частично пересекающихся друг с другом субсообществ, членом которого являлся этот человек.

Конституционный характер. Третьей значительной чертой системы городского права был ее конституционный характер. Слово “конституционализм” было изобретено в конце XVIII — начале XIX в. для обозначения главным образом американской доктрины верховенства писаной конституции над издаваемыми законами. Однако реальность нового конституционализма в полном смысле слова впервые проявила себя в городских правовых системах Западной Европы в XI—XII столетиях. С одной стороны, европейские города в эти столетия были новыми государствами так же, как и церковь этого периода была новым государством, в том смысле, что они имели полноту законодательных, исполнительных и судебных полномочий и власти, включая полномочия и власть устанавливать налоги, чеканить деньги, устанавливать систему мер и весов, собирать войско, заключать союзы и вести войну. С другой стороны, полномочия и власть городов, как и церкви, были подчинены разным конституционным ограничениям. Конституционный характер городского права проявлялся в пяти важных аспектах.

1. Городское право в очень многих случаях основывалось на писаных хартиях, устанавливавших и организацию управления, и гражданские права и свободы. Они фактически были первыми новыми писаными конституциями. Даже когда писаная хартия отсутствовала, считалось, что город имеет основной закон, устанавливающий организацию его управления и основные права и свободы его граждан.

2. Система организации управления, установленная хартией (или без оной), была во многих важных чертах подобна современным системам конституционного правления: городские власти были ограничены в своих полномочиях, они часто подразделялись на исполнительную, законодательную и судебную отрасли, имевшие определенные ограничительные механизмы по отношению друг к другу, проводились периодические выборы должностных лиц, во многих местах сроки пребывания судей в должности определялись их хо-

рошим поведением или желанием граждан (до отзыва), законы публиковались, издавались их собрания.

3. Гражданские права, предоставляемые городским правом, как правило, включали рациональную судебную процедуру с вынесением решения равными по положению, а не с доказыванием посредством судебного испытания или поединка. Не допускались произвольные аресты и заключение в тюрьму без судебного разбирательства. Приказы о взятии под стражу в обеспечение долга были запрещены. Виды наказаний были ограничены. В теории богатые и бедные должны были быть судимы на равных основаниях. Граждане имели право носить оружие, имели право голоса. Иммигрантам предоставлялись те же права, что и гражданам, после того как они прожили в городе год и один день. Иностранцы купцы имели равные права с купцами-гражданами.

4. Гражданские свободы обычно включали освобождение от многих феодальных повинностей и налогов и строгие ограничения королевских привилегий: король, например, соглашался брать с города фиксированный налог и отказывался от права принудительных займов. А сверх всего, как общий принцип было установлено, что обязательства граждан устанавливаются заранее и что граждане могут сохранять все приобретенное ими, не подлежавшее этим конкретным обязательствам.

5. Конституционное право гражданских прав и свобод включало права и свободы, относящиеся к участию в городском управлении. Это в свою очередь было связано с конституционной теорией, которая никогда не принималась в полном объеме, но и не отвергалась начисто, что политической властью облечено в конечном счете все сообщество граждан.

Хотя формы управления европейскими городами были совершенно различны, между ними имелось много общего. Очень большая доля вновь созданных городов управлялась народными собраниями всех граждан, чье согласие было необходимо для избрания должностных лиц и принятия законов. Однако на протяжении XII—XIII столетий по всей Европе наблюдалась сильная тенденция к замене народного собрания советом. Некоторые итальянские города имели два совета, большой и малый. Сначала городские советы избирались на срок в несколько лет. Позднее выборы заменили кооптацией. Аристократическая форма правления вытеснила демократическую, хотя на заднем плане оставались иногда большие народные собрания, имевшие право вето или по крайней мере неодобрения любых изменений в основных законах.

Сначала исполнительные должностные лица избирались на короткий срок. Однако в ряде мест наблюдалась тенденция к концентрации исполнительной власти. В некоторых итальянских городах срок полномочий подесты был продлен с полугода или года до нескольких лет, и наконец, в некоторых городах должность эта стала пожизненной. В других городах над исполнительной властью возобладала олигархия именитых купцов. Так, в Венеции в XII в. полная исполнительная власть принадлежала дожу и Малому совету из 6 человек, а дож и Коллегия, состоявшая из 26 глав департаментов, вносили законодательные инициативы в Сенат Большого совета. В Сенате было 120 членов, в Большом совете — 480. Однако в XIII в. дож, Малый и Большой советы стали марионетками в руках грандов ("Grandi" — "великие"), и термин "popolo" ("народ"), относившийся когда-то к связанному присягой объединению всех граждан, стал относиться и в Венеции, и во многих других городах к людям, исключенным из управления и часто враждебным ему.

Народное участие в городском управлении в конце XI—XII в. распространялось и на судебные власти. Определенные горожане, которые в Германии назывались “Schoeffen”, в Нидерландах и Северной Франции “echevins”, в Италии “консулы”, назначались или избирались в качестве народных судей. В Венеции для ведения судебных дел из числа членов Большого совета избирался Совет сорока, или Трибунал. В других местах, однако, судьи были профессиональными юристами.

В Англии, хотя городское движение там было слабее, а города больше зависели от короны и были по форме правления менее демократичны, чем города Италии, Германии, Фландрии и части Франции, городские должностные лица часто избирались. Граждане Лондона получили право избирать себе шерифов и юстициария в 1131 г., а мэра в 1231 г..

Способность к росту. Четвертой чертой системы городского права была ее способность к росту, то есть тенденция не только к изменению, но и к осознанному органичному развитию. Эта тенденция находила отражение в проводившихся время от времени сборе и систематизации обычаев города вместе с присягами различных должностных лиц. Она отразилась также в регулярном издании и периодической систематизации постановлений и законов органов городского управления, а также разных гильдий в его пределах. В дополнение к таким внутренним источникам сознательного роста городское право часто испытывало благотворное влияние римского и канонического права. Некоторые города специально “приняли” римское право. Однако это всегда было идеальное, динамичное римское право, преподаваемое в университетах, а вовсе не набор неизменных норм. Римское право рассматривалось как кладовая, из которой можно извлечь правовые идеи и принципы для удовлетворения новых потребностей, поэтому оно было также составным источником осознанного роста городского права.

Системная целостность. Способность и тенденция городского права к росту были связаны с его характером как правовой системы, которая отчасти вдохновлялась и системным характером римского и канонического права. В итальянских городах особенно, но в меньшей степени и везде, городское право считалось основанным в первую очередь на обычае (*mos, consuetudo, usus*), а затем на нормах, изданных нормотворческими властями. Эти нормы, в свою очередь, подразделялись на статуты (*statuta*) гильдий и других ассоциаций и законы (*leges*) городской законодательной власти, короля или императора. *Statuta* и *leges* были писаными, что придавало им особое значение. Тем не менее запись обычаев по распоряжению публичной власти не влекла за собой утрату ими качества обычного права. В городском праве, как и в каноническом и в других правовых системах того времени, в случаях конфликта между источниками права обычай уступал статуту, а тот — закону. Статуты гильдий подлежали частому рассмотрению и одобрению городских властей, которые налагали на гильдии обязанность периодически пересматривать свои статуты.

Другие черты городского права были связаны с конкретными чертами социальных и экономических отношений внутри города. Так, согласно одному из положений городского права, гражданин или житель города мог законно приобретать землю и строения на основе определенной формы держания, которая называлась городским держанием. В противоположность клановому и феодальному держанию городское держание включало право отказать недвижимость по завещанию, продать ее, заложить или сдать в аренду и в целом

иметь права, аналогичные тем, которые в XVIII в. стали называться “правами собственности” (*propriete, Eigentum*). Но ограничения на частное пользование землей и строениями в конце XI—XII в. были строже, чем в конце XVIII—XIX в., так как городская хозяйственная деятельность в более ранний период строго регулировалась обычным правом, с одной стороны, и гильдейскими нормами — с другой.

ГОРОД КАК ИСТОРИЧЕСКАЯ ОБЩНОСТЬ

В последние десятилетия американские социологи уделяли повышенное внимание истории города, что отчасти было результатом перевода на английский язык работ Макса Вебера, посвященных городу⁵³. Вебер овладел вторичной литературой по истории западного города, накопившейся за конец XIX — начало XX в., синтезировал и интегрировал ее с собственной общей социальной теорией. Однако влияние Вебера не было всецело благотворным. Ему не удалось исправить некоторые крупные ошибки в трактовке истории города, сделанные его предшественниками, а его общая теория социума грешит серьезными недостатками, которые особенно пагубны, когда речь идет о городских сообществах.

Прежде всего, Веберова теория города, хотя она и изложена в терминах исторической науки, оказалась неспособна даже назвать, не то что объяснить самую поразительную и заметную черту западного города, а именно его историческое сознание, то есть осознание им своего исторического развития, его веру в свое движение из прошлого в будущее, его понимание собственного поступательного, развивающегося характера. Теория Вебера является важным вкладом в том отношении, что она обращает внимание на структурное единство западного города как сообщества в определенный период времени — в период его исторического возникновения в “позднем Средневековье”; но серьезной слабостью этой теории является ее неспособность увидеть, что западный город, в отличие от своих римских, исламских и восточных собратьев, верил в органичный рост своих политических, экономических и социальных институтов на протяжении поколений и веков.

Вебер писал, что хотя зачатки города западного типа можно найти в других культурах, главным образом ближневосточных, “городская “община” в полном смысле слова появляется только на Западе”. “Чтобы составить полноценную городскую общину, — писал он, — поселение должно демонстрировать относительное преобладание торгово-экономических отношений, а все поселение в целом должно иметь следующие черты: 1) укрепления, 2) рынок, 3) собственный суд и хотя бы частично автономное право, 4) соответствующую форму ассоциации, 5) хотя бы частичную автономию и автокефалию, т.е. управление властями, в избрании которых горожане принимали участие”. Такая специфическая система сил, по Веберу, могла появиться только при особых условиях и в особое время, а именно в средневековой Европе⁵⁴.

Составные элементы, относимые Вебером к “полноценной городской общине” Запада, выражают ее структурную целостность, но не учитывают ее динамического характера, ее развития во времени. Они не объясняют, почему или как город XII в. развился в город века XVI или XX, многие из черт которого идентичны чертам города XII столетия или по крайней мере

преемственны по отношению к ним, но другие при этом существенно иные если не по сути, то по степени. Типичный город XX в. имеет следующие черты: 1) это корпорация, наделенная статусом юридической личности, обладающая полномочиями быть субъектом и объектом исков, владеть собственностью, заключать договоры, нанимать рабочую силу, делать займы; 2) это политическое образование, обычно управляемое мэром или городским управляющим совместно с выборным советом, имеющее полномочия нанимать чиновников, собирать налоги, осуществлять право принудительного отчуждения частной собственности и другие управленческие действия и функции; 3) это экономическая единица, как правило, обеспечивающая или контролирующая обеспечение себя водой, газом, электроэнергией, транспортом, регулирующая строительство и использование жилья и размещение хозяйственных предприятий; 4) это учреждение для обеспечения социального благосостояния, включая образование, здравоохранение, помощь бедным и общественные формы отдыха⁵⁵. Подобно своим преемникам XX в., города Европы XII столетия также были корпоративными, политическими и социальными образованиями, однако сфера их деятельности в каждой из этих ролей была гораздо более ограниченной, чем у нынешнего города. Многие из тех функций, которые осуществляет город сегодня, осуществлялись тогда в пределах города гильдиями и церковью, а также большими семьями. Нынешний город также гораздо более интегрирован в новое национальное государство и в гораздо большей степени отражает процессы в этом образовании, которое в XII столетии еще только возникало. Однако несмотря на эти различия, нынешний город развился в процессе органичного роста из городов, созданных или воссозданных в период Папской революции. И процесс этот был частью его естества как городской общины.

Процесс роста западного города нельзя объяснить без обращения к его историческому самосознанию, его чувству собственной исторической преемственности и развития, его осознанию своего поступательного характера как сообщества и движения из прошлого в будущее. Исторически это было связано, во-первых, с религиозным измерением Папской революции, и особенно с миссией церкви, которая состояла в постепенном исправлении и спасении светского строя. Во-вторых, это было связано с политическим измерением Папской революции и особенно с верой в сосуществование множественных автономных светских политических образований. Именно эта вера обусловила возможность и необходимость для граждан создавать городские коммуны, независимые от королевской, феодальной, даже церковной власти, что было немислимо до того, как папство десакрализовало королевскую власть. Это было связано, в-третьих, с правовым измерением Папской революции, и особенно с убеждением, что реформирование и спасение светского порядка должны происходить путем постоянного прогрессивного развития правовых институтов и периодического пересмотра законов во имя победы над силами хаоса и несправедливости.

Весьма странно, что Вебер в одной из последующих глав противоречит собственному высказыванию о том, что именно составляет уникальность средневекового западного города. Не замечая несоответствия, он относит все пять черт "полноценной городской общины", которая, как он ранее утверждал, "появляется только на Западе", к азиатскому и восточному городу тоже. По-

следний также, утверждает Вебер, был крепостью и рынком. Он также включал земельное владение на условиях оказания собственнику услуг по его обработке (то есть нефеодалное держание), при котором земля могла отчуждаться без ограничений или на основе беспрепятственного наследования или облагалась только фиксированной земельной рентой. Этот город имел также собственную “автономную конституцию”, что должно было предполагать собственную форму ассоциации и по меньшей мере частичную автономию и автокефалию⁵⁶. Во всех этих отношениях различия между средневековым западным городом и его азиатским аналогом состояли, по утверждению Вебера, только в степени развития названных черт. Что “абсолютно” отличало западный город, заключает Вебер, так это личное правовое положение, то есть *свобода* гражданина⁵⁷. Сервы, переселявшиеся в города, утверждает Вебер, имели общий интерес избежать военных и других повинностей в пользу своих прежних господ. “Жители городов поэтому присвоили себе право нарушать сеньориальное право. Это и было главное революционное новшество средневековых западных городов в противоположность всем прочим”⁵⁸. Вебер далее пишет, что “разрыв сословных уз с сельским дворянством” был связан с формированием муниципальных корпораций — юридически автономных общин. “Подобные предварительные формы конституирования полиса или коммуну могли появляться неоднократно в Азии и Африке”, — добавляет он. (Пусть читатель обратит внимание на осторожные слова “предварительные” и “могли”.) “Однако ничего не известно [в Азии и Африке] о правовом статусе гражданства”⁵⁹.

Итак, Вебер в конце концов признает, что в западном праве имелось нечто, представлявшее собой фактор решающей значимости для подъема западного города. Что-то решающе важное, очевидно, было и в западной религии — и это тоже Вебер затрагивает только косвенно. Он указывает, что в азиатских культурах, включая Китай и Индию, невозможно объединить всех жителей города в однородную статусную группу. “Главная из причин своеобразной свободы горожан средиземноморского города, в отличие от города азиатского, — пишет Вебер, — это отсутствие магических пут касты и рода. Социальные формирования, не дающие горожанам слиться в однородную группу, различны. В Китае это экзогамный и эндофратрийный род, в Индии... это эндогамная каста”⁶⁰. Здесь Вебер обращается к трудам Фюстеля де Куланжа, чтобы показать, что античные греческие и римские города действительно создали религиозное основание гражданства, заменив семейное культовое принятие пищи общегородским. Однако Вебер не дает никакого объяснения отношениям религиозного фактора к правовому и политическому, в частности, он прошел мимо того факта, что древние города Греции и Рима опирались на рабство и не имели “своеобразной свободы горожан”, характерной вовсе не для “средиземноморского города” как такового, а для западноевропейского города, начиная с XII в. Таким образом, Вебер не сделал вывода, что возникновение городских вольностей на Западе было частью революционных *религиозных* перемен, в ходе которых, с одной стороны, церковная политика провозгласила свою независимость от всех светских политических образований, а с другой — впервые было выработано само понятие светских политических образований, которые теперь считались поддающимися реформе и спасению.

Почему Вебер недооценил роль права и религии в происхождении и развитии западного города? И почему он совершенно просмотрел роль западного исторического сознания, то есть западной веры, в органичном росте религиозных и правовых институтов на протяжении поколений и веков?

Карл Маркс приписывал все перемены в общественном сознании, включая сознание религиозное и правовое, изменениям технологии ради удовлетворения экономических потребностей (способ производства) и классовой борьбе за контроль над этой технологией (производственные отношения). Вебер, со своей стороны, считал, что в дополнение к материальным экономическим силам, определяющим общественное сознание, существуют также материальные политические силы, другими словами, что стремление к политической власти является независимой объективной силой, а не просто отражением стремления к власти экономической, как полагал Маркс. Для Вебера, следовательно, подъем западного города в конце XI — начале XII столетия объяснялся не просто развитием нового способа производства (ремесла), который выманивал сервов из маноров вопреки желанию феодалов, но также и развитием новых политических отношений. Вебер мог видеть, что у дворянства тоже были причины желать создания и подъема городов. Но Вебер, подобно Марксу, считал, что сознание, и особенно правовое и религиозное, является по сути орудием господства. Говоря конкретнее, Вебер, как и Маркс, считал, что идея создания городов, рост городского сознания внутри них, развитие городских правовых и религиозных институтов, которые, с одной стороны, выражали городское сознание, а с другой — поддерживали экономическую и политическую власть правящих классов, — что все это составляло нематериальную (духовную, идеологическую) “надстройку”, возвышающуюся на материальном (экономическом и политическом) “базисе”.

Однако западные правовые институты не удается удовлетворительно объяснить ни как простую надстройку, ни как простую идеологию, да и всякая интерпретация истории Запада, построенная на различии между материальным базисом и идеологической надстройкой, не может дать удовлетворительное объяснение западной традиции права. Это, однако, не означает, что ценности, идеи, убеждения, понятия и другие формы общественного сознания, так сказать, первичны и что они “служат причинами” перемен в экономической и политической жизни или в правовых институтах. Правовые институты Запада нельзя объяснять ни идеалистически, единственно как проявления суггестивных понятий, ни материалистически, единственно как орудия экономической и политической власти. Им можно дать удовлетворительное объяснение только в категориях, которые охватывают и материализм, и идеализм и выходят за их пределы.

Традиционная теория общества делает ошибку, считая, что исторические перемены вызываются переменами в одних только основных социальных, экономических и политических условиях. Не бывает социальных, экономических и политических условий (или сил) самих по себе, они всегда находятся в контексте восприятия и чувства. Не бывает по отдельности и ценностей, идей и убеждений; как социальное явление они всегда взаимосвязаны с “материальными интересами”. Власть — в то же время и идея, справедливость — в то же время и сила. Ни одно не является причиной другого, в физическом смысле слова.

Чтобы понять, почему произошла такая великая историческая перемена, нужно выйти за пределы взаимоотношений между идеями и материальными условиями и войти в само время и обстоятельства, и не только для

того, чтобы их описать, но и для того, чтобы показать их историческое значение, их смысл для прошлого и будущего. Такие правовые институты, как корпоративность города, отчуждаемость городской собственности, свободы граждан, следует понимать отчасти как проявление идей и ценностей, а отчасти как орудия экономической и политической власти. Однако их надо понять и как важные исторические события, и как звенья важной цепи исторических событий. Это были не просто “проявления” и “орудия”, они были, они происходили, и, зная, когда и как они происходили, мы сможем понять, *почему*. Поистине, нет другого способа дать удовлетворительное объяснение правовых институтов западного города. Кроме объективно-материалистического “почему” и субъективно-идеалистического “почему”, есть еще одно — историческое, то самое “почему”, которое добавляет к внешнему и внутреннему измерениям нашего исследования измерение времени — прошлого и будущего.

13.

КОРОЛЕВСКОЕ ПРАВО: СИЦИЛИЯ, АНГЛИЯ, НОРМАНДИЯ, ФРАНЦИЯ

Папская революция породила новое представление о королевской власти в западном христианстве. Король больше не являлся верховным главой церкви. Эра “священной королевской власти” постепенно подошла к концу. В вопросах, обозначавшихся как “духовные”, епископ Рима был высшей инстанцией не только по отношению к королям, но и по отношению к самому важному суверену из всех, императору. Впервые император и короли стали рассматриваться как “светские” правители, главными задачами которых были, во-первых, сохранение мира в пределах их королевств, т. е. предотвращение насилия и, во-вторых, осуществление правосудия, т. е. управление в политической и экономической сферах. Больше того, даже в этих вопросах церковь играла важную роль.

Сужение королевской власти в церковных вопросах компенсировалось, однако, очень большим ее ростом по отношению к светским политическим образованиям — племенным, местным, феодальным и городским. По словам Джозефа Стрейера, “григорианское понятие церкви почти требовало изобретения понятия государства”¹. Само разделение на духовные и светские политические образования вело к господству территориального представления о королевской власти, согласно которому король больше не рассматривался преимущественно как главный воин клана (или союза кланов) и главный господин в феодальной иерархии. Прежде он непосредственно управлял своими “мудрыми людьми” и высшими ленниками и только косвенно, через них, местными вождями, субвассалами и их подданными. Отныне же он управлял непосредственно — через своих чиновников — всем народом или по меньшей мере всеми свободными людьми на той территории, где он являлся сувереном. Это также было постепенным процессом, затронувшим несколько поколений норманнских правителей Южной Италии, Англии и Нормандии и еще несколько поколений во Франции и германских земель.

Новое представление о королевской власти в XII — XIII столетиях впервые включало признание законодательной роли короля. Впервые короли Европы начали регулярно издавать законы и обосновывать законодательство не просто как фиксацию древних обычаев или как крайние меры в чрезвычайных ситуациях, а как нормальное осуществление королевских функций, основную часть ответственности короля за сохранение мира и отправление правосудия. Королевское законодательство стало выделяться из королевского управления, финансовой и военной деятельности и политики вообще.

Кроме того, процесс королевского управления стал профессиональным и дифференцированным, и в этом смысле бюрократизированным. Законотворчество осуществлялось посредством нового профессионального органа, обычно называвшегося “королевским советом”, который был меньше по размерам и совсем иным по своей природе, чем старые племенные консультативные собрания и феодальные большие советы. Само название “королевский двор” (*curia regis*) перешло от королевского домашнего хозяйства, как целого, на королевских должностных лиц, профессионально исполнявших законодательные, административные или судебные функции. Служащие королевского домашнего хозяйства стали главами ведомств: секретарь стал главой канцелярии, финансовый чиновник — главой казначейства и т. д.²

Новое правовое представление о королевской власти многим было объяснено новому правовому представлению о папской власти, первоначально провозглашенному в 1705 г. папой Григорием VII в его Диктатах папы. Подобно тому как папа являлся главой корпоративной церкви, управляемой на основе совокупности права, обогащенной папским законодательством и судебными решениями, так и короли стремились объединить свои королевства с помощью совокупности права, которую они расширяли посредством своего законодательства и своих судебных решений. И подобно папам, короли законодательствовали и судили с помощью должностных лиц, специально профессионально подготовленных для этих целей.

Иногда высказывается мнение, что новое представление о короле как законодателе сложилось в результате открытия римских текстов Юстиниана в последние годы XI столетия и последующего развития новой науки римского права в европейских университетах. Зерно истины в этом мнении состоит, во-первых, в том, что сторонники королевских законодательных полномочий обращались к римским текстам, чтобы найти обоснование для них и, во-вторых, что короли нашли в терминологии римского права многое для своего собственного законодательства. Однако сторонники папских и городских законодательных полномочий делали то же самое. “Аргументация с помощью римского права”, как это было названо, была главным образом именно аргументацией, обоснованием, а не мотивацией или причиной. То, что мотивация и причина развития королевских законодательных полномочий не могут по существу объясняться открытием римского права, очевидно из того факта, что эти полномочия были наибольшими в Англии, Нормандии и в норманнском Сицилийском королевстве, где возрождение римского права происходило менее активно, тогда как в Северной Италии, где оно, напротив, было наиболее активным, законодательные полномочия императора оставались рудиментарными, а королевская власть не существовала вовсе.

Соединение территориального и правового представлений о королевской власти породило систему королевского права в каждом из европейских королевств. Короли учреждали центральные суды, имевшие на подвластных территориях юрисдикцию по определенным типам дел, и издавали законы, которые должны были применяться в этих судах. В дополнение к законам, издававшимся королями, королевские суды также применяли правовые принципы, понятия и нормы, считавшиеся обязывающими по всей стране — “право страны” (*lex terraе*) — и выводившиеся в соответствии с новой правовой наукой из обычаев, разума и совести. Эта правовая наука была оплодотворена новым римским правом университетов и новым каноническим правом церкви.

На территориях различных королевств Европы общее право королей и королевских судов постепенно заменило большинство разнородных черт племенного, местного и регионального права. В Англии, например, оно заменило право Уэсекса, право Мерсии и Датское право, на которые право Англии все еще подразделялось в начале XII столетия. В Сицилии законы греков, арабов, ломбардцев и норманнов были подчинены общему праву Рожера II, правившего с 1112 по 1154 г. Рожер II был первым из великих королей-законодателей XII столетия. За ним последовали во второй половине XII в. Генрих II в Англии (1154—1189), Фридрих Барбаросса в Германии (1152—1190), Филипп-Август во Франции (1180—1223) и граф Филипп во Фландрии (1169—1190) в Англии, Людовик IX во Франции (1226—1270) и Фердинанд III (1216—1252) и Альфонс X (1252—1284) в Кастилии и Леоне. В противоположность законодателям гораздо более позднего времени эти короли издавали законы, главным образом относившиеся к установлению процедур и средств правовой защиты в королевских судах. Тем не менее список важных законодательных актов, изданных европейскими монархами в XII — XIII вв., производит впечатление (см. табл. 2).

До конца XI и начала XII столетия королевства объединялись — в той степени, в которой они вообще были объединены, — не совокупностью общего права, реализовывавшегося королевскими должностными лицами, а личностью самого короля и верой в его священную природу и чудотворные возможности. Это обстоятельство наглядно иллюстрировалось странствующим характером королевской власти в ту более раннюю эпоху: короли постоянно объезжали свои владения, чтобы подавлять восстания и осуществлять правосудие. Крупные феодалы, являвшиеся их вассалами в сельской местности, управляли не в качестве их представителей или чиновников, а как автономные правители. Были, конечно, исключения (имеется в виду Карл Великий), но в целом императоры и короли германской эпохи воплощали, с одной стороны, и главным образом духовное единство — по современной терминологии, идеологическое единство — их подданных, а с другой стороны, их военное единство в сопротивлении языческим вторжениям с севера, востока и юга. Экономически, политически и прежде всего в правовом отношении едва ли имелось какое-либо единство вообще. Это положение дел драматически менялось в конце XI и начале XII столетия. Верховная забота о церковном единстве стала прерогативой папы, тогда как короли во многих частях Европы приобрели сильно возросшую светскую власть, включая экономическую, политическую и юридическую, по отношению к меньшим светским политическим образованиям. Немецкий историк Генрих Миттайс был прав, го-

воря, что “XII столетие еще не пришло к абстрактной концепции светского государства как корпоративной единицы или “юридической личности”. Он был также прав, говоря, что “борьба за инвеституру породила более широкое понятие функций и компетенции государства.” Но он был не совсем прав, утверждая, что “вера в священную природу и чудодейственные силы королевской власти, будучи унаследована из языческого прошлого и сохраненная ранней средневековой церковью, пережила борьбу за инвеституру”³.

Это утверждение может быть правильным, если XII в. сравнивается с более поздним временем, скажем, с XIV в. и последующим периодом. Но оно неверно, если сравнение проводится между XII столетием и столетиями, предшествовавшими борьбе за инвеституру. Достаточно напомнить контраст между “Policraticus” Иоанна Солсберийского и “Norman Anonymus”. Миттайс сам добавлял: “Верно, что правители XII в. имели склонность к принятию все более светской позиции по отношению к политике”. Понятие светского государства, считал он, отражалось в том обстоятельстве, что “должностные лица королевского двора — особенно во Франции и в Англии — имели тенденцию к превращению в узкий совет специализированных постоянных администраторов”⁴. Однако речь шла о большем. Правитель сам становился конституционной фигурой, должностным лицом с юридически оформленными функциями, *imperium* которого, как говорил Азо, был ограничен, по меньшей мере теоретически, его *iuradictio*, его легитимной властью. Властные полномочия короля были конституционно ограничены также правом подданных на сопротивление неправомерным приказам короля, доходившим даже до права и обязанности убить короля-тирана (*rex tyrannus*).

Несомненно, эти конституционные права подданного были большей частью теоретическими в том смысле, что обычно индивидуальные субъекты были слишком слабы, чтобы отстоять их. Однако имелись существенные ограничения королевской власти, частично обусловленные практическими трудностями коммуникаций, способствовавшими медлительности, препирательству и лишь внешним формам проявления повиновения, а частично связанные с различными сообществами, в которые входили индивидуальные субъекты: феодальная аристократия, горожане, купцы, духовенство, а также местными, региональными и клановыми сообществами, которые по-прежнему требовали верности себе своих членов. В последующие столетия эти различные сообщества в конце концов стали требовать представительства в собраниях (“парламентах”), дававших советы монархам и иногда сопротивлявшихся им. Кроме того, совершенно независимо от политического представительства, различные классы населения составляли “сословия”, с которыми короли всегда должны были считаться. Даже там, где отстаивалась теория тирании, как в норманнском Сицилийском королевстве, такие практические ограничения королевской власти являлись существенными. Один из исследователей правильно описал политический строй Сицилии в апогее королевского деспотизма как “динамическую напряженность отношений между привилегированными классами, которая способствовала постоянному пересмотру отношений между короной и сообществом”⁵. Это описание подходит даже больше к другим светским территориальным монархиям того времени.

Обобщая сказанное, следует сделать вывод, что в большинстве частей западного христианского мира в конце XI, в XII и XIII столетиях возник

новый тип политического сообщества — светское территориальное королевство, имевшее девять важных черт.

1. Король больше не являлся высшим духовным лидером в своих владениях; он стал вместо этого светским (или преходящим) правителем, подчиненным в духовных вопросах Римской церкви, возглавляемой папой.

2. Король больше не являлся просто первым среди своих ведущих мудрецов и воинов и главным сеньором над своими вассалами, вместо этого он стал обладать полномочием прямого управления всеми подданными в пределах своего территориального домена.

3. Главными задачами короля как преходящего правителя всех своих подданных было сохранение мира и осуществление правосудия, что на практике означало, главным образом, подавление насилия и регулирование отношений по поводу землевладения.

4. Эти и другие задачи король осуществлял через органы, состоявшие из профессиональных королевских должностных лиц, включая профессиональных королевских судей, и через штаты профессиональных королевских служащих, а не только, как прежде, через автономную феодальную аристократию, власть которой основывалась на ее собственном наследуемом статусе.

5. Король также впервые стал претендовать на свое право и обязанность законодательствовать, т. е. более или менее часто, по мере надобности, издавать законы.

6. Подобно церковному государству, возглавлявшемуся епископом Рима, и городам-государствам, возглавлявшимся мэрами, консулами и другими должностными лицами, королевское государство также разработало с помощью профессионально осуществляемого судебного разбирательства и законодательства свою собственную совокупность права.

7. В политической и правовой теории власть короля была ограничена конституционными средствами, включающими ограничение его юрисдикции и осуществление власти в рамках его юрисдикции, и эти ограничения заходили настолько далеко, что предоставляли подданным теоретическое право и обязанность сопротивляться неправомерным приказам и даже использовать силу против короля-тирана.

8. В политической и правовой практике власть короля была ограничена властью различных сообществ в пределах королевства, включая такой класс, как духовенство, власть которого выходила за территориальные границы королевства. Власть купеческого класса также имела международный характер.

9. Короли составляли международную профессиональную элиту. Они очень часто были связаны кровным родством, и было несколько необычным, чтобы какой-нибудь король женился на женщине, не являвшейся членом королевской семьи другого европейского королевства. Такие взаимные браки между королевскими семьями, конечно, укрепляли общее осознание королями того, что означала королевская власть на практике и в теории. Все наблюдали друг за другом, хотя бы как за потенциальными кандидатами на брачные союзы. Больше того, каждый отчасти обосновывал свой королевский статус признанием его легитимности другими королями. Это был первый этап в развитии новой европейской системы государств, в которой каждое из них определяло свой политический характер как государства на основании своего

участия в системе государств и совокупности международного права, создававшегося этой системой, определявшей государственный суверенитет.

Эти общие черты нового типа королевской власти, возникшей в Западной Европе в конце XI, XII и начале XIII столетия, проявлялись во многих различных формах в разных западных королевствах: Сицилии (включая южную Италию), Англии, Нормандии, Франции, германских герцогствах, Фландрии, северных испанских королевствах, Дании и Венгрии. Сам по себе приведенный перечень свидетельствует, что было большое разнообразие видов внутри одного и того же рода власти.

НОРМАННСКОЕ СИЦИЛИЙСКОЕ КОРОЛЕВСТВО

В течение столетий Италия южнее Рима находилась главным образом под властью либо Византии, либо исламских халифатов, либо под их двойной властью, а население было преимущественно греческим и арабским, а также латинским и в меньшей степени еврейским. Кроме того, некоторые территории находились под властью лангобардов. Такова была ситуация, когда норманны вышли на историческую сцену.

В первые десятилетия XI в. норманнские рыцари стали поодиночке и небольшими группами отправляться в Италию для службы наемными солдатами или в поисках удачи иными средствами. Среди них были одиннадцать сыновей мелкого норманнского барона по имени Танкред де Отевилль. Сыновья Танкреда организовывали все большее число своих норманнских соотечественников, совместно с наемниками для успешных военных рейдов в Апулию, Калабрию и Капую. К 1050-м гг. они утвердились как правители больших территорий на юге Аппенинского полуострова и готовились вторгнуться на Сицилию.

Однако в 1050 г. папство, готовившееся сбросить с себя оковы императорского господства и даже мечтавшего о крестовом походе против ислама для освобождения Гроба Господня, также обратило свои взоры на южную Италию. В 1053 г. папа Лев IX сделал серьезную ошибку, направив против норманнов войско численностью свыше тысячи наемников из Швабии, Ломбардии и других областей, рассчитывая наконец остановить этих разбойников и мародеров. Но папское войско было разбито наголову при Цивитате, к востоку от Неаполя⁶.

После этого папство взяло другой курс: оно стремилось привлечь норманнских вождей как союзников в предстоящей борьбе против императора. В 1059 г. на синоде, состоявшемся в Мельфи в Апулии, папа Николай II принял в число своих вассалов двоих сыновей Танкреда — Роберта Гвискара (Роберта Хитрого) в качестве “герцога Апулии и Калабрии, милостью Бога и Св. Петра, а в будущем, с их помощью, герцога Сицилии” и его брата Ричарда в качестве князя Капуи. В ответ на эту папскую легитимацию их претензий на создание королевства Роберт и Ричард поклялись защищать личность и статус папы Николая II, отстаивать свободу выборов папы, провозглашенную впервые несколькими месяцами раньше в Риме, и “поддерживать Святую Римскую церковь повсюду и против кого бы то ни было во имя сохранения и приумножения достояния Св. Петра”. Укрепленный, или по

меньшей мере поощренный, папской поддержкой, младший брат Роберта Гвискара Рожер де Отевиль взял на себя ведущую роль в войнах против мусульман за завоевание Сицилии в 1060-х г., а в 1072 г. Роберт Гвискар и Рожер захватили Палермо — тогда самый крупный город в христианском мире, за исключением Константинополя. Роберт Гвискар объявил себя королем Сицилии и отдал большую часть королевства Рожеру в качестве лена.

Рожер, принявший на себя титул великого графа Сицилии, который он носил до своей смерти в 1105 г., собственно говоря, не был королем, хотя он обычно упоминается как Рожер I, а Роберт Гвискар (умерший в 1085 г.) был королем только по собственному назначению. Однако оба претендовали на роль, отводившуюся королевской власти в XI столетии и описанную в “Norman Anonymus” в 1100 г.: роль наместника Христа, главного священника и главного правителя, наделенного Богом неограниченной сакральной, а также политической властью. За сорок лет до того, как папство призвало весь христианский мир к крестовому походу за освобождение Палестины, Роберт Гвискар и Рожер считали свои военные предприятия священными войнами. Отправляясь на битвы против мусульманских войск, они призывали своих сторонников воевать как солдаты армии Христа. Описывая приготовления Роберта Гвискара к вторжению на Сицилию, летописец приводит его слова: “Я хочу освободить католиков и христиан от сарацин и быть орудием Божьего возмездия”. Далее говорилось, что во время последующих боевых действий он убеждал своих приверженцев идти в бой, вдохновляясь святым причастием. “Верьте в Бога, а не в численное превосходство, и полагайтесь на Святой Дух, который даст победу вашему правому делу”⁷. Это был крестовый поход Роберта и Рожера, а не папы, хотя они и были рады папскому благословению.

Помимо предводительства в священных войнах против языческих сарацин, а иногда и против христианских греков, Роберт Гвискар и Рожер также осуществляли высшую власть над церковью в пределах их владений. В завоеванных странах они реорганизовывали епархии или создавали новые, назначали собственных епископов — норманнов или дружественно относившихся к норманнам прелатов. “В ходе моего завоевания Сицилии, — говорил Рожер, — я создавал сицилийские епархии”⁸. Он и Роберт Гвискар были ревностными приверженцами церкви. Оба были озабочены укреплением канонического права и ввели отдельную церковную юрисдикцию для суда над духовными лицами. Но это были их церковь и их каноническое право. Они оставались верховными главами церковного правосудия в рамках их владений.

И в этом им удалось обеспечить себе папскую поддержку. Папа “мог в крайних выражениях осуждать светскую инвеституру, но он обычно подтверждал без реального протеста епископские назначения, сделанные на Сицилии этим “борцом за христианскую веру, воином Рожером”, блестящим в совете и доблестным на войне”⁹. Действительно, в 1108 г. папа Урбан II своей папской буллой предоставил графу Рожеру и его преемникам наследование права папского легата в Калабрии и Сицилии. Эта пресловутая булла (отмененная лишь в 1867 г., незадолго до объединения Италии) гарантировала, что ни один папский легат не вступит во владения Рожера без согласия последнего.

Почему папство в апогее папской революции согласилось пожертвовать во имя союза с норманнскими правителями Сицилии основным принципом ради которого осуществлялась революция, а именно свободой церкви?

Во-первых, папство нуждалось в поддержке норманнской военной силы для защиты Рима против императора. И действительно, в 1804 г., когда Генрих IV после долгой осады ворвался в Рим, Роберт Гвискар выступил против него с большим войском калабрийских и сарацинских наемников и заставил его уйти.

Во-вторых, папство нуждалось в союзе с норманнским королевством Сицилии для легитимации его борьбы за политическую независимость церкви и особенно для легитимации его бунта против политического господства императора над папством. В 1059 г., когда Пасхальный собор в Риме провозгласил свободу папских выборов, папство все еще было, с политической точки зрения, составной частью империи. Оно не имело права поддерживать независимые политические отношения с любым другим политическим образованием. Существование норманнского политического образования давало папству возможность установить политические отношения с другой властью независимо от императора или кого-то еще. То обстоятельство, что Роберт Гвискар и его братья находились вне империи, усиливало значение этого приятия независимой папской власти на ведение внешнеполитических отношений. Таким образом, союз с норманнами юга означал важный шаг в формировании папства как определенного государства в новом смысле.

Папство, однако, заплатило высокую цену за этот шаг. Норманнские правители Южной Италии были безжалостными тиранами, они и их преемники не только господствовали над церковью в своих владениях, но также проявляли редкую жестокость, совершенно несовместимую с их страстной верой во Христа. Например, в 1804 г., три дня спустя после освобождения Рима Робертом Гвискаром и его войсками от императора Генриха IV, эти войска начали, под предлогом подавления восстания, жечь, грабить и разрушать город, насиловать и убивать людей и отправлять в рабство многих видных граждан. Папа Григорий VII бежал в отчаянии из своей столицы, разоренной не его императорскими врагами, а норманнскими союзниками и освободителями.

Если обратиться к другой стороне вопроса, то почему норманнские правители были готовы во имя союза с папством рисковать своими абсолютистскими теориями власти и концепциями священности королевской власти? Почему, в самом деле, ради этого союза они были готовы воевать с императором, хотя в то время они даже не имели для этого причин и были полностью заняты арабами и греками на юге?

Во-первых, Роберт Гвискар и Рожер нуждались в благословении папства, чтобы стать королями. Иначе у них была бы сила, но не власть. У германских королей власть традиционно основывалась на наследовании или выборах. Теория папской партии добавила третий источник королевской власти — освящение королевского титула властью папы. Норманнские вожди не имели наследственного права на управление Южной Италией. Они фактически устроили “избрание” себя своими сторонниками и “освящение” себя собственными прелатами, но никто не был этим обманут. Только епископ Рима мог легитимировать их власть и их завоевания и таким путем закрепить их, так же как только они могли легитимировать его политическую независимость от императора и таким путем закрепить ее¹⁰. Признавая легитимность друг друга, папа и норманнский правитель Сицилии создали два первых новых государства в Европе — одно церковное, другое светское.

Во-вторых, в период борьбы папской партии Римская церковь открыла перед королями и королевствами Европы новую миссию, совпадавшую особенно с интересами норманнских правителей Юга, и в которую эти правители горячо верили. Частично миссия была геополитической — объединить Запад против сарацинского мира, повернуть его в военном, политическом и экономическом отношении на юг и восток. Частично миссия была национальной — побудить светских правителей к организации соответствующих территориальных политических сообществ и установлению мира между воюющими племенами и феодалами. Частично миссия была правовой — водворить справедливость и реформировать мир посредством права. Норманны Южной Италии с энтузиазмом подхватили эти цели папской партии. Они были рады вести войска в крестовые походы против сарацин и греков и в конце концов установить мирные и торговые отношения между многоязычными народами своего и соседних королевств. Они были также, подобно их соотечественникам-норманнам в Нормандии и Англии, способными администраторами и юристами и стали разделять веру папства в реформирующую и спасительную силу правовых учреждений.

Связи с Римом помогли норманнам создать в Южной Италии не только легитимную государственную власть, но также блестящую цивилизацию — практически самое богатое и мощное государство и самый крупный центр искусства, науки и техники на Западе в середине XII столетия. При Рожере II (1112—1154) его столица, Палермо, была самым большим и космополитическим городом на Западе. Его торговый флот был самым большим в Европе. Палермо был зернохранилищем для Северной Африки и самым крупным поставщиком шелковых тканей на европейский континент. Он занимал ведущие позиции в астрономии, географии и других науках, опираясь в значительной мере на интеллектуальный потенциал мусульманского мира, а через него и Востока, включая, возможно, и Китай. Медицинская школа в университете Салерно была лучшей в Европе. Представители литературы и науки при королевском дворе в Палермо сочетали лучшие из латинских, арабских и греческих традиций. Были популярны французская и арабская поэзия, труды Платона, Евклида и Птолемея переводились на латинский язык. Дворцы и соборы Сицилии XII в., сочетавшие норманно-романский архитектурный стиль с византийским искусством мозаики, остаются среди самых крупных художественных сокровищ Европы.

Однако норманны также в конечном счете заплатили высокую цену за их союз с папством. Противоречия между их приверженностью Римской церкви и тотальным господством над духовенством в их владениях, между их приверженностью законности и собственной тиранической властью, между их страстной христианской верой и варварской жестокостью, а также противоречия между западными, византийскими, мусульманскими, норманнскими, греческими и арабскими компонентами их культуры вели их к саморазрушению. Это саморазрушение наступило после того, как внук Рожера II, император Фридрих II, являвшийся также внуком императора Фридриха Барбароссы, использовал свою мощную власть для восстановления императорского верховенства над церковью и подчинения своему господству не только Южной Италии и германских территорий, принадлежавших ему по наследству, но также итальянских городов Севера. Действительно, Фридрих, являвшийся,

возможно, самым блестящим и могущественным монархом в истории Европы после Карла Великого и до Наполеона, не остановился на Италии, а принял, несмотря на папское отлучение от церкви, крестовый поход и короновал себя как король Иерусалима.

Когда он умер в 1250 г., его сын Манфред продолжил его политику подчинения североитальянских городов до тех пор, пока папа Урбан IV не нашел защитника в лице Карла Анжуйского, которому он предложил корону Сицилии за свержение Манфреда. В 1266 г. Карлу это, наконец, удалось. Однако и Карл также был чрезмерно самонадеян, заносчив и жесток. Население Сицилии, которую он подчинил деспотическому господству французов, в 1282 г. восстало и перебило французских порабощителей. Это восстание, названное Сицилийской вечерней, в конечном счете имело результатом изгнание французов с Сицилии и ограничение их власти Калабрией и Апулией, которые с тех пор стали называться Неаполитанским королевством. Сама Сицилия с тех пор находилась под властью дома Арагонов. Обе части политического образования, названного позднее "обеими Сицилиями", были опустошены и деморализованы во время войн, приведших к их разделению, и с тех пор уже не смогли полностью оправиться.

Норманнское государство

Если бы норманнское Сицилийское королевство, являвшееся сильнейшим королевством Европы в XII столетии, имело будущее, сравнимое с будущим норманнского королевства Англии, то политические и правовые институты, созданные в Сицилии в XII столетии, изучались бы столь же много и были столь же известны сегодня, как и институты Англии XII в., поскольку Сицилийское королевство представляло собой первое территориальное государство на Западе с первой новой западной системой королевского права.

Сицилийские норманны продемонстрировали тот же самый управленческий гений, что и их соотечественники в Нормандии и Англии. Характерно, что они не пытались ликвидировать ранее существовавшие политические и правовые институты завоеванных народов, а скорее стремились в максимально возможной степени использовать их в рамках новой политико-административной правовой структуры, которая была одновременно и более централизованной и более децентрализованной.

Подобная готовность сохранять старое и приспособлять его к новому была характерна для тех скандинавов, которые в 911 г впервые постоянно поселились в империи франков на территории, ставшей называться Нормандией. Они уважали наиболее развитые обычаи побежденных франков, ассимилировали их и приспособляли к новым условиям. Их потомки, оккупировавшие Англию полтора столетия спустя, также стремились сохранить, где возможно, политические и правовые институты англосаксов. Так и в Южной Италии норманнские правители приспособляли к собственным нуждам различные черты ранее существовавшей политической и правовой культуры, в то же самое время трансформируя эту культуру в новый тип государства и новый тип права.

В Южной Италии норманны встретили развитое, хотя и клонящееся к закату политическое образование, само по себе представлявшее собой со-

единение многих элементов. Оно находилось частично под управлением мусульманского губернатора в Палермо, называвшегося “эмиром” и правившего самовластно с помощью ряда правительственных органов. Норманнские правители, начиная с Роберта Гвискара, сохранили должность губернатора в Палермо и даже титул “эмир”, переведенный на латинский лад как *amiratus* (от которого происходит современное морское звание “адмирал”), более того, большинство лиц, занимавших эту должность в первое столетие норманнского господства, были греческого или арабского происхождения. *Amiratus*, подобно его предшественникам, управлял с помощью правительственных органов, в которых работали чиновники, подготовленные на основе прежней административной теории и практики — главным образом византийской в Апулии, преимущественно арабской в Сицилии. Норманны, однако, ввели систему экзаменов для поступления на гражданскую службу представителей различных классов. Это нововведение могло быть подсказано китайской практикой, о которой могли рассказать арабские или еврейские путешественники¹¹.

Помимо использования существовавших учреждений норманны создали новые, тесно связанные с королевским двором. Одним из них была канцелярия, вероятно, организованная по образцу папской канцелярии. Ее глава, сначала называвшийся протонотариусом (*prironotary*) и позднее канцлером, хранил королевскую печать и был ответствен за издание от имени короля мандатов, дипломов, указов и разнообразных предписаний. Канцлер Рожера II, Гварин, был вторым “я” короля и управлял королевством, когда Рожер был на войне.

Другим новым центральным учреждением было казначейство, сначала называвшееся *dogana*, занимавшееся ведением королевских счетов и управлявшее разработанной системой налогообложения. Казначейство заимствовало некоторые свои черты из ранее существовавшего арабского финансового учреждения *diwan* и арабской системы ведения счетов. Вероятно, оно также много заимствовало из высокоразвитой структуры финансового управления и налогообложения, созданной в конце XI и начале XII столетия в римской курии. Еще одним новым официальным органом, созданным норманнами, был профессиональный королевский суд с юрисдикцией в отношении наиболее серьезных преступлений, а также гражданских споров между свободными людьми, включавших нарушение домашнего мира и права собственности на фригольд.

В 1136 г. Рожер II назначил “юстициария” для разбирательства дел и руководства королевской системой правосудия. Королевский суд командировал в провинции судей для проведения судебных сессий. Со временем такие путешествующие судьи заняли на местах постоянные должности, а верховный суд в Палермо стал предназначен для наиболее важных дел. К концу XII столетия суды феодалов и городов перешли в прямое подчинение королевских судов, которые имели монополию по делам, называвшимся по-разному: “уголовные процессы”, “процессы меча”, “кровная юрисдикция” и “высокое правосудие”. Они не имели аналогов в византийской или мусульманской практике.

Норманны в Сицилии XII в. создали также институт королевских бейлифов, называвшихся *baiuli*, похожих по названию и функциям на бейлифов (*ballivi*) герцогства Нормандского. Они были, во-первых, исполнительными чиновниками короля, направлявшимися для исполнения королевских приказов. Позднее они приобрели более широкие административные и квази-ад-

министративные полномочия. Они находились в должности в течение определенного срока. В XIII столетии, при Фридрихе II, они стали оплачиваемыми и сменяемыми чиновниками.

С помощью таких сложных управленческих институтов норманнские короли Сицилии укрепляли свои связи с населением в целом и свой контроль над феодальной и городской аристократией. Король был не просто сюзереном своих вассалов, получавших лен непосредственно от него, он управлял всем народом на своей территории непосредственно, хотя и не во всех областях жизни. Если его вассалы намеревались осуществить свое феодальное право сопротивления ему, то он мог обратиться ко всему населению за военной поддержкой и мог использовать не просто феодальные, но и королевские меры наказания, включая разрушение замков, денежные штрафы, заключение в тюрьму и объявление вне закона¹².

Централизованный контроль сицилийской монархии над феодальной аристократией проявился в системе военной службы, и особенно в издании письменного реестра установленных повинностей рыцарской службы. *Catalogus baronum*, изданный Рожером II, устанавливал количество конных рыцарей, которых должен был выделить королю каждый барон. Однако это было лишь минимальное количество, и в случае нужды корона могла призвать к оружию весь народ. По-видимому, имелось положение о замене рыцарской службы денежным платежом¹³. Очень вероятно, что сицилийский "Реестр баронов" послужил моделью для английских и норманнских положений о рыцарской службе 1166 и 1172 гг., и реестра ленов (*scripta de feodis*) короля Филиппа-Августа во Франции.

Другим примером централизованного контроля сицилийской монархии над феодальной аристократией была практика упоминания вассальной верности королю в каждой взаимной присяге на верность, приносимой вассалом и его господином. Еще одним примером было сохранение королевского права давать согласие на женитьбу вассала или субвассала, осуществлявшегося большей частью косвенно в виде налога, но могущего быть примененным непосредственно в качестве политической меры. Оба этих примера имеют аналогии в Англии XII в., где также осуществлялся подобный королевский контроль над феодальной аристократией через канцелярию, казначейство, командированных королевских судей, шерифов, институт рыцарской службы и резервное право всеобщего военного призыва (*fyrd*).

Однако, в противоположность Англии, а также другим странам Европы, норманнские короли Южной Италии не считались подчиненными праву (и в этом смысле хотя бы — прототипами конституционных монархов), а напротив, рассматривались как автократы и даже тираны. Возможно, здесь оказали влияние византийская и арабская модели правления. Управляя церковью подобно византийским императорам, норманнские короли были главными священниками своего королевства. На мозаике в церкви Марторана в Палермо, построенной в XII столетии, изображен король Рожер II, получающий свою корону непосредственно от Христа, без посредничества папы или архиепископа, а аналогичная мозаика в соборе Монреалья изображает его сына Вильгельма II, также получающего свою корону непосредственно от Христа. Более того, в норманнском Сицилийском королевстве не было вольных городов, т. е. города управлялись лицами, назначенными короной, и хотя городские при-

вилегии существовали, города всегда были подчинены воле короля. Наконец, король был не высшим лицом в феодальной иерархии, а непосредственным господином всех субвассалов и практически всех жителей на принадлежавшей ему территории. Во всех этих отношениях он был автократом (“самодержцем”) без каких-либо ограничений его юрисдикции.

Он был к тому же тиран в том смысле, что в теории и на практике отсутствовали правовые ограничения его возможности действовать произвольно и деспотически. Его власть была абсолютной в буквальном смысле этого слова, т. е. он был “освобожден” от права. Норманнские короли Южной Италии в целом предпочитали управлять посредством права, и в значительной степени они вынуждены были поступать так для контроля над подданными, но сами они считали себя выше права. На практике они не колебались проявлять варварскую жестокость не только против сопротивляющихся им, но и против покорных. Им нравилось пробуждать даже у своих сторонников не только благоговение, но и ужас.

Исторический опыт существования норманнского Сицилийского королевства ставит под сомнение сложившееся представление, что новая западная концепция законности возникла из компромисса между потребностями и политикой сильных монархий, с одной стороны, и традициями и интересами ранее существовавших феодальных и местных сообществ — с другой. История Сицилии свидетельствует, напротив, что возможно было сосуществование высокоразвитой системы королевского права, охватывавшей страну сверху до низу, и деспотической власти правителя. Имеется бросающаяся в глаза сходство между системами королевского права в Англии и Сицилии в XII столетии: в обоих случаях монархия устанавливала связи с населением как целым и, создавая централизованную правовую систему, доходившую в своем действии до каждого человека, добивалась успеха в ограничении особых интересов феодальной аристократии. Однако в Англии, как отметил Миттайс, “королевское право всегда находило свои пределы в правовом чувстве сообщества”¹⁴. В Южной Италии никогда не было сильной традиции племенного (кланового) и регионального обычного права, которая существовала в германской и франкской Европе. Возможно, слабость правосознания сообщества толкала его правителей на крайности, возможно, их претензия на неограниченную власть еще больше ослабляла это правосознание. Более простое, но близкое к истине объяснение состоит в том, что в Англии, как и в других странах Запада, помимо Сицилии, римская церковь была достаточно сильна, чтобы существенно ограничивать и власть, и авторитет монархии.

Личность Рожера II

В процессе поиска причин исторического развития нетрудно убедиться, что отдельные личности могут играть значительную роль, особенно в эпоху быстрых правовых изменений и, однако, обычно очень трудно оценить эту роль с высокой степенью точности. Эпоха ли создает человека или человек эпоху? Рожер II был, очевидно, нужным человеком в нужное время. Родившись в декабре 1095 г., Рожер был девяти лет от роду, когда в 1105 г. умер его отец, великий граф Рожер I. Его мать Аделаида, родом из Северной Ита-

лии, была третьей женой великого графа и управляла в это время в качестве регента, опираясь главным образом на сицилийских министров греческого или арабского происхождения. В 1112 г., в шестнадцать с половиной лет, Рожер считался уже достаточно зрелым, чтобы управлять от своего собственного имени. Выросший в преимущественно арабском городе Палермо, окруженный мусульманскими и греческими воспитателями, секретарями и чиновниками, он получил наиболее совершенное по тому времени образование по географии, математике и естественным наукам, знания в области византийского и норманнского искусства и музыки, поэзии и философии как Востока, так и Запада.

Во время регентства матери и в первые десятилетия его собственного правления часто происходили восстания баронов. Рожер был решительным и удачливым, но не увлекающимся воином. Он не был воспитан в феодальных добродетелях и ценностях. Скорее, он был подготовлен для абсолютной власти типа той, которой обладали раньше римские императоры Византии и в его время султан Египта. Как писали авторы хроник того времени, Рожер жаждал власти и славы, но предпочитал завоевывать и сохранять их в меньшей степени путем войны, чем посредством дипломатии и интриг. Он описывается как умный, хитрый, терпеливый, иногда зростный, иногда щедрый, сочетающий просвещенную терпимость с ужасной жестокостью, правитель. Мстя восставшим баронам, он не колебался разрушать города до основания и уничтожать всех оставшихся там мужчин, женщин и детей. Но гораздо больше он предпочитал занятия наукой и философией, музыкой и искусством, блеск и пышность жизни двора, наслаждения гарема.

Было ли что-либо в личности Рожера, что привлекало его внимание к праву? Можно ли предполагать, что он видел в праве и ключ к власти и славе, и мирное средство контроля над своим многоязычным королевством. Несомненно, что его амбициозное стремление быть похожим на императоров Восточной Римской империи побуждало его также и к законодательствованию. Кроме того, он имел перед собой другие примеры: пример папства, как раз в тот период осуществлявшего активную разработку новой совокупности канонического права, и гораздо более ранний пример Лангобардского королевства, имевшего до своего распада писанный кодекс обычного права, — *Liber Papiensis*¹⁵. В королевстве Рожера сохранились некоторые черты римского права и Лангобардского права и, конечно, здесь применялось, как и во всей Европе, каноническое право, по меньшей мере теоретически. Кроме того, сама слабость канонического, Лангобардского, римского и других видов права в Южной Италии, и прежде всего отсутствие сильной традиции народного права, способствовали стремлению создать новую систему королевского права.

Эти причины создания такой системы права существовали помимо личности Рожера II. Конечно, требовалось наличие правителя, обладающего умом, амбицией, силой и подобными качествами, чтобы ответить на потребность времени. Однако Рожер сделал нечто большее, чем решение стоявшей перед ним исторической задачи. Он добавил новый элемент, который легче описать, чем оценить. Он выделил из сферы права отдельную юрисдикцию — юрисдикцию короля Сицилии в вопросах “высокого правосудия”, а затем конкретизировал ее посредством системы взаимосвязанных принципов и норм, составивших единую и развивающуюся совокупность права. Он выдвинул ряд

взаимосвязанных принципов, устанавливавших и обосновывавших королевскую юрисдикцию определенного типа. Никто до него этого не делал.

Сделанное Рожером нашло воплощение в “Ассизах Ариано” (1140) и было тесно связано с его личностью и характером, особенно с соединением в них норманнских, византийских и, возможно, арабских качеств. Макс Хофманн справедливо назвал Рожера “первым новым князем”, “основавшим первую абсолютную монархию Западной Европы”¹⁶. Однако Рожер сделал больше. Он основал первую современную систему королевского права, объединил многоязычное разнородное население, имевшее ранее только крайне слабую традицию права, под властью объединенной и развивающейся совокупности правовых норм и процедур, применяемых в королевских судах. Его законодательство не составляло всего объема права, действовавшего в отношении его подданных, и даже не было всем королевским правом, но та существенная часть королевского права, которую оно составляло, была систематизированной и основанной на определенных принципах. Оно не пыталось свести всю сложность и неупорядоченность жизни к некоторой системе или набору принципов, но, скорее, выделяло из этой сложности и неупорядоченности определенную сферу, или юрисдикцию, которой могла быть придана разумная и систематизированная форма, благодаря чему окружающий хаос становился более выносимым.

Норманнская правовая система

То, что норманнские короли Южной Италии использовали право для осуществления своего господства, накладывало определенные практические ограничения на их полномочия и власть.

В противоположность германским королям более ранней эпохи, являвшимся судьями, но не законодателями, норманнские правители XII столетия и последующего периода считали издание новых законов частью функций короля. Рожер II объявил, что король является “создателем законов” (*conditor legum*). Действительно, Рожер издал первый новый кодекс королевского права в истории Запада — Ассизы Ариано. Он был назван в литературе новым кодексом и первым документом такого рода на Западе, поскольку его целью было не просто создать собрание норм и принципов, а систематизированно изложить то, что считалось основными чертами правовой системы. Больше того, он был представлен в качестве позитивного права, введенного в действие королем как законодателем. Конечно, он опирался на обычное естественное и божественное право и соединял в себе многие различные черты византийских, мусульманских, лангобардских, норманнских и романистско-канонических правовых традиций, но придавал этим источникам форму нового и широкого законодательного акта.

Ассизы Ариано состоят из преамбулы и сорока четырех отдельных, пронумерованных статей, многие из которых включают несколько параграфов. Текст дается от имени самого короля, как бы написанный им самим, нет упоминания об ассамблее сановников в Ариано, где Ассизы были приняты. Преамбула провозглашает, что “поскольку Бог в своей милости... восстановил мир и укрепил целостность королевства... мы, король, считаем себя обязан-

ными укрепить пути справедливости и благочестия там, где мы их видим крайне нарушенными. Это проистекает не из гордыни, как будто мы побуждаемся внутренним чувством быть более справедливыми или более умеренными, чем наши предшественники, в издании законов и их истолковании, а потому что... само благочестие научило нас, говоря: “будь милосерден так же, как твой отец”. Особую важность здесь имеют два положения: законы издаются во имя укрепления справедливости и благочестия, и роль короля включает издание законов и их истолкование.

Статья 1 (статья обозначается как Ассизы) озаглавлена “По поводу истолкования законов”. Она устанавливает: “Мы повелеваем, чтобы всеми соблюдались законы, вновь издаваемые нашим величеством и при этом слишком большая строгость в их осуществлении смягчалась чувством благочестия, но и своеволию при этом были положены определенные ограничения, а неясные места должны быть прояснены”. Таким образом, считается, что текст неизбежно содержит неясные места и подлежит толкованию.

Статья 2 озаглавлена “По поводу привилегии святых церквей” и подтверждает, что король будет защищать церкви и сохранять их в неприкосновенности. Интересно то обстоятельство, что в тексте всех Ассиз “церковь” всегда употребляется во множественном числе и, кроме того, нет упоминания о какой-либо церковной независимости от короны или о каком-либо подчинении духовенства папской власти. Права церквей изложены в статьях с 5 по 16, трактующих такие вопросы, как продажа реликвий, право убежища, королевская юрисдикция по делам о нападениях на церкви, привилегии епископов не давать показаний в судах, за исключением некоторых случаев, и привилегии священников не давать присяг, запрещение незаконных тайных молений (домашнего богослужения), запрещение покупки и продажи церковных должностей и подобные вопросы.

Статьи 17—21 посвящены тяжким преступлениям против короны, включая преступные обсуждения приговоров короля, заговоры против него, подделку королевских документов и фальшивомонетничество. Ст. 22 посвящена процедуре расследования по делам о “лживости”, которая затем определена в ст. 22—26 как изготовление фальшивых документов, ложное свидетельство, вмешательство в составление завещаний, присвоение публичных средств чиновниками и судьями и утрата или присвоение умышленно или по небрежности публичных средств.

Статья 27 излагает семейное право (празднование вступления в брак), а ст. 28—33 относятся к половым преступлениям (прелюбодеянию, проституции, сводничеству, изнасилованию). Ст. 34 посвящена процедуре примирения по делам об оскорблениях личности. Только в этом случае предусмотрено частное разрешение конфликта. Согласно ст. 35 телесные повреждения наказываются в зависимости от статуса пострадавшего лица. Ст. 36 устанавливает, что врачи не могут практиковать без разрешения короля (фактически для врачей была введена система экзаменов — первый пример такой системы в Европе). Ст. 38—43 касаются похищения людей (продажи в рабство), убийства в порядке самообороны, освобождения от ответственности детей и психически больных, убийства в ходе ночной кражи, поджога, подстрекательства к преступлению (что само не являлось наказуемым) и отравительство. Последняя статья 44 объявляет наказуемым вынесение судьей ошибочного приговора в силу недобросовестности или небрежности¹⁷.

Макс Хофманн подчеркнул “структурированный” характер Ассиз Ариано по сравнению с “казуистическим” характером более старого ломбардского кодекса Liber Papiensis. Последний был гораздо обширнее, включал около тысячи статей, и имел целью охватить право в целом. Однако, по словам Хофманна, он “пытается регулировать каждую фактическую ситуацию отдельно и редко устанавливает принципы”. Он разобщен, и в нем “полно пробелов и противоречий”. В противоположность этому, Ассизы Ариано не ставят целью охватить все право. Тем не менее, “ни одно из их положений нельзя представить вне связи с другими... Больше того... в сферах, ими затронутых, они достаточно полны, пробелы могут быть заполнены толкованием имеющихся законов в соответствии с целями последних”.

Хофманн добавляет: “Именно эта необходимость толкования законов до их применения укрепляла влияние государственной власти, поскольку толкование не могло быть просто осуществлено любым человеком, а было в принципе правом короля”¹⁸. “Правосудие стало публичным делом, осуществляемым специально подготовленными чиновниками”¹⁹.

Законы Рожера II ясно устанавливали королевское верховенство над церковью, над феодальной аристократией, над городскими коммунами и над народом в целом. Преследование еретиков находилось в ведении монархии и осуществлялось по ее собственному праву, а не во исполнение решения церковных властей. Король строго ограничил юрисдикцию феодальных судов. Ни одному городу не удалось добиться статуса вольного города, все они возглавлялись должностными лицами, назначенными королем. Все население было подчинено королевской власти непосредственно, и заговоры не только против короля, но также и против любого его ведущего сановника наказывались как государственная измена, *laesio maiestatis*.

Королевское верховенство не исключало, однако, прав подданных по отношению друг к другу и даже (в определенных границах) по отношению к королю. В отношении церкви норманнские короли в целом признавали юрисдикцию церковных судов, действующих на основе канонического права, по большинству типов дел с участием духовных лиц, а также по делам о духовных преступлениях мирян, брачных отношениях, завещаниях и любых спорах, где обе стороны соглашались подчиниться церковной юрисдикции. Церковные суды, конечно, сами находились под юрисдикцией короля как наследственного папского легата. Обычно король подчинялся папским решениям и толкованиям права, а в противном случае его решение могло быть отменено папой. Норманнские короли, при всей их кесарепапистской политике, не отрицали (в теории) верховенства папы в духовных вопросах. Даже император Фридрих II в знаменитом письме профессорам и студентам университета Болоньи, в котором он утверждал, что император является наместником Бога на земле по всем светским вопросам, подтверждал, что папа является наместником Бога на земле по всем духовным делам²⁰. Таким образом, дуализм церкви и государства имел в Сицилийском королевстве, как и повсюду на Западе, важные конституционные и правовые последствия, хотя в Сицилии весы склонялись гораздо больше в пользу государства, чем в других местах.

Помимо правовых ограничений королевских полномочий и власти, накладываемых двойной юрисдикцией церковных и светских судов, имелись также правовые ограничения, связанные с двойной юрисдикцией в светской сфе-

ре — феодальных и королевских судов. Король строго ограничил феодальную юрисдикцию, особенно путем изъятия в пользу королевских судов дел о серьезных преступлениях, совершенных светскими лицами, а также многих видов споров по фригольду. Тем не менее в отношении менее опасных преступлений и многих видов гражданских дел каждый феодальный сеньор имел свой собственный суд, в котором участвовали его крестьяне. Это означало, что за пределами городов большая часть местного управления находилась в руках феодалов, правивших главным образом с помощью манориального права.

Кроме того, отношения сеньоров и вассалов регулировались феодальным правом, которое также оказывало ограничивающее влияние на королевский абсолютизм. В XI столетии норманнские правители в Южной Италии раздавали завоеванные земли своим соотечественникам в качестве ленов, лишая прежних землевладельцев их собственности и создавая новую аристократию. Наиболее крупные из новых землевладельцев получали свои поместья непосредственно от короля в качестве его главных ленников и несли обязанность предоставлять ему установленное число конных рыцарей для военной службы. Субфеодизация разрешалась, но субвассалы должны были поставлять на военную службу других, либо служить сами. Размер повинностей вассала господину должен был быть четко определен перед дарованием феода. Проводились четкие различия между различными видами феодальных обязательств. Сеньориальные суды имели компетенцию разрешать споры между господами и вассалами. Королевский суд сам мог выступать как феодальный, где судьями были высшие феодалы. Во всех этих отношениях норманнская Сицилия следовала модели, весьма похожей на модель, которой следовали норманнские правители в Англии и Нормандии. Сицилийский монарх господствовал над своими высшими вассалами, а также их собственными вассалами, в большей степени, чем английский. Тем не менее феодальная система в королевстве Сицилии (особенно в Апулии, где центральная власть устанавливалась гораздо медленнее и было множество мелких феодалов), подобно феодальной системе в Англии и Нормандии, а также во Франции, Германии и в других местах Западной Европы, сочетала элементы централизации и децентрализации, удерживая их вместе с помощью правовых учреждений и процедур.

Судебная власть короля осуществлялась непосредственно его собственной “большой курией” (*magna curia*), состоявшей из него самого и главных должностных лиц его двора, а также различных светских и церковных сановников. Однако с раннего периода также существовали профессиональные судьи, унаследованные от византийской системы правления. Рожер II использовал местных профессиональных судей (юстициариев) в городах и ввел также профессиональных судей в королевскую курию. Профессионалы стали играть доминирующую, а после 1168 г. исключительную роль в центральном суде короля²¹. Рожер II ввел также профессиональных юстициариев на провинциальном уровне, в 1140-х гг. такие юстициарии, многие из которых были епископами и архиепископами, были назначены во все главные подразделения королевства. “Очевидно, группа судей назначалась в конкретный регион на несколько лет”²² Они обладали юрисдикцией в отношении серьезных преступлений, включая грабеж, кражу со взломом, грабеж на большой дороге, изнасилование, убийство, ордалии, клевету уголовного характера и поджог. Менее опасные правонарушения разбирались королевскими должностными лицами меньшего ранга — бейлифами. Кроме того, компетенция провинциальных юстициариев включала разрешение гражданских споров по поводу

земли или вилланов и жалоб о поборах королевских чиновников. Бейлифы имели юрисдикцию по гражданским делам, не связанным с феодальным землевладением.

Чарльз Хаскинс считает, что “нельзя найти различия между вопросами, выносившимися в *magna curia* и представлявшимися на рассмотрение провинциальных судей, так что, вероятно, это были просто две формы одной и той же королевской юрисдикции, но, по-видимому, жалобы подавались в *magna curia* в качестве суда первой инстанции, и судьи обычно действовали на основе королевских указаний”²³.

Процедура разных видов королевских судов (центрального, местного и городского) в норманнской Италии XII в. отличалась по различным типам дел. В ней также проявлялись следы многих различных традиций, включая норманнскую, лангобардскую, византийскую и арабскую. Под лангобардским влиянием сложилась практика использования местных мирян в качестве мудрых советчиков судьям в определенных типах дел. Использовались также германские божьи суды с испытанием огнем и водой и компургацией со стороны двенадцати лиц, а также норманнский суд посредством поединка. Однако под влиянием новой романистско-канонической процедуры XII столетия и новой схоластической правовой науки Рожер II ввел также следственную процедуру, в которой судья допрашивал свидетелей, включая свидетелей, представленных сторонами и исследовал письменные доказательства. Ст. 22 Ассиз Ариано предписывала, что “прилежное следствие должно исследовать аргументы, свидетельства, письменные доказательства и другие указания на истину” и что судья не только должен уважать доказательства, представленные обвинением, но и “занимать серединную позицию по отношению к каждому лицу, чтобы он мог вынести приговор в соответствии с тщательным исследованными и имеющими доказательственное значение свидетельствами”. Это очень ранний пример введения системы рационального доказывания в королевских судах Европы. Конечно, в каролингские времена использовались поиски доказательства с помощью допроса или следствия, но в гораздо более примитивной форме, для доказательства фактов по гораздо более узкому кругу дел и только в суде самого короля или в судах специально назначенных церковных или дворянских сановников. Ассизы Ариано, напротив, устанавливали гораздо более разработанную процедуру, распространяющуюся на значительное множество дел во всех судах, имевших юрисдикцию по ним. Больше того, процедура использовалась не только на стадии судебного разбирательства для определения основных фактов правонарушения, но также по уголовным делам, на стадии предварительного расследования для установления вероятного преступника²⁴.

Рост королевского права в норманнской Италии

Приблизительно в течение полутора столетий со времени вступления короля Рожера II на престол в 1112 г. и до смерти его внука Фридриха в 1250 г. правители Южной Италии были среди наиболее могущественных, богатых и в культурном отношении наиболее утонченных светских правителей Западной Европы. Их успех в этих отношениях был обусловлен в значительной мере духом их управленческих и правовых учреждений. Это был, конеч-

но, аристократический дух: король оставался над правом не только на практике, но и в теории. В норманнской Сицилии не было доктрины, похожей на ту, которая позднее была названа в Англии “верховенством права”, а в Германии Rechtsstaat. Была, однако, сильная вера в правление посредством права. Кроме того, господствовало убеждение, что право, с помощью которого правит автократ, имеет функцию поддержания не только порядка, но и справедливости, и, далее, оно понималось как постоянно развивающаяся система, растущая в течение времени. Преемники Рожера опирались на фундамент, заложенный путем периодического издания новых законов с целью учета новых обстоятельств и в то же время при сохранении основных принципов системы как целого.

Фридрих II, наследовавший трон Сицилии в 1197 г. в возрасте трех лет и начавший править в 1208 г. в возрасте четырнадцати лет, завершил процесс централизации и бюрократизации государственной власти, начатый его дедом по матери Рожером. (Его дедом по отцовской линии был император Фридрих Барбаросса, а отцом — император Генрих VI; сам он был коронован как император Фридрих II в 1220 г.). Среди реформ Фридриха II была конфискация всех замков в его южном итальянском королевстве, как на острове Сицилия, так и на полуострове, и превращение их из частных крепостей и резиденций феодалов в правительственные форты, управляемые департаментом обороны и занятые небольшими гарнизонами²⁵. Он перевел всех правительственных должностных лиц на королевскую гражданскую службу, платил им жалованье и возмещал другие расходы королевского управления из поступлений от таможенных сборов, налогов и королевских монополий. Он основал университет в Неаполе со специальной целью подготовки правительственных чиновников. Он создал обширное законодательство и расширил сферу компетенции судебной власти в его применении.

Европейские современники называли Фридриха II “*immutator mundi*” (“реформатор Мира”) и “*stupor mundi*” (“чудо мира”). Он действительно был человеком исключительного динамизма и блестящих способностей, вероятно, одним из наиболее талантливых из когда-либо живших людей. Помимо того, что он был выдающимся военным лидером, государственным деятелем и законодателем, он являлся глубоким ученым, особенно в математике, анатомии и зоологии, он был мыслителем-теоретиком, архитектором, поэтом, писавшим любовные песни на просторечном итальянском языке за два поколения до Данте, и автором книги по соколиной охоте — “Искусство соколиной охоты”, считавшейся наиболее авторитетной из всего написанного на эту тему. Утверждается, что он говорил не только на итальянском, но и на французском, немецком, арабском, латинском и греческом языках. Эти цивилизованные качества соединялись, однако, с крайней безжалостностью и варварством, которые он проявлял не только по отношению к своим врагам, но и по отношению к невинным людям, иногда только ради удовлетворения своего научного любопытства. Безжалостность Фридриха проявлялась также в его жажде власти и убежденности в его предназначении быть абсолютным правителем христианского мира.

В той или иной степени многие из этих противоречивых качеств нашли отражение в его кодификации права королевства Сицилии 1231 г., которую он назвал “Законами Августа” (*leges Augustales* или *constitutiones Augustalis*).

В наше время она обычно называется Liber Augustalis (Книга Августа) и иногда Мельфийские конституции.

Liber Augustalis является гораздо более обширной и систематизированной кодификацией, чем Ассизы Ариано. Она содержит 253 статьи (называющихся “титулами”) объемом около 150 страниц в современном печатном переводе²⁶. Она подразделена на преамбулу и три “книги”, первая из которых посвящена главным образом вопросам публичного порядка, включая материальное уголовное право, отправление правосудия, досудебную гражданско-правовую процедуру; вторая — главным образом гражданско-правовой и уголовно-правовой процедуре, и третья — главным образом материальному гражданскому праву, включая королевское и феодальное право собственности и различные проступки. Все собрание имело целью быть “зерцалом совершенства для всякого, заглянувшего в него, предметом зависти для любого князя, образцом для любого королевства”²⁷. Однако оно также имело целью быть — и было в действительности — ответом на исторические условия, в которых находилось Сицилийское королевство, коренилось в них и ставило целью удовлетворить практические потребности управления.

Западное понимание права как органически развивающейся системы нашло отражение в том факте, что liber Augustalis включала 62 статьи, подчеркнуто приписывавшиеся главным предшественникам Фридриха на сицилийском троне — Рожеру II, Вильгельму I и Вильгельму II. Кроме того, она была позже дополнена новыми указами Фридриха II, под заглавием “Новеллы”.

Пример способа, которым Liber Augustalis опиралась на прежнее законодательство, содержится в двух положениях, касающихся правового статуса женщин. Первый представляет собой закон, приписываемый королю Рожеру: “Мы гарантируем справедливость законов для женщин, страдающих по слабости их пола, устанавливая, что им будет оказываться помощь нами, а также нашими должностными лицами в пределах возможностей, как это положено и необходимо” (кн. 2, титул 41). За этим положением следовал гораздо более широкий закон императора Фридриха, начинавшийся словами: “В целях устранения неясности в законе, изданном божественным королем Рожером, нашим дедом, о восстановлении женщин в их правах и положении, мы постановляем...” Новый закон проводил различие между причинением ущерба женщинам вследствие небрежности или обмана со стороны их опекунов или поверенных, и потерями, понесенными женщинами, имевшими адекватное представительство и не связанными с их слабостью как женщин. Он также перечислял конкретные типы дел, по которым женщины должны иметь защиту от последствий незаконных действий, совершенных ими “из-за незнания закона” или “из-за неведения, обусловленного слабостью их пола” (кн. 1, титул 44).

Другим примером преемственности и развития является воспроизведение очень короткого закона короля Рожера, запрещавшего аристократии, как светской, так и церковной, отчуждать или урезывать королевскую собственность или королевские права (кн. 3, титул 1), за которым следовал закон Фридриха, начинавшийся словами: “В целях дополнения постановления, изданного божественной памятью нашим дедом, королем Рожером, о запрещении уменьшения феодалов и феодальной собственности, мы приказываем, что все отчуждения и договоры любого рода, уменьшающие или изменяющие феодалы

или феодальную собственность, не будут считаться действительными до подтверждения специальным разрешением нашего высочества”. В законе Фридриха далее говорилось, что все присяги или санкции, включенные в такие договоры, не будут иметь законной силы, равно как и решения, основанные на договоренности или переговорах по этим вопросам и вынесенные кем бы то ни было помимо юстициария. Было, однако, установлено исключение для баронов и рыцарей, поселяющихся на наследуемых землях, при условии, что ренты и повинности, полагавшиеся по старому обычаю, не уменьшаются (кн. 3, титул 5).

Третий пример роста права, нашедшего отражение в *Liber Augustalis*, относится к лицензированию врачей. Закон короля Рожера устанавливал, что никто не может стать врачом без экзамена со стороны королевских должностных лиц и судей, “чтобы подданные нашего королевства не могли подвергаться опасности со стороны неопытных врачей” (кн. 3, титул 44). К этому положению Фридрих добавил требование, чтобы претендующий на врачебную практику “был одобрен на экзамене, проведенном на публичном заседании магистрами университета Салерно”, и дополнительно к этому чтобы он представил свидетельства о доверии к нему как со стороны магистров, так и лиц, назначенных королем, и достаточных званиях и чтобы он получил “лицензию на врачевание” от короля или в его отсутствие, от лица, его замещающего. Наказанием за нарушение этого закона была конфискация имущества и тюремное заключение сроком на один год.

Помимо отражения в *Liber Augustalis* западного представления о праве как растущем теле, развивающейся системе принципов, норм, процедур и институтов, в ней также нашло отражение западное понимание права как сложного единства, основанного на синтезе и примирении противоположных элементов. Она составлялась людьми, изучавшими схоластическую правовую науку Болоньи. Сам текст упоминает, что содержащиеся в нем законы были “собраны магистром Петрусом дельла Винья из Капуи, судьей нашего большого суда”, известным тем, что он учился в Болонье и был протее архиепископа Капуанского Джакомо, который сам был преподавателем в Болонье. Многие правовые термины и доктрины заимствованы из текстов Юстиниана, glossированных и комментированных тогдашней правовой наукой. “Однако было бы серьезной ошибкой, — отметил Джеймс М. Пауэлл, — рассматривать *Liber Augustalis* как простую адаптацию юстиниановского права. Фактически способ компиляции позволяет сделать вывод, что речь вообще шла не об этом. Подход состоял в поиске права у предшественников (*viri antiquiores*) в королевстве, а также в судебной практике. Как становится ясным из постановлений, задачей составителей было нахождение общего права королевства и трансформация его в королевское право”. “Но, — добавляет Пауэлл, — если такого права для всего королевства не существовало, а так и было, то задачей было создать его”²⁸.

Сам текст *Liber Augustalis* использует фразу “общее право” применительно и к римскому, и к лангобардскому праву. Кроме того, как подчеркивает Пауэлл, традиции норманнского и лангобардского права представляли собой источник, на который опирался составитель *Liber Augustalis*. Однако прежде всего он “был движим духом схоластики, направлявшим интеллектуальные усилия эпохи на устранение разночтений внутри существовавшей правовой традиции властвования (*regno*) и на сосредоточение правовых знаний —

собственных и своих коллег, вероятно, практических работников судов — в единую совокупность права... Движущая сила в формировании совокупности права исходила из практических политических нужд и внутреннего социального конфликта, с которым сталкивалась сицилийская монархия”²⁹.

Главной политической потребностью сицилийской монархии было придание правовой формы значительному усилению королевской власти, произошедшему к 1231 г. *Liber Augustalis* исходила из духа и теории Папской революции, представляя короля как лицо, обладающее неограниченной властью. Преамбула устанавливала, что “князья народов” являются “судьями жизни и смерти человечества” и “исполнителями тем или иным путем Божьего Провидения”, имеющими право “решать... какую судьбу, достоиние и положение должен иметь каждый человек”. Она также утверждала, что князья “отдают отчет Богу” (подразумевается непосредственно Богу) в их деятельности по защите Святой церкви. В другом месте Фридрих утверждал: “Подобно тому, как Бог Отец проявляет себя во Христе, так и справедливость проявляет себя в императоре. Подобно тому, как Христос основал свою церковь, так и император основал свою империю”³⁰. Церковь, в соответствии с этой концепцией, поскольку она представляет собой зримую, институционализированную церковь, находится внутри империи, и вся преходящая власть церкви подчинена императору.

Фридрих не только бросил вызов преходящей власти папства, но и боролся с ним силой оружия. В 1228 г. он предпринял свой собственный крестовый поход вопреки папским приказам и после захвата Иерусалима вернулся, чтобы разгромить папскую армию, вторгшуюся в его отсутствие в его южное итальянское королевство. Он также боролся против папской власти в северных итальянских городах, по отношению к которым он был императором. В 1245 г. папа Иннокентий IV формально объявил его “отвергнутым Богом”, лишил императорской власти и объявил вне закона.

Тем не менее, несмотря на притязания на абсолютную королевскую власть законодательство Фридриха признавало сохранявшуюся автономию феодального и церковного, хотя и не городского, права.

В отношении феодального права *Liber Augustalis* устанавливала: “Для того чтобы полностью сохранить должный почет... графам, баронам и другим людям рыцарского звания, мы сохраняем для них суды равных их”. Графы и бароны должны были быть судимы “согласно нашим священным указам или, в их отсутствие, согласно одобренным обычаям королевства” (кн. 1, титул 47). За правонарушения, совершенные лицами неблагородного происхождения против благородных, были установлены более суровые наказания, и присяге лица благородного происхождения в делах по взысканию долгов придавался больший вес (кн. 1, титул 101). Кроме того, подлежали защите вдовья права женщин по отношению к лицам, вышестоящим в феодальной иерархии (кн. 3, титул 16). С вассалов могли собираться сборы для выкупа их господина, на возведение сыновей господина в рыцари, при заключении браков его дочерьми и сестрами, а также при покупке им земли в целях службы королю или для его войска (кн. 3, титул 20). Господину было разрешено лишать лена вассала, не пожелавшего дать за него залог или дать наказание в его пользу в судебном разбирательстве, или совершившего тяжкое преступление против него, его детей или его жены, а “в противном случае, если

господин не желает дать залог в суде за своего вассала, обвиненного в уголовном преступлении, не затрагивающем королевское величество, или если беспричинно избивает его, или совершает прелюбодеяние с его женой, или покушается на его дочь против ее воли, - господин теряет присягу вассала и названный человек будет принадлежать непосредственно нашему двору” (кн. 3, титул 19).

В отношении церкви *Liber Augustalis* сохранил закон короля Вильгельма II, предоставлявшего духовенству широкие льготы. Она устанавливала, что “если любое духовное лицо нашего королевства будет обвиняться в чем-либо, за что, как общеизвестно, лицо должно быть привлечено к суду и осуждено, то оно должно быть судимо не нами или нашим судом, а церковью и в суде церкви... Оно также должно быть осуждено в соответствии с канонами и церковным правом, если только оно не обвинено кем-либо в измене или другом тяжком преступлении подобного рода, разбирательство которого относится... к нашему суду” (кн. 1, титул 45). Гражданские иски против духовных лиц по поводу занимаемой ими церковной земли аналогичным образом подлежали рассмотрению только церковными судами, однако иски против духовных лиц по поводу занимаемой ими земли, не принадлежащей церкви, должны были разбираться в суде того господина, которому земля принадлежала (кн. 1, титул 68).

Другой закон короля Вильгельма II, относящийся к духовенству и сохраненный в *Liber Augustalis*, устанавливал, что только тем вилланам запрещалось становиться духовными лицами, которые находились в личной зависимости, но “если кто-либо, держащий лен или бенефиций, захочет стать духовным лицом, он может делать это без разрешения его господина, после возвращения в руки последнего того, что получено от него” (кн. 3, титул 3).

Городское право упоминается в *Liber Augustalis* в немногих местах и главным образом негативно. Города (коммуны), учредившие должности подесты, консулов или другие на основании определенного обычая или в силу избрания народом, должны были быть “обречены на вечное разорение, все жители этих городов должны навечно считаться несвободными людьми... и каждый, получивший любую из названных должностей, должен караться смертной казнью” (кн. 1, титул 50). Кроме того, привилегии, ранее предоставленные Мессине, Неаполю, Аверсе, Салерно и другим городам, и обычаи, соблюдавшиеся в них, на основании которых городским жителям было разрешено уклоняться от юрисдикции центрального или регионального королевских судов, были объявлены недействительными и не имеющими силы (кн. 1, титул 106). Помимо этого, коммуна, которой предъявлялся иск, должна была ответить по нему, в противном случае ей грозил денежный штраф за неподчинение суду (кн. 1, титул 107).

Запрещая создание автономного муниципального управления, *Liber Augustalis* объявляла: “Мы желаем, чтобы повсюду в королевстве существовали только те должностные лица, которые назначены нашим величеством или по нашему приказу: старшие юстициарии (*magistri justitiarum*), юстициарии, казначей, бейлифы и судьи” (кн. 1, титул 50). Все должности в этом перечне являлись судьями, за исключением казначея, но и он, хотя и был преимущественно финансовым должностным лицом, имел некоторые судебные

обязанности. На практике создание централизованного королевского управления в норманнской Сицилии, как и в других местах Европы в XII—XIII столетиях, было тесно связано с расширением судебных учреждений, а также с рационализацией централизованного финансового механизма. Здесь Фридрих продолжал строить то, что начал Рожер и что продолжили затем последующие правители.

Книга 1 *Liber Augustalis*, посвященная главным образом общественному порядку, начинается с осуждения ереси, которая классифицируется как “государственное преступление”, сравнимое с изменой (титул 1). По какой-то причине измена не выделена в специальную статью, она только упоминается как преступление даже “более ужасное, чем ересь, поскольку речь идет о том, что кто-то пытается нанести оскорбление божественному величеству”. Сравнение продолжено далее в титуле 4, который объявляет преступлением, “сравнимым с кощунством”, обсуждение... решений, действий, постановлений и планов короля и вопросов о том, достоин ли своего положения кто-либо, избранный королем” (это был закон короля Рожера, действие которого было сохранено его преемниками).

Затем в книге 1 идет речь о насилии и преступлениях против королевских должностных лиц. Делался сильный упор на то, что пострадавшие должны обращаться в суд, а не осуществлять самосуд. Предоставлено право на самооборону, но оно должно было осуществляться непосредственно на месте события и средства обороны должны соответствовать средствам нападения. Кроме того, можно было убить ночного грабителя, если в этот момент кричать “караул!” В ином случае право на самооборону, “предоставленное правом народов”, должно осуществляться пострадавшим либо публичной властью через преследование в суде.

Было запрещено носить заточенное оружие (при этом был дан список) или кольчугу, за исключением должностных лиц, которые могли носить мечи в деловых поездках за пределами их места жительства. Удар, нанесенный какому-либо лицу запрещенным оружием, наказывался потерей руки. Убийство наказывалось смертной казнью посредством меча, если убийца был рыцарем или имел более высокий статус, и повешением, если убийца имел статус ниже рыцаря. Несовершеннолетние и душевнобольные освобождались от уголовной ответственности. Насильственное лишение сейзины на землю и другую недвижимость влекло штраф в размере половины стоимости собственности, а на движимое имущество - штраф в четырехкратном размере ее стоимости. Лицо, лишенное сейзины, имело право предъявления иска против лица, добросовестно вступившего во владение.

Лица, понесшие ущерб в результате кражи, обмана или применения силы, имели право на возмещение. Если виновные не были найдены, или, как часто бывало, их укрывали местные жители, то возмещение должно производиться “людьми той местности, где было совершено преступление”. Этот закон частично имел целью защиту евреев и сарацин, “преследования которых со стороны христиан, по нашим сведениям, в настоящее время слишком широки”. Пытка, как сказано, может использоваться как исключительное средство для получения информации в связи с укрывательством виновных в таких преступлениях (кн. 1, титул 27. Это единственное место в *Liber Augustalis*, где упоминается пытка).

Растрата публичных средств королевскими должностными лицами или судьями каралась смертью; утрата публичного имущества, нанесение ему ущерба по небрежности или действия, приведшие к его уменьшению, карались меньшими наказаниями “по усмотрению королевской милости” (кн. 1, титул 36, закон короля Рожера).

В книге 1 Liber Augustalis нашли отражение следующие важные черты сицилийской системы отправления правосудия.

1. Юстициариям была предоставлена юрисдикция по делам о грабежах, крупных кражах, разрушениях домов, преднамеренных оскорблениях действием, поджогах, уничтожении фруктовых деревьев и виноградников, нападениях на женщин, дуэлях, по делам об измене, ношении заточенного оружия “и вообще о всех преступлениях, за которые осужденное лицо может понести наказание в виде смертной казни или изувечения”. Они также имели юрисдикцию по гражданским делам, в которых имелась жалоба на отказ в правосудии со стороны казначеев, бейлифов или феодальных господ. Однако некоторые наиболее важные из этих уголовных и гражданских дел резервировались за судом самого короля (титул 44).

2. Судьи должны были получать заработную плату от суда короля и не должны были вообще брать ничего от сторон во время судебных слушаний, “за исключением одноразового приема пищи и питья для себя или для другого”. Однако после вынесения решения или компромиссного соглашения сторон судьи должны были получить от обеих сторон одну тридцатую суммы или оценочной стоимости собственности, по поводу которых велось дело. Имелись также обстоятельства, при которых они должны были получить вместо одной тридцатой или дополнительно одну сотую или одну шестидесятую (титул 73).

3. В качестве адвокатов в королевском суде было разрешено выступать только лицам, проэкзаменованным судьями этого суда и одобренным королем. От адвокатов также требовалось быть проэкзаменованными и одобренными региональными юстициариями (титул 83).

4. Юстициарии должны были принести присягу, “что перед лицом Бога и справедливости они будут без обмана отправлять правосудие для каждого истца и позаботятся о скорейшем обслуживании тяжущихся сторон” (титул 46). Казначей и бейлифы должны были приносить гораздо более детализированные присяги (титул 62).

5. Адвокаты (*advocati*) во всех судах должны были перед допуском к работе и затем ежегодно приносить следующую профессиональную присягу перед юстициариями: “Они будут заботиться о помощи сторонам, защиту которых они возьмут на себя, со всей доверительностью и правдивостью и без всяких хитростей. Они не будут подсказывать им отношение к фактам по делу. Они не будут осуществлять давления против их подлинных убеждений и не будут брать на себя защиту безнадежных дел. Если они возьмут на себя ведение дел, которые запутаны ложью одной из сторон и которые сначала казались им справедливыми, но в ходе слушаний на основании фактов или закона оказались несправедливыми, они немедленно прекратят защиту... Они также принесут присягу в том, что не будут стремиться к увеличению размера гонорара в ходе слушаний и не будут вступать в соглашения, ка-

сающиеся стороны в споре". Любое нарушение этой присяги наказывалось штрафом в три фунта золота высшей пробы (титул 84).

Книга 1 завершается рядом положений, регулирующих открытие судебных заседаний, особенно по гражданским делам. Каждый гражданский или уголовный процесс должен был начинаться с повестки, называвшейся письмом о вызове, направлявшейся ответчику или обвиняемому юстициарием или бейлифом. "Эти письма должны четко указывать, кому, кем и по какому вопросу предъявляется иск или жалоба и в какого рода судебном деле; должен быть указан срок, в течение которого вызванное лицо должно явиться в суд лично, если это уголовный процесс, или лично или в лице представителя, если предъявлен гражданский иск. Повестка отправляется один раз со сроком исполнения самое большее тридцать дней... Если вызываемое лицо проживает за пределами королевства, в повестке должен указываться срок шестьдесят дней" (титул 97). Если местопребывание ответчика неизвестно или он не допускает к себе, то повестка могла быть доставлена в дом, где находятся его жена или родственники. "Но если дом не открыт для желающего доставить повестку, мы приказываем, чтобы повестка была положена на порог дома в присутствии чиновника или двух или трех свидетелей (титул 98). Затем следуют несколько положений о наказаниях за неявку в суд и игнорирование установленных сроков.

Проблемы, затрагивавшиеся положениями об открытии судебных слушаний, были среди ключевых для новой системы королевского правосудия в XII—XIII столетиях: как доставить в суд лицо, не желающее являться; как представить ему адекватное изложение обвинений, выдвинутых против него; сколько свободы должно быть предоставлено сторонам, стремящимся использовать официальный судебный процесс в своих интересах. Что особенно примечательно в решениях, данных в Liber Augustaliss 1231 г., — это их новый характер. Фридрих пошел гораздо дальше того, что было достигнуто в других странах Европы в его эпоху. Например, в отношении обязательности явки в суд по повестке Англии потребовались столетия, чтобы решить проблему уважительных причин ("essoins") для неответа на гражданский иск. В отношении указания в повестке в суд, "по какому вопросу" и "по какому виду судебных дел", в Англии и Америке лишь в девятнадцатом и двадцатом столетиях были устранены стереотипные "исковые формы". Процесс доставки повестки на порог дома напоминает практику искусственных доставщиков повесток в нынешнем мегаполисе, которые умеют бросить повестку под ноги скрывающемуся или не желающему брать повестку адресату.

Допрос свидетелей и исследование письменных и других свидетельств представляли собой единственный способ получения доказательств по гражданским делам; судебное разбирательство посредством боевой схватки или "божьего суда" по таким делам было упразднено. Новизна допроса или следствия как формы судебного разбирательства, очевидно, поднимала ряд проблем, поскольку было введено специальное положение, направленное против лиц, "часто нарушающих заседания суда своими возбужденными криками". "Мы приказываем, что на будущее тяжущиеся стороны и любые другие лица, присутствующие на судебных заседаниях, должны соблюдать мирное течение процесса и проявлять уважение к магистрату, объявляющему закон. Они не должны осмеливаться заявлять о своих правах или спрашивать о чем-либо

до того, как они получат разрешение от ведущего судебного заседания.. Если коллега-адвокат или сторона в процессе вспомнят что-либо, относящееся к праву или фактам во время выступления другого адвоката, они должны постараться прошептать ему на ухо, что они хотят сказать... Но если кто-либо за определенный период времени будет трижды предупрежден бейлифом или судьей и не успокоится... он должен будет заплатить нашему суду один августалис, если он крестьянин. Если он горожанин, то он должен заплатить два августалиса. Если рыцарь — четыре, барон — восемь, граф — шестнадцать. Все наши должностные лица должны знать, что если они освободят кого-либо от этого наказания, мы в полном объеме вычтем его из их собственного имущества”. “Уважение к правосудию требует тишины” (титул 32).

Книга 1 кончается вопросом о неявке в суд по гражданским делам, а книга 2 начинается с этого же вопроса, но по уголовным делам. Затем она переходит к процессу предъявления обвинения, которое, очевидно, происходило в ходе судебного расследования, проводившегося старшим юстициарием королевского большого суда или юстициариями региональных судов. Такое расследование проводилось, когда речь шла об обвиняемых или подозреваемых. Оно облегчалось тем, что в архивах королевского суда сохранялись имена отлученных от церкви, сосланных или иным образом известных с дурной стороны, а также их сыновей (титул 5). Обман или мошенничество в судебном процессе, называвшиеся ложным обвинением, являлись наказуемыми: “судьи... должны... присуждать обвинителей или доносчиков, разоблаченных в явной клевете, к тому же самому наказанию, которое было бы наложено на обвиняемого в соответствии с характером преступления, если бы вина в этом преступлении была доказана” (титул 14).

После открытия процесса по гражданскому или уголовному делу истец или обвиняемый “должен [был] представить лично или через своего адвоката, или письменно в тот же день или самое позднее на следующий день все, что доказывает или поддерживает его утверждения... Ответчик... должен в течение того же времени представить все фактически относящиеся к делу аргументы защиты лично... или... письменно... через своего адвоката” (титул 24). Стороны должны были быть затем допрошены судьей, который мог по своему усмотрению потребовать от допрашиваемого принести священную присягу, учитывая или статус лица, или характер дела, или имея подозрения, что допрашиваемый лжет (титул 31).

Суд путем испытания был упразднен полностью (титул 31), а суд путем поединка — почти полностью, за исключением очень немногих дел (титул 32), прежде всего по поводу предательства, тайного убийства и отравительства (титул 32). Число свидетелей, требуемое для доказывания уголовного обвинения, зависело от их социально-групповой принадлежности: против графа — два графа, четыре барона, восемь рыцарей, шестнадцать горожан; против барона — два барона, четыре рыцаря, восемь горожан, и так далее (титул 33).

Книга 2 кончается положением, озаглавленным “Каким образом должны представляться доказательства в апелляциях”. Первые слова таковы: “Мы желаем положить конец разногласиям юристов”. Суть положения в том, что доказательство не может быть представлено в апелляционном порядке, если это не новое доказательство, которое апеллирующая сторона не могла представить на суде.

Книга 3 сначала трактует соотношение королевской и феодальной собственности. Нечего и говорить, что королевские ограничения феодальной собственности являлись существенными. Фридрих запрещал любому графу, барону, рыцарю или любому другому лицу, имевшему баронское поместье или феодал в качестве непосредственного ленника короны, жениться без королевского разрешения или женить любого сына или выдавать замуж любую женщину с передачей движимой или недвижимой собственности, “независимо от наличия противоположного обычая, который, как заявляется, должен соблюдаться в некоторых частях королевства” (титул 23). Он также указывал, что “когда граф или барон умирает, его сыновья или внуки не должны осмеливаться принимать присягу от людей [т. е. вассалов умершего], до тех пор, пока они сначала в соответствии с обычаем не получат разрешения или распоряжения нашего превосходительства на принятие этих присяг” под угрозой конфискации графства или баронства и феодала со всем остающимся движимым и недвижимым имуществом (титул 24).

Последние пятьдесят или около того положений книги 3 Liber Augustalis касаются разнообразных вопросов, многие из которых представляют большой интерес.

1. Для сохранения чистоты воздуха было установлено, что не должно разрешаться замачивать в воде лен или коноплю в пределах мили от любого города или поблизости от замка; что захоронения покойников, не помещенных в урны, должны быть на определенной глубине; что трупы [животных] и мусор должны выбрасываться в четверти мили за пределами округа или в море или реку (титул 48).

2. Ремесленникам предъявлялись требования изготавливать товары, пригодные для использования; мясным и рыбным торговцам запрещалось продавать испорченное мясо или рыбу; содержателям таверн и торговцам вином запрещалось продавать разбавленное вино под видом чистого; никому не разрешалось обрабатывать золото или серебро с содержанием на фунт веса меньше определенного количества чистого золота или чистого серебра. Кроме того, была разработана процедура для разоблачения таких обманов и дифференцированная система наказаний за повторные преступления, начиная со штрафа за первое нарушение (или битье плетью, если ремесленник или купец был слишком беден, чтобы заплатить штраф), потерю руки за вторичный обман и “смерть на вилах” за третий случай, с теми же самыми наказаниями для должностных лиц, которые не раскрыли обман под влиянием кого-либо или за взятку (титул 49).

3. Для купцов во всем королевстве была установлена унифицированная система мер и весов (титулы 50, 51).

4. Наказания для купцов, продающих неполноценные или запрещенные товары или торгующих с использованием фальсифицированных мер и весов, увеличивались вдвое, если обманутыми оказывались иностранцы (титул 52).

5. Лица, приготавливавшие “любовные напитки”, снадобья, вызывающие порчу, неразрешенные зелья, изгоняющие дьявола, карались смертной казнью, если люди в результате их использования умирали или теряли рассудок. Но если повреждения здоровья не наступало, виновные все равно наказывались конфискацией имущества и заключением в тюрьму сроком на один год. Фридрих добавлял: “Хотя знающим истину и природу вещей может показаться глупым... что разум людей может склоняться к любви или ненависти с по-

мощью еды или питья до тех пор, пока к этому не побуждает большое воображение, тем не менее мы не намерены оставлять безнаказанными дерзкие попытки, содержащие по меньшей мере желание нанести ущерб другим людям, даже если это не удалось” (титул 73).

АНГЛИЯ

В 911 г. Ролло (Рольф) Скандинав и его люди прекратили свои набеги на франкское побережье и с благословения императора поселились в нижнем течении Сены. По истечении приблизительно столетия норманны, усвоив франкские институты, включая франкское право и язык, стали проявлять способности в военных предприятиях, а также в заключении политических союзов и искусстве управления. В 1047 г. восемнадцатилетний Вильгельм, герцог Норманнский, прямой потомок Ролло, начал свою военную и политическую карьеру, сделавшую его одним из трех наиболее могущественных правителей Европы. Первые годы ушли на отражение внутренних и внешних врагов, включая графа Анжуйского и короля Франции. В этот период времени Вильгельм пользовался поддержкой английского короля, Эдуарда Исповедника, который, будучи бездетным, по-видимому, назвал его своим наследником. После смерти Эдуарда в 1066 г. Вильгельм, укрепивший к тому времени свою власть в Нормандии и присоединивший к своим владениям графства Бретань и Мен, высадился на английском побережье, имея около семи тысяч воинов, включая около тысячи опытных всадников (многих со своими конями) и разгромил соперника на английский престол Гарольда, сына Годвина.

Норманнское завоевание Англии отнюдь не было изолированным от норманнского завоевания Южной Италии. Во-первых, норманны имели сильное чувство национальной общности. Где бы они не находились, они никогда не забывали, что они норманны. Утверждается, что герцог Вильгельм вдохновлял свои войска в битве при Гастингсе, напоминая им о сражениях их соотечественников в Апулии, Калабрии и Сицилии. Возможно, более важным было их чувство общей миссии. Как в Англию, так и в Италию норманны пришли как крестоносцы, носители истинной веры, самозванные “солдаты Христа”. Вильгельм, подобно Роберту Гвискару и Великому герцогу Рожеру, был сторонником клонийской реформы и поэтому противником браков духовенства, покупки и продажи церковных должностей и баронского господства над духовенством. По той же причине норманны были сторонниками священной королевской власти — императора или короля как главного священника, главы церкви в пределах его владений. Сначала это не привело к столкновению со святым престолом; напротив, образовался союз с папой, поддерживавшим клонийскую реформу и только начинавшим придавать ей новое направление борьбы за свободу духовенства от “светского” контроля. Папство в 1060-х и 1070-х гг. приветствовало реформаторское рвение норманнских правителей и использовало его политическую поддержку в надвигающейся борьбе против императора. Так же как папа Николай II заранее благословил в 1059 г. завоевания Ричарда и Роберта Гвискаров, так и папа Александр II в 1066 г. заранее дал благословение завоеванию Вильгельмом Англии, которое он

назвал крестовым походом во имя реформирования впавших в пороки английских церквей³¹.

Несколько лет спустя папа Григорий VII попытался убедить норманнских правителей как Англии, так и Южной Италии принять притязания церкви на верховенство, выдвинутые им в Диктатах папы в 1075 г. Однако они вежливо отказались, и он не смог оказать на них большее давление. Они сохраняли полный контроль над духовенством в своих королевствах. Вильгельм Завоеватель, подобно Роберту Гвискару и Рожеру, сам назначал своих епископов без предварительной консультации с Римом. Он заменил всех епископов Англии, кроме двоих, норманнами по происхождению или образованию. Архиепископ Кентерберийский, великий Ланфранк, был по рождению итальянцем, как и знаменитый преемник последнего Ансельм, оба они десятилетиями занимали важные посты в Нормандии, до того как были приглашены в Англию соответственно Вильгельмом I и его сыном Вильгельмом II. Вильгельм Завоеватель также без колебаний издавал церковные законы, обязательные для церкви в Англии и Нормандии.

Итак, кесарепапистские склонности норманнских королей Англии по существу не отличались от аналогичных настроений норманнских королей Южной Италии. Вильгельм II (Вильгельм Руфус) Английский (Нормандия перешла к его брату Роберту после смерти Вильгельма Завоевателя), правивший с 1087 по 1100 г., беззастенчиво нарушал права церкви, и если бы не поддержка Ансельма, он был бы в 1098 г. отлучен папой от церкви. Но даже он никогда не стремился к назначению себя папским легатом, тогда как граф Рожер не только стремился к такому назначению, но и добился его навечно для себя и своих преемников³². Норманнские правители Англии и Нормандии, хотя и полностью господствовали над церковью в своих владениях в течение первых двух поколений после завоевания, вынуждены были считаться с тем, что в отличие от Сицилии среди населения Англии и Нормандии было много сторонников партии и папы, и для сохранения поддержки видных норманнских лидеров, а также англосаксов, составлявших не только подавляющее большинство английских низших классов, но и некоторую часть высших, были необходимы некоторые уступки со стороны короля в пользу "свободы церкви".

Это различие позиций по поводу допустимых пределов королевского контроля над церковью в Англии и Нормандии имело важное значение для будущего. Оно способствовало практически краху гражданской власти в период правления внука Вильгельма Завоевателя, Стефана (1135—1154) и привело в конечном счете к судьбоносному столкновению между преемником Стефана Генрихом II (1154—1189) и архиепископом Бекетом.

Несомненно, социокультурные, а также политические различия между Англией и Нормандией, с одной стороны, и Южной Италией — с другой, включая исторические традиции греческого, византийского и исламского населения в Южной Италии, помогают объяснить различия в положении церкви в двух странах, особенно неспособность сицилийской церкви восстать против тиранического правления графа Рожера I (умер в 1105 г.), короля Рожера II (умер в 1154 г.) и их преемников.

Тем не менее правовое положение церкви в Англии и Нормандии в период непосредственно после 1066 г. имеет определенное сходство с правовым положением церкви в норманнском Сицилийском королевстве. Вильгельм,

подобно Рожеру, назначал епископов в своих владениях и контролировал их. В указе 1067 г. он объявил, что король Англии и герцог Нормандии имеет право определять, должен ли папа быть признан церковью в Англии и Нормандии, что ни один церковный собор, состоявшийся в его королевстве, не может создавать каноническое право без его согласия, и что король имеет право вето в отношении церковных наказаний, налагаемых на его баронов и должностных лиц³³. Вильгельм разделил церковные и светские суды, в 1072 г. он приказал, чтобы духовные дела отныне рассматривались епископами и архиепископами в их собственных судах “в соответствии с канонами и епископальными законами”³⁴. Это разделение, также введенное на Сицилии Рожером I, усилило церковные суды по отношению к местным влияниям, но не по отношению к королю, сохранившему свою верховную власть в самих церковных судах. Как Вильгельм Завоеватель, так и его сын Вильгельм Руфус сопротивлялись попыткам папы Григория VII и его преемников утвердить папское верховенство над английским и норманнским духовенством. Вильгельм Руфус продемонстрировал свое презрение, сохраняя место архиепископа Кентерберийского вакантным в течение четырех лет после смерти ланфранка, так что корона могла в это время получать доходы архиепископства.

Когда брат Вильгельма Руфуса, Генрих I, взшел на английский трон в 1100 г., позиции церкви были достаточно сильны, чтобы добиться от него существенного компромисса в отношении назначения духовных должностных лиц. Взамен Генрих получил папскую поддержку в отвоевании Нормандии у своего брата Роберта. Бекский конкордат (в Нормандии), достигнутый в 1107 г., предвосхитил Вормсский конкордат 1122 г., передав от короля папе власть наделять епископов и аббатов знаками их должностей — кольцом и посохом, произнося при этом слова “Прими церковь!” Подобно императору в 1122 г., король Генрих I согласился на свободные выборы епископов и аббатов церковью в Нормандии и Англии, но сохранил право присутствовать на таких выборах и таким образом вмешиваться, когда выборы оказывались спорными. Больше того, как позднее в Германии, епископы и аббаты в Англии и Нормандии не подлежали освящению церковью до тех пор, пока король своим скипетром не облакал их “регалиями”, принимая от них взамен присягу на верность и на верную службу³⁵.

Эти уступки короля в назначении епископов и аббатов существенно не затрагивали в тот период другие полномочия, осуществляемые Генрихом I по отношению к церкви в Англии и Нормандии. Только во время так называемой анархии Стефана партия папы в Англии и Нормандии добилась значительного увеличения своего престижа и власти, и только в последующее правление Генриха II, особенно после мученической смерти Бекета, церковь в Англии и Нормандии достигла некоторой существенной свободы от королевского и герцогского господства. Конечно, свобода эта была не столь значительной, как хотелось бы партии папы, но это была большая степень независимости, чем имела церковь в большинстве других стран Европы в XII—XIII вв. и, без сомнения, гораздо большая, чем в Сицилии³⁶.

Свобода церкви в Англии и Нормандии парадоксальным образом способствовала росту королевских правительственных и правовых учреждений. Это было обусловлено частично теорией дуализма церковных и светских властей, согласно которой светские правители несли ответственность за сохра-

нение мира и отправление правосудия в своих владениях. Это отчасти было обусловлено и соревнованием королей с церковным государством и подражанием ему. Поэтому не случайно, что Англия и Нормандия — европейское политическое образование конца XII и начала XIII столетия, где церковь была наиболее свободна от королевского контроля и наиболее подчинена папской власти, — были также политическим образованием с очень высокоразвитой системой королевского управления и королевского права — почти такой же высокоразвитой, как в Сицилии. Фактически именно при Генрихе были заложены основы новой английской системы королевского права (английского общего права) в том виде, как она существовала и развивалась по меньшей мере до XVI и XVII столетий.

Личность Генриха II

Подобно своему норманнскому соотечественнику, королю Сицилии Рожеру, Генрих Плантагенет имел великие личные качества, чтобы соответствовать великим — задаче эпохи, включая и такие, которые словно специально были приспособлены для создания стройной системы королевского права³⁷.

Хотя Генриху был только 21 год, когда он стал королем Англии, за его плечами уже была в высшей степени успешная политическая и военная карьера. Его отцом был Жоффруа, граф Анжуйский, его матерью была королева Матильда, внучка Вильгельма Завоевателя и дочь Генриха I, короля Англии и герцога Нормандского. После ранней смерти его отца в 1151 г. Генрих унаследовал Анжу и Мен и, через свою мать, Нормандию. В следующем году он женился на Элеоноре Аквитанской, разведенной жене французского короля Людовика VII, и благодаря этому браку приобрел не только Аквитанию, но и Пуату. В 1153 г. он вторгся в Англию и заставил своего двоюродного брата Стефана сделать его своим наследником. В 1154 г. Стефан к выгоде Генриха умер, оставив последнему английский трон.

Генрих II был человеком огромной энергии. Он был известен своей физической силой. Современный Генриху летописец Уолтер Мэй писал, что «он всегда был в движении, преодолевая за день невероятно длинные расстояния... был большим знатоком гончих собак и соколов, страстно преданный этому пустому времяпровождению, был всегда бодрствующим и всегда в работе. Когда его одолевали любовные страсти, он прокидал свое тело, которое не поддавалось успокоению или ослаблению ни тяжелой работой, ни воздержанием. С этого времени мы стали приписывать его занятию не изменчивости его настроения, а страху стать слишком толстым»³⁸. Он был жаден до политической власти, как за пределами своей страны, так и дома. Он предводительствовал своими феодальными войсками в Англии и Нормандии, отправлялся с ними в Ирландию, занимал ими часть территории Франции, доходил до Пиренеев, постоянно приобретая новых вассалов, снося незаконно удерживаемые замки, собирая доходы, полагающиеся ему как верховному феодальному сеньору.

Неизвестно, каким образом у него появился большой интерес к праву, но существует много данных, свидетельствующих, что в правовых вопросах он был больше, чем любитель. Сообщается, что он вставал рано утром, чтобы просмотреть текущие дела со своими помощниками, что он был готов вмешиваться в дела, рассматриваемые его судьями, и вообще был способен про-

честь своему вице-канцлеру лекцию на тему о переходе права собственности на недвижимость, что он в большом темпе объезжал свое королевство, чтобы разбирать судебные дела в провинции. Мэп сообщает, что Генрих рассказывал такую историю: “Однажды, когда я услышал точный и справедливый приговор, вынесенный против богатого человека в пользу бедного, я сказал лорду Ранульф [Глэнвиллу], юстициарию: “Хотя приговор в пользу бедного человека мог быть оттянут с помощью многих разного рода уловок, он был вынесен хорошо и быстро”. “Конечно, — сказал Ранульф, — мы решаем здесь два дела гораздо быстрее, чем ваши епископы в своих судах”. “Верно, — сказал я, — но если бы ваш король был бы так же далек от вас, как папа от епископов, я думаю, вы были бы столь же медлительны, как они”³⁹.

Генрих никоим образом не был столь же доступен для каждого человека, сколь для Мэпа. Введение системы королевского права в Англии было отчасти средством обогащения королевских чиновников, а также королевской власти за счет не только баронов и церковников, но и всего населения. Исповедник Генриха Радульф Нигер говорил, что король не пропускал ни одного года без того, чтобы не досаждал стране новыми законами. Одним из его самых непопулярных шагов было восстановление действия строгих лесных законов, что было связано с его заботой о собственных лесных развлечениях.

Наконец, встает вопрос о понимании Генрихом его роли как законодателя. Несомненно, он считал, что занимается не обновлением, а скорее защитой наследия прошлого от новых вызовов времени. Однако подобно папе Григорию VII столетием раньше, Генрих знал, что, сохраняя прошлое, он фундаментально изменял его. Многие правовые механизмы, применявшиеся раньше в порядке исключения или время от времени, становились нормальными и обычными. Ранее существовавшие правовые институты заново оценивались и упорядочивались для создания нового целого. Как выразился один из выдающихся английских историков права, имел место “прыжок вперед”. Был запущен маховик, “породивший английское общее право”⁴⁰. Как бы ни отличалось представление Генриха об истории от современных, он, несомненно, знал, что совершаемое им важно и в самом деле имеет эпохальное значение.

Английское государство

Когда Генрих II вступил на трон в 1154 г., Англия административно-политически делилась на местные и феодальные образования, унаследованные с донорманнских времен. Местными административными единицами являлись деревни (называвшиеся виллами), группы деревень (называвшиеся сотнями), графства (ширы) и города. Каждая сотня и каждое графство управлялись собранием всего народа или всех свободных людей, называвшимся судом сотни или судом графства. Феодальными единицами являлись маноры, каждый из которых возглавлялся его феодальным господином. После норманнского завоевания около половины судов сотни были взяты в свое ведение феодальными сеньорами и фактически стали манориальными судами.

Хозяева маноров сами были подчинены вышестоящим господам и являлись их ленниками, в их “сеньориальных судах” они могли быть судимы;

а самые высокие господа, в свою очередь, были подчинены главному господину — королю и являлись его ленниками. Вильгельм Завоеватель фактически сдал всю землю Англии в аренду своим непосредственным ленникам при условии обеспечения ему войска численностью около пяти тысяч конных рыцарей. Они, в свою очередь, сдали большую часть своей земли в аренду в качестве субфеодов при условии, что каждый ленник обеспечит определенное число таких рыцарей. Каждый рыцарь должен был служить сорок дней в году за свой счет. Обязанность поставлять рыцарей была связана с предоставлением им земли, а поэтому говорилось, что земля держалась в связи с рыцарской службой. Земельное владение (*feod, feud, fief*) не могло быть разделено таким образом, чтобы сеньор оказался лишенным службы ему его рыцарей и других феодальных повинностей ("обязанностей, вытекающих из ленничества")⁴¹.

Очень сложная природа королевской власти дополнительно придавала феодальной системе и другой параметр. В период с 1066 по 1154 г. королевская курия (*curia regis*) была не только феодальным собранием непосредственных ленников короля; она также включала группу королевских должностных лиц, управлявших делами короны на территории государства. Король назначал так называемого юстициария или другое должностное лицо с полномочием представлять его по всем вопросам и действовать в качестве регента в периоды его отсутствия, которые были частыми — практически большинство англо-норманнских королей больше времени проводили в Нормандии, чем в Англии. Канцлер, подчиненный юстициарию, руководил королевскими секретарями. Для помощи в ведении королевских финансовых и юридических дел назначались бароны казначейства. И, поскольку функции короля включали поддержание мира в государстве и надзор за отправлением правосудия, были разработаны административные механизмы для разрешения споров не только между королем и его ленниками, но и вообще между королевскими подданными. Как и в англосаксонские времена, король делегировал местным магнатам право председательствовать в судах графств (занимать должности судей графства или шерифов). Он также направлял им исполнительные приказы в виде заверенного печатью ордера, повелевая обычно, что какие-то нарушения, попавшие в сферу его внимания, должны быть исправлены.

Однако до правления Генриха II эти учреждения (казначейство, канцелярия, судебные органы и другие) находились в зачаточном состоянии. Вильгельм Завоеватель и его преемники существенно усилили центральную власть короны, простиравшуюся сверху вниз через вассалов и субвассалов вплоть до деревень и маноров, но система королевского управления и королевского права все еще основывалась по существу на контроле, осуществлявшемся их собственным личным двором, и на системе феодальной верности. За исключением, возможно, казначейства, не было самостоятельной системы правительственных департаментов, подобной существовавшей в итальянском королевстве Роджера II, не было постоянных административных, судебных и законодательных органов, которые могли действовать на основании собственных независимых полномочий по разрешению феодальных и местных проблем. Королевское правосудие по определенным типам дел о грубом отказе в правосудии, а также по определенным типам дел, связанным с королевской собственностью, изменой и некоторыми другими вопросами, могло прийти до

любого человека, но это было чрезвычайное правосудие, а не регулярное, осуществлявшееся постоянными судьями.

Что касается судебного разрешения споров, то до правления Генриха II не было профессиональных судей для разбирательства дел, по которым давались ордера. Правда, в первые десятилетия XII в. Генрих I посылал, возможно, полдюжины юстициариев в поездки по различным местам королевства для отправления правосудия, и вполне могло быть, что по меньшей мере некоторые из них имели некоторое профессиональное правовое образование в области возникавшего канонического права и, возможно, даже изучали римское право в Болонье. Однако их задачей как юстициариев были разрешение не только судебных, но также и любых других вопросов управления, в которых мог быть заинтересован король, включая слушание и разрешение споров. Кроме того, большинство уголовных и гражданских вопросов находилось в рамках местной или феодальной, а не королевской юрисдикции, корона вмешивалась, когда прямо затрагивались ее собственные интересы или когда имел место "отказ в правосудии", т. е. когда какая-либо сторона обращалась к королю за милостью, поскольку местное или феодальное правосудие не могло решить вопроса.

Отсутствие кадровых, постоянных профессиональных королевских судей было связано с отсутствием представления о королевской власти как нормальном законодательном учреждении. Короли издавали законы время от времени, обычно с согласия епископов, баронов и других высокопоставленных лиц. Все законодательство первых четырех англонорманнских королей с 1066 по 1154 г., вероятно, могло бы быть уместно на одной странице. Известно только несколько законов, изданных Вильгельмом Завоевателем, вообще не сохранилось законов периода правления его сына Вильгельма Руфуса, из периода тридцатипятилетнего правления Генриха I сохранились упоминания только о пяти законах, девятнадцатилетнее правление Стефана не оставило следов королевского законодательства. Очевидно, английские короли до Генриха II не считали регулярное издание новых законов одной из своих обязанностей.

Потрясения периода правления Стефана не оставляли сомнения, что англо-норманнская королевская власть не обладала правовыми учреждениями, необходимыми для сохранения мира на длительную перспективу. Страну раздирали насилие и беспорядки, а особенно войны частных лиц по поводу прав на землю. В этой дестабилизированной обстановке развернулась борьба за независимость духовенства под руководством папы от светских властей. До Стефана три сильных короля были способны обуздать эти силы раскола. Более же слабый король оказался бессильным контролировать ситуацию. Но не только личные слабости лишили Стефана способности эффективно действовать. Это был и дефект англонорманнской системы управления, при которой король или его главный заместитель должны были постоянно перемещаться по стране со своими войсками, чтобы обеспечивать мир среди вассалов и субвассалов и сильную защиту местному населению от угнетения феодальными господами.

На этом историческом фоне и в апогее гражданских беспорядков Генрих II вззошел на трон, не только полный решимости утвердить вместо анархии и насилия правопорядок, но и с намерением добиться этого с помощью политических и правовых институтов и понятий, к которым его предшественники в Англии и Нормандии еще только приближались. Конечно, Генрих

и его советники опирались на их подходы. В духе традиционного норманнского подхода к управлению они сохранили в максимальной степени старые обычаи, насколько это позволяли новые потребности и новая политика. Отец Генриха, Жоффруа Анжуйский, хотя и не был норманном, воспитал своего сына в этом духе, специально наказав ему, что он не должен пытаться насаждать обычаи Анжу и Нормандии в Англии или обычаи Англии в Анжу и Нормандии⁴². Генрих стремился использовать ранее существовавшие англосаксонские и англонорманнские институты везде, где это было выгодно. Тем не менее правление Генриха было отмечено институциональным обновлением, а не преемственностью с прошлым.

Кроме того, хотя новации Генриха коренились в прошлом, их корни следует искать не только в англосаксонском или англонорманнском опыте (правлящая элита в Англии была большей частью норманнской, а языками судопроизводства были норманнский, французский и латинский), но также в опыте других тогдашних политических образований. Новые управленческие и правовые институты и понятия, введенные в Англии во второй половине XII столетия, имели общие родовые черты с институтами и понятиями, введенными в течение двух предшествовавших поколений в римской церкви-государстве и в норманнском государстве в Южной Италии, а также с институтами и понятиями, которым было суждено утвердиться в течение последующих поколений во Франции и повсюду в Европе. Они также имели общее сходство в важных аспектах с управленческими и правовыми институтами и понятиями, возникавшими в конце XI и XII столетиях в вольных городах Запада, включая английские.

Это не значит, что Генрих II копировал что-либо, заимствованное извне. Крупные государственные деятели редко, если когда-либо вообще, копируют законы других народов. Следует только сказать, что совершавшееся Генрихом — понимаемое широко — не было уникально английским или даже уникально норманнским, а составляло часть общего исторического развития Европы XII столетия. Оно было уникально западным в том смысле, что составляло часть процесса основания западной правовой традиции и западного типа государства. Генрих был хорошо осведомлен о новых концепциях и формах управления и права, формировавшихся в церкви и в норманнском Сицилийском королевстве, а также в новых городах Европы. Хотя он не копировал их, едва ли могут быть сомнения, что он находил их полезными для его собственных целей.

Генрих перестроил систему государственного управления в Англии и Нормандии, значительно расширив функции и полномочия постоянных, специализированных центральных правительственных департаментов. Наиболее важными из них были казначейство, управлявшее налогообложением и финансами, высокий суд ("суд общих дел"), осуществлявший правосудие, и канцелярия, направлявшая и координировавшая работу других департаментов. Это было сходно с тем, что создал король Рожер II в Сицилии несколькими десятилетиями раньше, и что, в свою очередь, напоминало систему управления, созданную папой в Риме, вероятно, после первого крестового похода (1095).

Управление финансами в Англии и Нормандии через казначейство было отчетливо связано с сицилийским опытом⁴³. Основные финансовые про-

блемы, с которыми сталкивалась корона в Англии и Нормандии, были по существу теми же, что и в Сицилии: установление общей системы налогообложения, соответствовавшей централизованному феодальному политическому образованию (т. е. характеризовавшаяся субфеодизацией с сохранением верности субвассалов монарху) и оснащенной пригодными методами контроля за поступлениями доходов королевским должностным лицам на местах от феодальных и других налогоплательщиков. Сицилийское влияние на английскую практику очень вероятно, хотя бы в связи с примечательным примером Томаса Брауна, служившего несколько десятилетий, в период между 1130 и 1154 гг., бароном таможи в Палермо. Впав в немилость после смерти Рожера II, он отправился в Англию, где служил бароном казначейства еще несколько десятилетий в период между 1154 и 1190 гг.⁴⁴ Могли также иметь место важные влияния и в ином направлении, поскольку английские бароны казначейства рассматривали королевские фискальные дела на местах уже в правление Генриха I.

Создание центрального королевского суда в Англии также имело параллель в Южной Италии. В обоих случаях процесс такого создания начался с посылки время от времени королевских судей на места для судебного разбирательства, а также решения других дел короля. В Англии, исключая казначейство, профессионализация и систематизация этой практики была завершена только при Генрихе II. К тому времени впервые судебные функции разбездных судей стали четко отграничиваться от их хозяйственных и административных функций (продолжавших, однако, существовать). Кроме того, Генрих II впервые установил регулярные маршруты для определенных групп судей. В 1176 г. шесть групп по трое судей в каждой были направлены в поездку по стране для разрешения всех дел, представленных королю, если стоимость спорного имущества не должна была превышать определенной юрисдикционной суммы (половины рыцарского лена). Число этих "разбездных судей" ("justices in eyre") дошло в конечном счете до двадцати. (Слово "eyre", произносимое как "air", является английским переводом латинского слова "iter" — путешествие, ставшего корнем английского слова "itinerant" — странствующий). В 1175 г. Генрих назначил трех человек судьями в собственный личный суд своего двора, и, наконец, в 1178 г. назначил пятерых лиц "из своего домашнего хозяйства" (de sua familia), двух духовных лиц и трех светских, состоять в его суде для выслушивания жалоб людей⁴⁵. С 1180 г. этот новый судебный орган, позднее названный Судом Общих дел, постоянно находился в Вестминстере. Король продолжал лично отправлять правосудие во время своих поездок. В начале XIII в. функция разрешения дел, представленных королю, была возложена на коллегии профессиональных судей, называвшуюся "Судом королевской скамьи" (Court of King's Bench). Со временем Суд Королевской скамьи ограничил свою юрисдикцию тяжкими преступлениями и делами, затрагивавшими личность короля, тогда как другие споры ("общие дела") разрешались Судом общегражданских исков. Эти два суда плюс казначейство были первыми постоянными, центральными, профессиональными королевскими судами гражданской и уголовной юрисдикции в Англии, и вторыми по времени появления (после Сицилии) в Европе. Они представляли собой институционализацию королевской функции судебного

разбирательства, которую предшествовавшие короли осуществляли большей частью только в особых случаях, “для больших людей и больших дел”⁴⁶.

Казначейство и Суд общегражданских исков были двумя столпами английского государства. Они поддерживались третьей опорой, канцелярией, которая опять, как и в Сицилии и в Риме, обладала полномочием распоряжаться королевской (в Риме — папской) печатью. Это означало, что канцлер мог издавать приказы от имени короля. Его роль состояла в направлении и координации посредством таких приказов деятельности всех других департаментов правительства. Посредством предписаний и других видов формальных документов канцелярия не только могла дать ход разбирательству в казначействе и в королевском суде, но и имела непосредственные сношения с баронами, епископами и другими лицами, участвовавшими в управлении страной на низовых уровнях.

Ключевое значение канцелярии в развитии государства как в Англии, так и в других странах Европы было обусловлено тем, что она сочетала профессиональную компетентность с общим политическим направлением и координацией правительственной деятельности. Канцелярия действовала с помощью штата специалистов, которые, говоря словами Стрейера, “разработали и поддерживали упорядоченные каналы управления и тщательно сформулированные, согласованные формы связей между ними”⁴⁷. Управление было в этом смысле “бюрократизированным”. Тем не менее — и на это обращалось недостаточно внимания — задачей этого нового секретариата было предотвращение узкого департаментализма. Ни один из новых органов правительства, даже судебный, не был предоставлен самому себе, будучи контролируемым супердепартаментом, самим правительством, действовавшим через его секретариат.

Однако этот секретариат не заменял короля, т. е. он не был всей королевской властью. Сама сущность канцелярии состояла в воплощении государственного управления как особой деятельности, отделенной от личности короля, а тем самым и от тех сторон королевской власти, которые были наиболее тесно связаны с его личностью, особенно от военных и дипломатических дел. До правления Генриха II английский король (я нормандский герцог) постоянно разъезжал по своим территориям, обеспечивая не только военный и политический контроль над своими вассалами, но и работу государственного управления. С эпохи Генриха II королю-герцогу не нужно было лично присутствовать для поддержания работы правительства. Ричард Львиное Сердце, преемник Генриха II, отсутствовал в Англии практически целых десять лет своего правления, будучи сначала в крестовом походе и затем в плену, однако государственное управление в Англии действовало как обычно. Оно возглавлялось, как мы знаем, не канцлером, а другим должностным лицом, называющимся юстициарием (в течение шести из десяти лет юстициарием был Губерт Уолтер, являвшийся также архиепископом Кентерберийским и папским легатом), но канцелярия обеспечивала основной управленческий штат юстициария. Позднее именно канцлер правил в отсутствие короля. И что более важно, именно канцлер, когда король был на месте, осуществлял основную часть королевской функции управления и координации государственного управления.

Формировавшаяся концепция государства зависела от существования такого органа, как канцелярия, определявшего государственное управление и

функции правительства в качестве деятельности, меньшей по объему, чем политика в целом (представленная личностью правителя) и в то же время большей, чем функции совокупности индивидуальных правительственных учреждений, — органа, следовательно, способного понять потребности политики в целом и отвечать на ее нужды и в то же время обладавшего достаточной компетенцией для контроля за различными специализированными департаментами. Здесь снова мы видим пример схоластической диалектики в действии. Папская канцелярия, писал Стрейер, “была далеко впереди и служила в некоторой степени моделью для других государств, но ко времени Генриха II... английская канцелярия не слишком отставала... К XIII столетию почти каждое европейское правительство имело эффективную канцелярию”⁴⁸.

Английское королевское право (“общее право”)

Генрих II революционизировал систему права в Англии главным образом путем создания королевской юрисдикции и королевского права по уголовным и гражданским делам, прежде находившихся под местной и феодальной юрисдикцией и регулировавшихся местным и феодальным правом. В этом он добился успеха не только с помощью создания системы королевских судов, действовавших под контролем королевской канцелярии, но и путем разработки более рационального типа права и обеспечения общественного участия в его применении.

Генрих провел пять основных реформ в области процедурного и материального права, которые были тесно взаимосвязаны.

1) Прежние исполнительные приказы были “юдициализированы”. Вместо требования к ответчику или местному чиновнику исполнить королевский приказ в отношении истца, новые предписания требовали от ответчика явиться в беспристрастный трибунал для ответа на претензии истца.

2) Предусматривалось участие сообщества в гражданских делах в форме опроса соседей под присягой по поводу спорных фактов в связи с конфликтами из-за владения землей на основе фригольда.

3) Участие сообщества предусматривалось также в форме опроса под присягой соседей с целью выявления перед королевским судом всех лиц, подозреваемых в серьезном нарушении мира, доходящим до тяжкого преступления.

4) С помощью новых судебных предписаний в королевском суде были разработаны формы иска, классифицировавшие различные виды правонарушений с точки зрения правовых средств возмещения ущерба от них.

5) Острый вопрос мирной защиты прав на землю был решен путем разработки правовой доктрины “сейзины” — похожей на римско-правовую концепцию владения, но не идентичной ей; насильственное или обманное лишение права “сейзины” на землю, полученного на основе военной службы или фригольда, было отнесено к королевской юрисдикции, и постепенно была создана совокупность права, относящаяся к этому вопросу.

Юдициализация предписаний. Слово “writ”, означавшее просто “нечто написанное”, является английским переводом латинского слова breve, озна-

чавшего “нечто короткое”. Короткие письменные приказы и указания, называвшиеся “writs”, издавались папами, королями и другими правителями в течение столетий. При Вильгельме Завоевателе и его преемниках одним из главных инструментов королевского управления было издание королевских предписаний, приказывавших графам, баронам, епископам, аббатам, шерифам и другим должностным лицам устранить какие-либо правонарушения, обратившие на себя внимание короля: “Верни манор М.Джону Стайлу”, “немедленно заплати аббату, твоему господину, то, что ты по праву должен ему за аренду”, или предписание разрешить кому-то пользоваться общинной землей, отдать чей-то скот, взятый в залог, и т. п.

Эти исполнительные приказы были чрезвычайно разнообразны по содержанию, и каждый был предназначен разрешить какое-то индивидуальное дело, в которое король решил вмешаться. Часто они принимали форму утверждений *ex parte*: “Мы видим, что король предпринял некоторые меры на основании утверждений, кем-то “нашептанных ему в ухо” или “в которые его заставили поверить”; иногда следующую форму: “король вынужден был отозвать решение, поскольку выяснилось, что истец лгал — и вероятно... хорошо заплатил за поддержку его лжи”⁴⁹. В практике также была разработана форма направления королевских приказов шерифам и другим местным должностным лицам, предписывавших им “восстановить полную справедливость” в конкретном деле. Это, правда, “оставляло исполняющему предписание чиновнику большую свободу усмотрения... и поэтому широко открывало дверь произволу со стороны многих местных тиранов”⁵⁰.

Иногда, особенно по делам, включавшим церковные притязания, предшественники Генриха II издавали приказы, предписывавшие епископу или другому сановнику решить дело или шерифу созвать сотню для той же цели. Но обычно королевский приказ не приводил к началу судебного разбирательства. До эпохи Генриха II английские короли не копировали в своей практике систему судебных приказов, разработанную в церковных судах в начале XIX столетия, с помощью которой истец получал предписание из папской канцелярии в Риме, разрешающее разбирательство его иска в суде епископа или в трибунале папских легатов (в церковных судах в Англии такие папские предписания в большей степени, чем в любой другой стране Европы, являлись основаниями для открытия судебных процессов).

Генрих II перешел в своем королевском предписании от формулировки приказа “сделай то-то и то-то” к указанию “проведи расследование перед моими судьями для решения спорного вопроса и предъяви им это предписание”. Другими словами, предписание служило (если ответчик не шел на уступки) основанием для начала судебного разбирательства. Истец обращался в Вестминстер к королевскому канцлеру и представлял свою жалобу; канцлер направлял предписание шерифу той местности, где должен был состояться суд; предписание содержало приказ шерифу начать один из разнообразных по типу судебных процессов для разрешения вопроса королевскими судьями.

Приведем два примера для иллюстрации различия между прежним “исполнительным предписанием” и новым “юдициальным предписанием” (иногда называвшимся “подлежащим возврату предписанием”, ибо оно должно быть представлено в суд).

Исполнительное предписание периода 1087-1091 гг.:

”Вильгельм, король Английский, шлет свой привет Ранульфу, брату Ильгера. Я повелеваю и приказываю тебе передать аббату Герберту половину хайда [50 акров. — *Примеч. перев.*] земли в Сотри, которой владел шериф Элвин и которую теперь силой удерживает Уолтер де Бомэ, как я приказал в моем предписании. И смотри, чтобы я больше не слышал жалоб об отказе в правосудии по этому делу, в противном случае штраф 10 фунтов. Свидетельствую в правильности: Ранульф, королевский капеллан”⁵¹.

Юдициальное предписание, приведенное в трактате по английскому праву, приписываемом Глэнвиллу и написанном в период между 1187 и 1189 гг.:

”Король шлет привет шерифу. Н. пожаловался мне, что Р. несправедливо и без приговора лишил его сейзины на его фригольд в такой-то вилле после моей последней поездки в Нормандию. Поэтому я приказываю: если Н. предоставит тебе залог в обеспечение своего иска, ты должен позаботиться, чтобы захваченное движимое имущество было возвращено, и чтобы земля, о которой идет речь, и имущество оставались в неприкосновенности до воскресенья после Пасхи. А тем временем ты должен позаботиться, чтобы земля была осмотрена двенадцатью свободными и законопослушными людьми, живущими по соседству, их имена написаны в этом предписании. И обеспечь с помощью надежных исполнителей их вызов ко мне или моим судьям в воскресенье после Пасхи, чтобы они были готовы дать свое заключение. И вызови повесткой Р. или его бейлифа, если нельзя будет найти его самого, под залог или надежных поручителей, чтобы он выслушал заключение. Должны также присутствовать исполнители вызова в суд и должны иметься это предписание и список имен поручителей. Свидетель правильности etc”⁵².

Юдициальное предписание играло тройную роль: 1) устанавливало четкие фактологические рамки проверки того, какая из двух сторон имеет право на непосредственное владение определенной землей, временно откладывая более сложный вопрос о том, кто имеет право собственности; 2) передавало решение вопросов о фактах присяжным (жюри), состоящим из соседей; 3) устанавливало королевскую юрисдикцию в отношении выдачи предписания и судебного разбирательства присяжными.

Суд присяжных. Начиная с VIII столетия франкские императоры и короли время от времени собирали жюри присяжных, состоявшее из соседей по месту жительства, для ответов на вопросы, поставленные разъездными королевскими должностными лицами, главным образом в связи с основывающимися на обычае королевскими правами на местах и случаями неподчинения королевским приказам. Норманны переняли у франков нерегулярное проведение таких расследований. Вскоре после норманнского завоевания Вильгельм I предпринял обширное обследование Англии, округу за округой, требуя государственной регистрации всех землевладений и налоговых поступлений, полный реестр которых был собран в форме “Domesday Book” (1085—1086).

Помимо франкских и норманнских расследований под присягой, руководимых королевскими должностными лицами, нерегулярная практика представления споров на разрешение группе соседей составляла также черту германского местного права. Кроме того, церковные суды в XII в. иногда ставили вопросы виновности или невиновности перед группами из 12 человек; отец Генриха II, Жоффруа Анжуйский, использовал суд присяжных в разбирательстве важных гражданских дел в Анжу и Нормандии. Идея созыва

группы людей — при этом число 12 считалось подходящим и, может быть, даже магическим — для дачи свидетельств под присягой в торжественной процедуре и даже для вынесения решения по делу ни в коей мере не являлась новой (хотя и практиковалась не очень широко), когда Генрих вступил на английский трон.

Новшество Генриха — это соединение расследования с помощью жюри присяжных с его новой “юдициализированной” системой предписаний и превращение таким путем суда присяжных в институт, пригодный для использования на регулярной основе всем населением в определенных типах гражданских дел в рамках королевской юрисдикции. Статья 9 Кларендонских постановлений 1164 г. разрешала использование суда присяжных (*recognition* — расследования) для выяснения, находилась ли (*utrum*) конкретная земля в церковном или светском содержании (*assize utrum*). В 1166 г. другое королевское собрание, вероятно, также состоявшееся в Кларендоне, ввело суд присяжных по искам о восстановлении владения землей, содержащим ссылку на то, что истец владел ею и был в недавнем времени лишен владения ответчиком. Постановление было названо ассизом — “*the assize of novel disseisin*”, — хотя слово “*assize*”, означающее “заседание” (“*session*”), первоначально означало торжественное собрание. Со временем сами присяжные, т. е. заседатели, присягнувшие отвечать на поставленные перед ними вопросы, стали называться ассизом (*assize*); судьи, председательствующие на суде присяжных, были названы “судьями ассиза”, а выездные сессии суда — “ассизами” (“*the assizes*”).

Постепенно пригодными для суда присяжных стали считаться и другие вопросы. В 1176 г. было постановлено, что вопрос о том, кто имеет право на владение после смерти земледержателя должен решаться судом присяжных (ассизом в связи со смертью предшествующего владельца — *the assize of mort d'ancestor*). Позднее был создан “ассиз последнего представления” (*darrein presentment*) для выяснения, какая из двух сторон последней осуществляла право представлять какое-либо лицо на получение церковного бенефиция, когда он оказывался вакантным. В 1179 г. суд присяжных был разрешен в качестве альтернативы судебному поединку, которую мог выбрать ответчик в соответствии с “предписанием о праве” (“*writ of right*”), издававшимся по поводу восстановления полного объема права, не только прежнего права на владение. Таким путем процедура установления “права” (в смысле, близком к праву собственности) была уподоблена процедуре установления сейзины в так называемых ассизах о праве владения, т. е. “*novel disseisin*”, “*mort d'ancestor*” и “*darrein presentment*”.

При этом нужно упомянуть четыре важных обстоятельства. Во-первых, регулярное использование небольшой группы соседей для разбирательства дел перед королевскими судьями впервые возникло в английском праве в гражданских делах и только двумя поколениями позже вошло и в уголовное право. Во-вторых, суд присяжных не заслушивал свидетельств, а отвечал на вопрос или вопросы по поводу фактов на основе того, что присяжные знали до суда. В-третьих, в силу того, что судебные заседатели, являвшиеся соседями, заранее знали о вопросах, которые поставят им судьи по их приезде, и могли давать ответы без долгого процесса опроса свидетелей в судебном заседании, небольшое число судей — всего 25 человек, являвшиеся членами суда об-

пегражданских дел и разъездными судьями, — могли справляться со всеми судебными делами целой страны. В-четвертых, разрешение дел посредством вердиктов присяжных из местного населения под руководством королевских судей было политически более приемлемой альтернативой, возможно, единственной политически приемлемой, по сравнению с разрешением дел местными и феодальными собраниями, процедуры которых были более примитивными и полномочия которых были слишком ограничены, чтобы справляться с различными спорами между феодалами, порождавшими наибольшие проблемы.

Жюри для предъявления обвинения. Ни англосаксонское, ни франкское, ни норманнское право не проводили различия между гражданскими уголовными делами. Преследование за то, что сегодня называется преступлением, находилось, как правило, в руках пострадавшего или его близких родственников. Независимо от того, шла ли речь о нарушении мира или правах собственности, или других правах, судебный процесс осуществлялся путем судебного испытания или компургации; норманны добавили поединок. Во времена англосаксонов сторона, признанная виновной, должна была возместить ущерб пострадавшему или его родственникам, но норманны изменили этот порядок в отношении тяжких преступлений (*felony*): если ответчик признавался виновным, он незамедлительно подвергался повешению или изувечению (обычно путем выкалывания глаз), его земля конфисковывалась в пользу короля. Само понятие тяжкого преступления (*felony*), по-видимому, было введено в Англии норманнами. Термин “*felony*” первоначально означал нарушение верности в отношениях между господином и вассалом. Таким образом, не только родственники, но и господин или вассал имели право начать судебное преследование, называвшееся “*arreal of felony*” (слово “*arreal*” в этом выражении не имело сегодняшнего смысла “апелляция”).

Очевидным минусом “*arreal of felony*” как средства предотвращения насилия было то, что оно требовало мужества для возбуждения процесса. Обвинитель не получал в случае его выигрыша ничего, а если проигрывал, то даже платил денежный штраф. Преимущественным побуждением для “*arreal of felony*” было стремление отомстить за человека, с которым обвинитель был связан родственными или феодальными отношениями, или заставить другую сторону дать денежное удовлетворение. Если дело решалось поединком, то риск был огромный: стороны бились с утра до вечера до смерти или до признания себя побежденным. Войны сражались мечами, низшие классы — тяжелыми дубинами, а если они ломались, то зубами и ногтями. Если дело решалось судебным испытанием, то исход был умоглядным: судя по тогдашним хроникам, большинство людей были оправданы. Имелись также очевидные ловушки в судебном процессе путем компургации (“*wager of law*” — “очистительной присяги”), так как многое зависело от того, кто получал право доказывания.

Генрих II, несший ответственность за поддержание мира и полный решимости остановить насилие в стране, не мог реально заставить людей подавать иски “*arreal of felony*”. Одним из способов борьбы с преступностью, унаследованных им от предшественников, была система взаимного поручительства (*frank pledge*), в соответствии с которой назначенные королем шерифы могли допрашивать группы взаимно поручившихся людей

о скрываемых преступлениях и накладывать денежные штрафы, но это не спасало от убийц, насильников, грабителей, мародеров и других преступников, опустошавших сельскую местность. Кроме того, дед Генриха II, Генрих I, требовал доставки подозреваемых в тяжких преступлениях уполномоченными чиновниками сотен и графств разъездным судьям, но эта практика была нерегулярной.

Следует помнить, что король не имел полицейских сил и, очевидно, не имел возможности создать их. Он делал все возможное для собирания войска из рыцарей-резервистов, обязанных к военной службе на сорок дней в году. Даже если бы он мог оплатить полицейские силы, он не мог бы их контролировать. Он мог заставить баронов перейти на какой-то вид гражданской службы, но компетенция короля в его отношениях с баронами не была такой, как у папы с епископами — он не имел власти назначать, смещать или перемещать их.

Решение, принятое Генрихом для борьбы с преступностью, опять же состояло в использовании присяжных — в данном случае для сообщений о преступлениях разъездным судьям. Кларендонский ассиз 1166 г. постановил, что жюри присяжных должно представлять разъездным судьям по их прибытии всех лиц, подозреваемых в убийстве, краже, грабеже или укрывательстве, совершивших такие преступления, а также всех лиц, подозреваемых в фальшивомонетничестве или поджоге. Все такие подозреваемые должны были немедленно подвергаться испытанию холодной водой. Это решение упорядочивало и систематизировало предшествовавшую нерегулярную и не столь четко определенную практику Генриха I, а также еще более ранних англосаксонских и франкских королей. Однако в прошлом лица, доставленные их соседями, могли очиститься, используя помощников в клятве, тогда как отныне они должны были испытываться божьим судом перед лицом королевских судей⁵³.

Следует отметить, во-первых, что судьи имели перед собой записи местных должностных лиц, которые они изучали перед выбором присяжных, затем они опрашивали присяжных о различных зафиксированных в записях событиях, произошедших со времени их последнего приезда. Во-вторых, если присяжные, собиравшиеся в большом числе к каждому приезду, по 12 от каждой сотни, по четыре от каждой виллы, скрывали преступление или делали нелепое заявление под присягой, судьи налагали на них денежный штраф. В-третьих, “*arreal of felony*” не упразднились, но если по какой-либо причине такие обвинения в преступлении оказывались несостоятельными по формальным основаниям (а формальностей было много), то судьям достаточно было только спросить присяжных, подозревают ли они обвиняемого, и в случае утвердительного ответа он подвергался испытанию водой. В течение нескольких дней один судья или суд из трех судей могли разрешить сотни дел. По словам Дж.П.Доусона, механизм жюри, делающего заявление под присягой, “был чрезвычайно эффективным, это было крупное изобретение”. С другой стороны, как указывает Доусон, “едва ли он был гарантией местных свобод”⁵⁴. Денежные штрафы за незаявление или ложное заявление были очень многочисленны и очень тяжелы. Как и в системе взаимного поручительства, их целью было заставить людей доносить друг на друга.

Стоит отметить, что Генрих II не распространил судебный процесс с участием присяжных, в отличие от обвинения с помощью присяжных, на уго-

ловные дела. Это произошло позже, после упразднения судебных испытаний Четвертым Латеранским собором в 1215 г.⁵⁵ Он также не упразднил “arreal of felony”. Однако лица, представленные присяжными в качестве подозреваемых, могли быть подвергнуты испытанию только холодной водой, в отличие от лиц, обвиненных в преступлении в частном порядке, испытывавшихся огнем (горячим железом или горячей водой), поединком или очистительной присягой (помощью в клятве).

Формы иска. При анализе правовой революции, осуществлявшейся Генрихом II, нужно постоянно иметь в виду, что до его правления королевская юрисдикция была чрезвычайной как в юридико-техническом, так и в не техническом, общем, смысле слова. Если не брать церковные и городские суды, общая юрисдикция по обычным правовым вопросам принадлежала местным и феодальным судам, являвшимся не профессиональными органами, а собраниями соседей и членов манора. Генрих II не ликвидировал местную и феодальную юрисдикцию, а создал параллельную королевскую юрисдикцию по обычным делам, включавшим определенные типы судебных жалоб, а они были весьма многочисленны, прямо относившиеся к поддержанию мира. Так, в Кларендонском ассизе 1166 г. Генрих перечислил те конкретные преступления, которые были достаточно серьезны, чтобы оправдать его прямое вмешательство. Аналогичным образом по вопросам собственности он установил в предписаниях, доступных для ознакомления жалобщикам, какие конкретные типы жалоб подлежат удовлетворению в королевских судах. Иски по вопросам собственности могли быть, кроме того, поданы в феодальные суды. Уголовные и гражданские дела могли также рассматриваться в церковных судах. Но впервые целый ряд конкретных типов дел мог также рассматриваться королевскими судьями как предмет права.

Решающим фактором для признания юрисдикции королевских судов был тип иска или судебной жалобы, определяемый видом преступления, о котором сообщали разъездным судьям присяжные — соседи, или вид предписания, выдававшегося королевской канцелярией лицу, добивавшемуся возмещения ущерба от гражданского правонарушения. Другими словами, король не обещал предоставить средство судебной защиты любому лицу, потерпевшему от правонарушения, независимо от характера дела. Речь шла об определенных средствах судебной защиты по конкретным классам дел. Классификация правонарушений, в связи с которыми могут предъявляться иски в королевские суды, под углом зрения средств защиты, представляемых такими судами, была характерной чертой королевского правосудия, придававшей английскому общему праву особое своеобразие.

Альтернативную классификацию выработало каноническое право, сформулировав широкую теорию юридической ответственности. Епископские суды могли рассматривать любые дела, в которых утверждалось о совершении греха, а последний подразделялся на категории, выведенные из римского права — нарушения договора, посягательства на личность или собственность, незаконное отчуждение собственности, обман и т. д. Генрих II был знаком, по крайней мере в общих чертах, с практикой канонического права в церковных судах и с преподаванием римского права в университетах. Возможно, он хотел сделать королевскую юрисдикцию такой же всеохватывающей, как и церковная юрисдикция. На практике же он сделал следующее:

самое позднее в 1164 г. он объявил, что в случае возникновения спора о том, был или не был предоставлен церкви какой-либо участок земли, истец должен обратиться к королевскому канцлеру с просьбой о выдаче предписания шерифу собрать определенное число соседей по месту жительства, чтобы те ответили королевским судьям, была ли эта земля предоставлена церкви; в 1166 г. он объявил, что если лицо подало жалобу на то, что оно имело сейзину на фригольд и было его лишено, канцлер должен был издать предписание, собрать определенное число соседей по месту жительства для ответа королевским судьям, получал ли когда-то истец такое право и изгнал ли ответчик истца с земли, позднее король также объявил, что и другие виды исков подлежали разбирательству в королевских судах после выдачи предписаний, указывающих, что присяжным, собранным королевскими судьями, должны быть поставлены определенные вопросы.

Иными словами, предписание излагало порядок представления иска и устанавливало процедуру разрешения спора. Его действие, однако, распространялось далеко за рамки индивидуального дела. Считалось принятым, что в похожих случаях должны выдаваться аналогичные предписания. Когда пострадавший обращался в королевскую канцелярию с новым видом жалобы, канцлер создавал новые виды предписаний в соответствии с провозглашенным принципом, что там, "где имеется правонарушение, там же имеется и средство правовой защиты". Умножение числа стереотипных форм предписаний было равносильным важной законодательной деятельности, осуществляемой в форме судебного процесса. Так, в конце XII столетия в дополнение к средствам защиты при нарушении права собственности и владения (*writs of rights, novel disseisin, mort d'ancestor, darrei presentment*) канцлер выдавал также предписания по поводу задолженности денежных средств, которые истец считал своей собственностью; по поводу незаконного владения движимым имуществом, которое считал своей собственностью; по поводу возврата земли, заложенной под обеспечение долга, который был затем оплачен, или движимого имущества, заложенного под обеспечение обязательства, впоследствии выполненного; по поводу порчи документа, заверенного печатью. В XIII столетии были разработаны многие другие виды предписаний, наиболее важными из которых были различные "*writs of trespass*" ("*transgressio*" "нарушение"), например, по поводу нарушения границ земельного участка с применением силы, по поводу насильственного присвоения движимого имущества и по поводу оскорбления действием. Из "*writs of trespass*" в конечном счете сформулировалась большая часть нового английского и американского права возмещения ущерба и договоров⁵⁶.

К 1300 г. существовали сотни различных предписаний, каждое из которых было практически одновременно и закреплением политической линии (защитой определенных интересов против их нарушения), и закреплением королевской юрисдикции. Первоначальная цель того и другого, а именно защита королевского мира против применения силы и оружия, к тому времени уступила место соображениям более сложного характера. То, что сначала являлось ответом на анархию, насилие и на соперничество местных, феодальных и церковных судов, стало сердцевинной всей структуры государственного управления.

Доктрина сейзины. Насильственные столкновения по поводу прав на землю происходили не только из-за богатства, но также в еще более острой форме из-за политической власти, поскольку право на землю несло с собой и право на управление сообществом, жившим на земле и обрабатывавшим ее, и влекло за собой вступление в политические отношения с вышестоящими феодальными властями. Для создания системы мирного разрешения такого сложного экономико-политического соперничества Генрих II нуждался в нечто большем, чем новый механизм судебного разбирательства с помощью профессиональных судов, юдициальных предписаний, королевских судов с использованием присяжных и исковых форм. Он также нуждался в новом содержательном критерии права на землевладение, который мог быть надежным инструментом в сложном переплетении экономических и политических интересов. Он напел этот критерий в понятии сейзины.

Классическое и постклассическое римское право проводило четкое различие между правом собственности и правом владения. Говоря в самых общих чертах, право собственности и право владения в римском праве рассматривались как единое понятие: право собственности можно было либо иметь, либо не иметь, и если лицо его имело, это значило, что оно имело полные права владения, пользования и распоряжения. Это понятие, даже взятое вместе с различными оговорками, не подходило для описания феодального землевладения, при котором каждый участок земли был объектом прав вышестоящих и нижестоящих в феодальной иерархии. Едва ли можно было сказать, что господин “имел в собственности” землю, предоставленную ему при условии оказания услуг и которая вновь переходила к его вышестоящему сеньору после его смерти до тех пор, пока его наследник не уплачивал определенную сумму за переход к нему прав наследственного владения. То, что интересы на землю являются разделенными и нет абсолютного неделимого права собственности, составляет сущность феодального права — или по крайней мере западного феодального права.

Классическая и постклассическая римская концепция владения также не являлась адекватной проблемам феодального землевладения. По римскому праву право владения, отделенное от права собственности, имело лишь ограниченную защиту: если владеющий землей несобственник изгонялся с нее силой оружия (*vi et armata*), он имел право на восстановление прежнего состояния при условии, что ответчик сам не являлся собственником. Таким образом, вопрос о праве собственности был скрыт даже в этом случае. Так же и в случае лишения владения не силой, а обманом несобственник имел право на иск, но не против последующего владельца. Наконец, владения в классическом и постклассическом римском праве отождествлялось с фактическим занятием или использованием осязаемых предметов, т. е. земли и имущества: нельзя было “владеть” не вещественными правами, такими как право на оказание услуг или право на денежное обязательство (“*choses in action*” — “вещи в действии”), и нельзя было иметь право владения, отделенное от остального пакета прав, называвшегося единым термином “право собственности”.

Церковь долгое время старалась решить проблему права на владение в контексте, совершенно отличавшемся от того, который предполагался классическими римскими доктринами. Между лицами, претендовавшими на одну

и ту же епархию или аббатство, часто возникали споры. В тех случаях, когда один из претендентов изгонял другого силой, церковные синоды и папы постановляли, что прежний владелец имел право на восстановление своего владения до разрешения вопроса о том, чьи притязания правомерны. В этой связи нужно подчеркнуть, что епархия или аббатство являлись новым типом правового образования, — фондом, который был не землей или имуществом, а включал очень широкие права на землю и имущество, а также права на должности и услуги и другие неимущественные права.

Грациан в своем трактате 1140 г. собрал ранее изданные декреты по этому вопросу и вывел из них гораздо более широкий принцип, чем действовавший ранее. Цитируя декреты по поводу изгнания (*spoliatio*) как аргумента защиты в процессах против епископов и аббатов, Грациан приводил конкретное дело и анализировал его с помощью вопросов. Первый вопрос был: “Должно ли быть восстановлено правовое состояние тех, кто был изгнан, кто бы они не были?” Ответ был положительный. Обосновывая его, Грациан заявлял, что любое лицо (и не только епископ или аббат) имеет право на возвращение всего отнятого у него, равно силой или обманом, включая права и полномочия, а также против изначального правонарушителя, но также против последующих владельцев — третьих лиц. Правило, выведенное Грацианом, было названо “*canon redintegrandi*” (“правило реституции”); позднее глоссаторы стали интерпретировать *canon redintegrandi* не только в смысле возращения защиты против иска, но и как форму самостоятельного иска, *actio spoliis*, или иска об устранении препятствий к владению⁵⁷.

Генрих II и его юристы сделали в английском праве то же, что Грациан и его преемники сделали в каноническом праве. Они разработали иск против лица, препятствующего владению, совершенно независимый от права собственности, так что в отношении этого иска даже право собственности ответчика не давало защиты. Тем самым вассал получал защиту от насильственного изгнания с земли его господином. Одновременно Генрих и его юристы приспособили этот иск для возвращения владения не только землей, но и движимым имуществом и неимущественными правами, и не только против воспрепятствования владению силой, но и обманом, а также против последующих владельцев. Истец должен был только доказать предшествующее владение и неправомерное лишение его. Это был “*the assize of novel disseisin*”, изданный в 1166 г. он имел аналоги в законах всех западноевропейских стран.

Расширение понятия владения до включения в него владения правами, а не только землей и имуществом, и расширение средств защиты от препятствий к владению до реституции не только действительным собственником означала тонкую, но важную трансформацию самого понятия владения. Для этого трансформированного понятия было найдено новое слово, и не только в Англии, но и во всей Западной Европе: *сейзина* (от латинского слова *seisina*). Сейзина была больше, чем фактическое занятие земли или контроль над имуществом. Она была правом на занятие и контроль, правом “держать” землю, движимое имущество или неимущественные права: могла существовать *сейзина* на должность или свободу, на право патронажа или различные феодальные повинности. Ширина этого права частично определялась правовыми средствами, имевшимися для его реализации, а именно “*посессорными*” средствами, одно из которых, *novel*

seisin, фактически превратило вопрос о собственности в вопрос о возмещении ущерба. То, что сейзина означала нечто большее, чем физическое занятие или контроль, очевидно из того факта, что лицо, отправившееся в паломничество, с помощью “writ of novel disseisin” могло восстановить свою сейзину с помощью иска против любого лица, неправомерно занимавшего его землю во время его отсутствия. Это называлось “seisin animo” (“ментальная сейзина”) в отличие от “seisin corpore” (“физическая сейзина”).

В римском праве не было эквивалента европейскому понятию сейзины. Самой близкой параллелью являлось владение, которое в римском праве было просто фактом или действием и само по себе, за редким исключением, не порождало прав. В римском праве источником прав на землю и имущество, включая право на владение ими, было право собственности. Без него или прав, вытекающих из него (как в случае сдачи в аренду), владение было в лучшем случае нечто нейтральное, в худшем же — незаконное. Однако в Европе, как в церковных, так и в феодальных отношениях собственности, право собственности в типичных случаях было разделено, часто между многими сторонами. Европейцы разработали понятие сейзины для удовлетворения потребностей законного владельца, который не выводил свои права на владение из права собственности. В той или иной форме иск “novel disseisin” в Англии, Нормандии, Сицилии, Франции, германских герцогствах и в других местах давал законному владельцу, а также лицу, имевшему право на владение, право на восстановление сейзины против любого, неправомерно лишившего его сейзины.

Ассиз “novel disseisin”, названный Брактоном около 90 лет спустя “придуманым и изобретенным бессонными ночами”, был одним из крупных изобретений Генриха II с целью отнять у баронских судов юрисдикцию в отношении споров о земле. “Право собственности на землю могло быть предметом разбирательства в феодальных судах, однако король будет сам защищать посредством королевского предписания и опроса соседей-присяжных каждую сейзину на свободное владение землей”⁵⁸.

Генрих постановил, что, если лицо подало иск в феодальный суд, оспаривая сейзину другого лица со ссылкой на свое право собственности, ответчик мог передать дело в королевский суд без разбирательства двенадцатью “расследователями”, тем самым избегая феодального суда с применением боевой схватки, а также более торжественного и более разработанного королевского расследования под названием “grand assize”, использовавшегося для установления права собственности, в отличие от права сейзины.

С помощью этих и других постановлений Генрих II закрепил принцип, что никто не мог быть привлечен к суду по поводу его свободного владения землей без королевского предписания. Вопрос о сейзине мог быть внесен истцом в королевский суд с помощью посессорных ассиз, посредством же “grand assize” в королевский суд ответчиком мог быть внесен вопрос о праве, когда его сейзина оспаривалась. По словам выдающегося французского историка английского права, “Генрих II использовал различие между сейзиной и правом [собственности] — различие римско-канонического права — чтобы вырвать власть у баронов”⁵⁹.

Таким образом, существенная часть права собственности и права возмещения вреда, прежде являвшаяся предметом местных обычаев, стала предметом королевского права, так же как значительная часть местного уголовного права стала “роялизированной” с помощью механизма предъявления обвинения присяжными. Именно это историческое расширение королевской юрисдикции в период правления Генриха II связано с возникновением английского общего права, хотя термин “английское общее право” более позднего происхождения. В самом деле, в XII и XIII столетиях термин “общее право” (*jus commune*) является преимущественно понятием канонического права, оно было той его (главной) частью, которая применялась в церковных судах всего христианского мира, в отличие от местных канонических обычаев (называвшихся “*lex terrae*” — “правом страны”), которые применялись в местном масштабе. Римское право также называлось *jus commune*, поскольку оно считалось совокупностью теоретических принципов и норм, действующих повсюду. Однако отсутствие этого выражения в английском праве и его последующего заимствования из канонического права или, возможно, из римского права, либо из того и другого, не заслоняет, а скорее высвечивает главное: что Генрих II создал английское общее право путем законодательства, устанавливавшего средства судебной защиты в королевских судах.

Наука английского “общего” права

Более чем совпадением является то обстоятельство, что революции в правовом инструментарии и правовой практике, происходившей при Генрихе II, сопутствовало написание первого систематического трактата по английскому общему праву — книги Глэнвилла “Трактат о законах и обычаях королевства Англии” (“*Tractatus de Legibus et Consuetudinibus Regni Angliae*”). Он практически обобщал правовые реформы Генриха II.

Однако обычно датируемый около 1187 г., т. е. примерно десятилетием спустя после публикации другой важной (но гораздо менее систематизированной) английской книги по праву “Беседа казначея” (“*The Dialogue of the Exchequer*”), трактат, очевидно, был написан не Глэнвиллом, занимавшим пост юстициария в периоды правления как Стефана, так и Генриха II, а, весьма вероятно, его племянником, Губертом Уоттером, который стал епископом Кентерберийским в 1193 г. и управлял Англией с 1193 по 1198 г., когда Ричард I был в крестовом походе. Вероятность того, что автором был ведущий церковный деятель, — а Губерт Уолтер был не только архиепископом, но также и папским легатом, — подкрепляет точку зрения, что английское право в период своего формирования находилось под сильным влиянием церковных правовых идей.

В то же время в книге нет ничего о каноническом праве. Церковный автор ограничивается главным образом обобщением английского королевского права — именно права, а не управления, и именно королевского, а не местного, феодального и церковного. Это обстоятельство имеет большое не только правовое, но и политическое значение. В первых строчках трактата автор провозглашает:

“Королевская власть должна быть обеспечена не только оружием против бунтовщиков и государств, которые нападают на короля и государство; надлежит также украсить ее законами для управления послушными и мирными народами; также чтобы во времена войны и мира наш славный король мог успешно осуществлять свою роль, чтобы, сокрушая справедливой и твердой рукой гордыню неугомонных и неуправляемых и проявляя милосердие в соответствии со справедливостью к бедным и слабым, он мог всегда быть и победоносным в войнах со своими врагами, и неизменно беспристрастным в отношении своих подданных”⁶⁰.

Таким образом, “Глэнвилл” приравнивал королевские законы к армиям в качестве основы его власти. Тем самым он легитимировал королевскую власть.

Далее в трактате были воспроизведены законы Генриха II, названные “королевскими благодеяниями, дарованными народу великодушием короля по совету его магнатов”. Таким способом было дано обоснование королевской законодательной власти, а его законодательным актам придана сила долговременного действия как составной части “законов и обычаев Англии”.

В этой связи сама письменная форма имела важное значение. То обстоятельство, что королевское право было изложено в письменной форме, придавало ему определенную величественность, может быть, даже священность. Письменная форма придавала праву также определенную устойчивость, определенную стабильность. Кроме того, это закладывало основу для дальнейшей его разработки и отсюда возможность для органического изменения. Трактат Брактона, написанный в течение следующих семидесяти лет, опирался на Глэнвилла.

Наконец, трактат Глэнвилла сосредотачивался на процедуре, и особенно на юдициальных предписаниях (writs). Он даже не приближался по своему научному или философскому уровню к трактату Грациана. В начале трактата имеются небольшие политические теоретические рассуждения, но затем автор направил усилия на воспроизведение различных типов предписаний, причем лишь время от времени он приводил аргументы, объясняющие их достоинства. Почему автор поступил так? По меньшей мере часть ответа состоит в том, что юридическая власть короля опиралась на определение им в форме предписаний процедуры разрешения конфликтов, являвшейся более развитой, разработанной и рациональной, чем процедура, имевшаяся в местных и феодальных судах. Король еще не был в состоянии издавать в порядке законодательства многие материальные нормы права договоров, собственности, возмещения вреда, уголовного права, не говоря уже о таких предметах, как семейное право и право наследования, находившихся в исключительной компетенции церкви. Но король впервые создал центральный суд, состоявший из профессиональных судей, для слушания дел по всей стране, причем судебный процесс начинался с издания канцлером юдициальных предписаний. Сосредоточенная главным образом на предписаниях, книга Глэнвилла творила историю, ибо сами по себе предписания, определяя конкретные типы средств правовой защиты по конкретным видам правонарушений, производили то, что английский историк Дж.И.А.Джоллифф назвал “революцией в правовой науке”⁶¹.

Акцент на процедуру имеет значение не только как выражение королевской власти, но и как ее ограничение. Король в большой степени расширил свою юрисдикцию по сравнению с феодальными и церковными судами, но условия закрепления им королевской юрисдикции были четко

установлены, и поэтому могли служить ее ограничениями. Королевская юрисдикция определялась системой средств правовой защиты, а также формулировкой процедур обращения за ними. Таким образом, можно сказать, опять цитируя Джолиффа, что “рост определенности” как средство ограничения власти, относившейся и к церковной, и к феодальной власти, был связан и с королевской властью.

Ни в законодательстве Генриха II, ни в трактате, приписываемом Глэнвиллу, нельзя найти претензии на абсолютную королевскую власть или на королевское всеисие, как это имеет место в законодательстве короля Рожера II на Сицилии. Напротив, Глэнвилл, определяя королевскую юрисдикцию посредством юдициальных предписаний, ограничивал эту юрисдикцию. По словам Мейтленда, верховенство предписаний есть верховенство права. Конечно, нельзя было помешать королю узурпировать власть, выходя за пределы, которые он сам установил для себя. Однако, поступая таким образом, он ослабил бы общественную веру в законность, на которой основывалась легитимность его власти и усилил бы вероятность того, что ему пришлось прибегнуть к такому неэффективному средству сохранения власти, как сила. Это подразумевается в анализе Глэнвиллом двойственного характера королевской власти: ее потребности в вооруженной силе для подавления бунтовщиков и отпора внешним врагам, и ее потребности в справедливых законах для управления мирными подданными. Двумя поколениями позже концепция Глэнвилла была развита гораздо глубже в “Трактате о законах и обычаях Англии” Брактона. Последний также начал с положения, что “для хорошего управления король нуждается в двух вещах, — оружии и законах”. Однако затем он продолжил, что сама по себе власть выводится из права, — именно *lex* делает короля *rex*, — и когда он управляет только с помощью оружия, он перестает быть королем.

НОРМАНДИЯ

Герцогство Нормандское дает ключ к объяснению единства западной цивилизации в конце XI и начале XII столетия.

Ко времени норманнского завоевания Англии норманнские герцоги уже создали первое крупномасштабное, централизованное территориальное политическое образование на европейском континенте. На всей территории огромного герцогства, размерами приблизительно равного всем англосаксонским политическим образованиям вместе взятым и в несколько раз больше территорий, управляемых королем Франции, ни один феодал не мог построить или содержать замок без разрешения герцога. Каждый феодал был обязан военной службой герцогу. Герцог не только имел монополию на чеканку монеты в пределах своих владений, но и штат герцогских должностных лиц, называвшихся *vicomtes* (“вице-графами”, или “*viscounts*” — “шерифами” по-английски), которые контролировали местное управление, командовали местными военными контингентами, охраняли замки, собирали налоги и отправляли правосудие. Кроме того, герцог был правителем церковей в пределах его территории, он имел право назначать епископов и аббатов и председательствовать в провинциальных синодах. Как описывается в “*Norman Anonymus*” в начале 1100-х гг., он был священным правителем, наместником Христа⁶².

История, и особенно правовая история герцогства Нормандского, подобно истории норманнского королевства Сицилии, привлекала мало внимания современных исследователей, поскольку само герцогство в XIII в. прекратило независимое существование. В эпоху националистической историографии страны, со временем “не состоявшиеся”, были либо забыты, подобно норманнской Сицилии, либо рассматривались как часть истории другой страны — в случае с Нормандией истории либо Франции, которая в конечном счете завоевала ее, либо Англии, которую она сама завоевала до этого.

Тем не менее норманнские правовые институты оказали важное влияние и на английское, и на французское право. Больше того, взаимодействие, имевшее место между норманнскими и английскими и между норманнскими и французскими правовыми институтами, свидетельствует о существенном единстве основных правовых понятий, ценностей и процессов европейских народов.

После поселения в Нормандии в 911 г. скандинавские правители, начиная с герцога Ролло, восприняли управленческие институты франков и проявили себя как первоклассные администраторы. Среди воспринятых франкских правовых процедур был и институт присяжных, заключающийся в опросе под присягой местного населения назначенными из центра должностными лицами. Вопросы, которые ими ставились, могли относиться к сведениям хозяйственного характера, быть связанными с лицами, подозреваемыми в преступлениях или с обоснованностью выдвинутых против них обвинений. Вскоре после завоевания Англии норманнские правители ввели там в практику исследования разного рода вопросов под присягой, наиболее знаменитое из которых — земельная перепись 1086 г. (*domesday Book*). Норманны ввели также в Англию их собственную более раннюю практику командирования особых судей на заседания местных судов и создали новую систему центральных финансовых учреждений в особых государствах.

В последней трети XII столетия правовые учреждения не только в Англии, но и в Нормандии были фундаментально перестроены. В обеих странах приобрели зрелость система разъездных судей, юдициальных предписаний, обвинения и представления доказательств с помощью присяжных и ассизы по поводу прав на владение. И там, и здесь проводилось различие между королевским (герцогским) “высоким” правосудием и феодальным и местным “низким”. В обеих странах основанием для начала в суде гражданского дела было письмо (предписание) из королевской канцелярии. По мнению Чарльза Хаскинса, ведущего компаративиста — специалиста по норманнскому и английскому праву XII столетия, влияние шло главным образом в направлении из Нормандии в Англию, а не наоборот. “Предписание о праве”, по-видимому, разрабатывалось одновременно в Нормандии и в Англии во время правления Генриха I. Однако посессорные предписания Генриха II и расследования с помощью присяжных (*petty jury*), созывавшихся для дачи ответов на предлагавшиеся им вопросы, происходили из Нормандии⁶³.

Хаскинс приписывает также возникновение английского казначейства при Генрихе I частично опыту Нормандии, хотя он не может утверждать, английское или норманнское казначейство появилось первым. Генрих II также приблизительно в одно и то же время ввел в обеих странах похожие системы назначения судей и бейлифов. Однако временная привязка не имеет решающего значения. Как пишет Хаскинс, “если английское предписание о

присяжном расследовании важных дел 1166 г. предшествовало аналогичному норманнскому предписанию в 1172 г., то “ассизы оружия” и постановление о “десятине Саладина” были впервые изданы для континентальных владений короля. Последовательность принятия этих мер могла быть случайной, ибо для человека с темпераментом Генриха имело мало значения, где впервые был начат эксперимент, но его система управления крупным государством предполагала обязательное использование опыта, приобретенного в одном регионе, в другом”⁶⁴.

Заслуживающий внимания учебник норманнского права в Нормандии, написанный около 1200 г. и называвшийся “Trancien coutumier de Normandie” (“Учебник очень старого обычного права Нормандии”) описывает систему права, примечательно сходную с правом, описанным десятилетием раньше в трактате Глэнвилла “О законах и обычаях Англии”⁶⁵. Если кто-либо был адвокатом в Англии в 1190 или 1200 гг., он мог, переехав в Нормандию, легко практиковать и здесь без нужды много учиться заново. Уже упоминавшийся Томас Браун, являвшийся бароном сицилийского казначейства в течение двух или трех десятилетий и затем бароном английского казначейства в течение последующих двух или трех десятилетий, мог бы переехать работать в казначейство герцогства Нормандского и не встретить особых неожиданностей в работе. Аналогично норманнский судья мог бы перейти на работу из суда Палермо в суд Вестминстера или Каена без значительной переподготовки.

Согласно гл. 7 “Очень старых обычаев Нормандии”, жюри присяжных, которое должно собираться для разрешения споров по поводу сейзины, состояло из 12 свободных людей, являвшихся соседями и не связанных с любой из сторон. Глава 73 приводит пример предписания *novel disseisin*, практически идентичного с предписанием, изданным английским Кларендонским ассизом 1166 г.: “Король или его сенешаль шлет привет шерифу такой-то и такой-то местности. Прикажи X., чтобы он незамедлительно вернул Р. сейзину на его участок... которую он имел тогда-то... и которой он был позже неправомерно и без приговора лишен”.

Несколько лет спустя после написания “Очень старых обычаев” герцогство Нормандия было завоевано французским королем Филиппом II и включено в созданную им империю. В последующие два десятилетия Филипп ввел некоторые из основных институтов норманнского права в королевское право Франции, включая важные черты норманнской административной и судебной системы. Таким образом, герцогство Нормандия благодаря его прямому влиянию как на Англию, так и на Францию сыграло важную роль в формировании западной правовой традиции.

ФРАНЦИЯ

Песнь о Роланде, написанная приблизительно во время Первого крестового похода (1099), возбудила патриотизм французов — *Franci* — изображением их героизма и набожности и проявлением верности *la douce France*. Однако в тот период Франция как политическая единица едва ли существовала. Король Франции был хозяином менее 1/12 территории, населенной бургундцами, пикардийцами, норманнами, бретонцами, гасконцами, провансальцами и представителями многих других основных кланов (племен), состав-

лявших постепенно возникавшую нацию Franci. Король управлял Иль де Франс — областью вокруг епископальных городов Парижа и Орлеана, состоявшую преимущественно из наследственного королевского домена. Остальная часть того, что позднее стало Францией, была раздроблена на герцогства, графства и разного рода феодальные владения, многие из которых формально были королевскими ленами, но все фактически были независимыми. Среди полудюжины герцогов были герцоги Нормандии, Аквитании, Бретани, Бургундии; среди множества графов — графы Фландрии, Анжу, Тулузы, Блуа, Манша, Барселоны. Некоторые из них, например, герцог Нормандии и граф Фландрии, обладали гораздо большей властью, богатством и территорией, чем король Франции.

В 987 г. умер последний каролингский король западных франков, Людовик V, преемником которого стал Гуго Капет (титул императора к тому времени уже перешел к восточным франкским правителям). Капетингская династия не была способна ни на что большее, чем только сохранение контроля над ее вассалами в родовом домене короля. В 1100-х г. дела пошли лучше, Людовик VI (1108—1137) и Людовик VII (1137—1180) создали более развитые управленческие и правовые институты. Они также увеличили свою территорию посредством расчетливых браков, хотя брак с самыми далеко идущими расчетами, — женитьба Людовика VII на Элеоноре Аквитанской, — закончился 15 годами спустя разводом, и Элеонора передала свое богатое приданое, Аквитанию и Гиень, другому “французу”, Генриху Плантагенету, являвшемуся одновременно герцогом Нормандским и графом Анжуйским и Менским, и ставшему вскоре королем Генрихом II Альпийским.

Первым великим французским королем и основателем французского государства и французского королевского права был Филипп II (1180—1223), названный последующими поколениями Филиппом-Августом. С помощью брачных союзов и завоеваний и особенно в результате своей победы при Бувине в 1214 г. над английским королем Иоанном Безземельным, императором Оттоном IV и графом Фландрским Ферраном Филипп фактически создал французскую империю. Помимо королевского домена, т. е. собственно Franciа, включившего в процессе своего расширения, наряду с Иль де Франс, Шампань, Блуа, Бургундию, Невер и феодальные владения к северо-востоку до Ла-Манша, юрисдикция Филиппа распространялась также на всю территорию или часть герцогств и графств Нормандии, Аквитании, Бретани, Анжу и Турени, которые были завоеваны главным образом у английских королей Ричарда (1189—1192) и Иоанна (1199—1216). Заслужой Филиппа было создание целостной политической и правовой структуры, охватывавшей как территории, принадлежавшие ему в качестве его родового домена, так и территории, приобретенные им военными и политическими средствами. Филипп II сделал для Франции то, что поколением раньше Генрих II сделал для Англии и двумя поколениями раньше Рожер II сделал для Южной Италии.

“Империя” Филиппа, подобно “империям” английского короля Генриха II и сицилийского короля Рожера II, представляла собой федеративное государство. В каждой из них имелось королевство (Франция, Англия, Сицилия) в совокупности с различными герцогствами и феодальными владениями, формально не входившими в королевство. В каждой из империй составлявшие ее различные политические образования — королевство, гер-

цогства, графства, феодальные владения — сохраняли определенную степень автономии. Каждое из составляющих политических образований имело своего главу, был ли это сам король, наследственный вассал короля или должностное лицо, назначенное им. Каждое имело свое собственное обычное право. Однако король также управлял всеми различными политическими образованиями в рамках своего государства и создавал законы, применявшиеся в каждом из них, и королевские суды обладали в каждом из них юрисдикцией по определенным типам дел.

Конечно, Франция была гораздо менее единой, чем Англия или Сицилия, и даже гораздо менее единой, чем вся территория, управлявшаяся Генрихом II или Рожером II. Это объясняется несколькими взаимосвязанными факторами. Территория Франции была гораздо больше, ее население было, возможно, в четыре или пять раз многочисленнее, чем в Англии или Южной Италии. Процесс ее объединения начался позже. В ней не было сильной традиции королевской власти и развитого правосознания англосаксов, с одной стороны, а у ее правителей большого административного таланта норманнов — с другой. Возможно, у их королей не было также крайней безжалостности норманнских правителей, склонности к насилию. Наконец, форма феодальной экономической системы, господствовавшей во Франции, также способствовала политической раздробленности, хотя трудно сказать, что в данном, как и в других случаях, является причиной и что — следствием.

Личность Филиппа-Августа

Филипп II, единственный сын Людовика VII, с рождения воспитывался как будущий король⁶⁶. Он стал преемником своего отца в 1180 г. в возрасте 15 лет. В первые несколько лет своего правления он сорвал заговоры аристократии против него, особенно заговор Шампань, к которому принадлежала его мать. Его женитьба в 1180 г. на дочери графа Болдуина V Геннегаузского, племяннице графа Филиппа Фландрского, похорошила планы заговорщиков. Благодаря своему дипломатическому и военному искусству Филипп смог утвердить себя, несмотря на свою молодость. Он уже продемонстрировал качества, необходимые всем удачливым правителям той эпохи.

Первое десятилетие его правления было отмечено переменными политическими союзами и разрывом с Филиппом Фландрским и английским королем Генрихом II. Во втором десятилетии он заключил союз с германскими императорами (сначала с Фридрихом Барбароссой, затем с Генрихом VI) против английского короля Ричарда I, за которым последовало в начале 1200-х г. завоевание Филиппом большей части французских регионов английского королевского домена — Нормандии, Мена, Турени, Пуату и Анжу. Военное искусство и мощь Филиппа достигли кульминации в битве при Бувине (1214), где французские войска наголову разбили войска Фландрии, Германии и Англии.

Способности Филиппа к управлению и законодательству были не меньше его способностей к политике и военному делу. Он окружил себя людьми, подготовленными в области права, которые выступали его советниками и доверенными лицами. Находясь под впечатлением организационного таланта

норманнов в Нормандии, Англии и Сицилии, он ввел на всех своих территориях, особенно после завоевания Нормандии в 1203—1204 гг., различные институты, напоминавшие англонорманнские институты разъездных судей и шерифов. Для содержания наемных войск он во все большей мере переводил феодальные повинности в денежные платежи. Он отстаивал широкие права на господство над баронами. Он сталкивал между собой духовенство, феодалов и городские власти, особенно отдавая предпочтение городам, которым он предоставил значительное самоуправление, и крупным купцам, которым он даровал торговые привилегии и монополии.

Всеми своими способностями, интересами и политикой Филипп был сходен с другими великими королями-законодателями его эпохи, особенно Рожером I в Сицилии, Генрихом II в Англии, Фридрихом Барбароссой в Германии и Филиппом во Франции. Он походил на них и личными качествами: по свидетельству его современников, он обладал большой физической силой, был любителем пиров, вина и женщин, неутомимым охотником и фехтовальщиком. Он был щедр к своим друзьям, суров к врагам, сочетая горячий темперамент с умением его контролировать. Он был ревностным приверженцем католической церкви. Хотя он вышел из третьего крестового похода из-за ссоры с английским королем Ричардом II, он со всей безжалостностью подавил альбигойских еретиков. Он был готов и стремился заимствовать и приспосабливать чужой опыт, экспериментировать и обновлять ради достижения своих целей. То, что Генрих Миттайс назвал “непоколебимой самоуверенностью и изобретательностью”, было отличительной чертой его характера, как и у других великих монархов XII и начала XIII столетия.

Его вера в право как орудие власти была не меньше его веры в право как орудие осуществления справедливости, перед смертью он завещал своему сыну Людовику “обеспечивать справедливость для высших и низших, для бедных и богатых”⁶⁷.

Французское государство

Филипп-Август унаследовал королевскую курию (*curia regis*), являющуюся по духу и происхождению феодальной⁶⁸. Она состояла из наследственных сановников и королевских вассалов, как церковных, так и светских, а также должностных лиц королевского двора, избранных большей частью из баронства. Она созывалась королем и осуществляла смешанные консультативные, судебные и законодательные функции. В периоды правления Людовика VI и Людовика VII большое влияние в качестве главного советника короля на процесс роста властных полномочий должностных лиц королевского двора и уменьшения власти наследственных сановников и королевских оказывал аббат Суше из Сен-Дени, клирик скромного происхождения. Эту тенденцию Филипп-Август поддерживал и в дальнейшем. При нем финансовые и судебные функции были изъяты из *curia regis*, координирующим органом этих функций и деятельности других правительственных департаментов стала королевская канцелярия. Филипп осуществлял — или начал осуществлять — в области государственного управления то, что делал в этой же области Генрих II в Англии и Нормандии и Рожер II в Сицилии, Калабрии и Апулии,

и то, что делали папы в конце XI в. в области управления церковью. Начатое Филиппом было завершено его внуком Людовиком IX (1226—1270).

Центральные правительственные институты во Франции не могли быть созданы до тех пор, пока королевская правительственная власть не стала осуществляться на местах через королевских представителей на территориях, находившихся под королевской юрисдикцией. Такое сочетание центральных и местных правительственных учреждений, основанное на принципе делегирования власти, было существенным моментом в формировании государства западного типа. Вторым существенным моментом, связанным с первым, была система права, на которую королевские представители могли опираться и которой в то же время они были связаны. Именно прежняя неспособность французской короны создать такую руководствующуюся правом и связанную им делегированную власть на местах препятствовала созданию французского государства до эпохи Филиппа-Августа. До этого времени не только французские герцоги и графы, но и более мелкие бароны не позволяли королевским должностным лицам вступать в их владения. Кроме того, французские короли могли эффективно использовать местные институты в деревнях и графствах, потому что традиция местного самоуправления была во франкском королевстве менее развита, чем в англосаксонском, и вследствие этого более уязвима для разрушения ее феодалными баронами.

В этих условиях короли только управляли собственным доменом через своих местных представителей, называвшихся провостами, которые являлись в королевских землях администраторами и управляющими, собирая доходы, осуществляя аресты правонарушителей и суд над ними, созывая на службу рыцарей и т. п. Обычно они уплачивали короне ренту за пользование своими правами и полномочиями, называвшимися *ferme* и приравненными к феодальному владению, часто наследственному. Иногда король посылал инспекторов для контроля провостов. Эта система не отличалась от аналогичной, действовавшей в Англии в XI — начале XII столетия.

Филипп II увеличил число инспекций и повысил авторитет и престиж инспекторов, создав новый вид должностных лиц, называвшихся, как и в Нормандии при Генрихе II, бейлифами, бальи (*bailli*). Создание нового института бальи было подсказано Филиппу и его советникам опытом функционирования англонорманнских бейлифов или шерифов периода правления Генриха II. Филипп сознательно приспособил и видоизменил этот институт, возложив на бальи некоторые из административных обязанностей англонорманнских шерифов и некоторые из судебных обязанностей англонорманнских разъездных судей. Подобно англонорманнскому шерифу, французский бальи мог представлять короля по многим вопросам: он получал от короля инструкции, осуществлял надзор за функционированием его финансов и информировал его. Как и англонорманнские разъездные судьи, французские бальи направлялись судом для разбирательства *cas gouaux* (дел, подпадавших под юрисдикцию короля) и в целом для защиты прав и прерогатив короля. Королевским распоряжением 1190 г. бальи предписывалось раз в месяц устраивать ассизы, на которых должны были разбираться жалобы (*skamores*) с учетом советов четырех достойных доверия людей (*legales homines* — правовых людей) данной местности. Со временем каждому бальи был отведен закрепленный за

ним округ, которым он управлял в интересах короля и в котором заседал в качестве королевского судьи.

После 1226 г. в некоторых местах Франции появилась также должность сенешаля, отличавшаяся от должности бальи главным образом несколько большей независимостью от короны. Бальи и сенешали обычно назначались из мелкого придворного дворянства и, как правило, были подготовлены в области права, они всегда являлись оплачиваемыми должностными лицами, служащими короны, а также занимавшими в феодальной иерархии промежуточное положение между герцогом и графом.

Провост по-прежнему управлял своим округом, исполняя королевские приказы и отправляя правосудие от имени короля. Он также проводил судебные заседания при участии местных жителей в роли советников. Апелляции на решения суда провоста какого-либо округа помощь бальи подавались в суд последнего. Наиболее важные типы дел резервировались за судом бальи в качестве суда первой инстанции. В проведении ассизов в главных городах своего округа бальи оказывали местный провост и уже упоминавшиеся “правовые люди” или местный “совет нотаблей”, либо, в некоторых местностях, непрофессиональные судьи (*hommes jugeans*). Доходы от разбирательства дел — значительные пошлины, требовавшиеся от тяжущихся сторон, и налоги, устанавливавшиеся для общин в связи с судебным разбирательством, — шли короне или феодалам, занимавшим промежуточное положение в феодальной иерархии.

Учреждение системы бальи было предпосылкой для развития центрального профессионального королевского судебного органа. До восшествия на престол Филиппа II судом короля разрешалось относительно немного судебных дел, за период с 1137 по 1180 г. имеются достоверные сведения только о 85 делах, или в среднем менее чем о двух делах в год⁶⁹. Это были главным образом дела по поводу жалоб на крупного феодала об отказе в правосудии или о неправильном приговоре или споры между церковным феодалом и городской коммуной, которой первый пожаловал хартию свобод. Король обычно председательствовал лично. Судьями были крупные феодалы и должностные лица короны, приглашенные для участия королем. Еще не существовало центрального королевского суда профессионалов, на которых было бы возложено применение и формирование системы королевского права.

Такой суд появился в XII столетии. Сначала периодические судебные сессии королевской курии, называвшиеся *parlements*, что означало “дискуссии” или “обсуждения”, созывались несколько раз в году. Наконец, приблизительно после 1250 г., “*parlement*” Парижа стал заседать как постоянный судебный орган со штатными профессиональными судьями в качестве председательствующих по гражданским и уголовным делам, — иногда в качестве суда первой инстанции, но большей частью для рассмотрения апелляций на решения судов бальи или, чаще, судов герцогов, графов и других феодалов. Со временем король стал председательствовать лично только в редких случаях и наконец вовсе перестал участвовать в заседаниях суда. Парламент Парижа просуществовал в качестве высшего королевского суда Франции до Великой французской революции.

Создание центрального королевского суда в Сицилии и Англии, а также аналогичного учреждения в Римской церкви, характеризовало раннее развитие современного государства западного типа. Оно представляло собой одно-

временно соединение и разделение политической власти (*imperium*) и правосудия (*iurisdictio*) — их политическое соединение в лице королевской власти и их правовое разделение в лице королевского совета и королевского суда. Во Франции медленнее, чем в Англии и Сицилии, происходила централизация королевской юстиции в виде создания единого профессионального суда, Франция также медленнее создавала систему децентрализованных по статусу королевских судей. В конечном счете, однако, создание системы отдельных постоянных королевских судов имело существенное значение для новой государственной структуры, одной из характерных черт которой была особая опора на судебное разбирательство как средство социального, экономического и политического регулирования.

Разрешение королевской властью споров между конкретными сторонами означало, в свою очередь, существование подлежащей применению совокупности королевского права, и в дальнейшем сложилось мнение, что эта совокупность права должна время от времени дополняться и изменяться королем. В противоположность своим предшественникам Филипп-Август и его преемники были законодателями в том смысле, что за ними было признано — и они сами признавали это за собой — право и обязанность регулярно издавать новые законы. В XIII в. французские короли издавали все больше статусов (*'etablissemments*) и предписаний (*ordomances*), недвусмысленно изменявших ранее существовавшее право. Многие из этих новых королевских законов были связаны с созданием новой системы отправления правосудия. Возможно, самый знаменитый пример — это предписание Людовика IX 1258 гт., запрещавшее судебный поединок и переводившее парламент Парижа в ранг апелляционного суда. Другие законы распространяли право короля чеканить монету на всю страну, вводили более строгий контроль над городами и в целом были направлены на повышение эффективности королевского управления. Иногда в таких королевских законах провозглашалось, что они издаются “для общего блага всех” или “общей выгоды государства”. Это отражало канонистское обоснование законодательной власти короля, сформулированное в знаменитом определении права Фомы Аквинским — “предписание разума, направленное на общее благо, созданное и опубликованное тем, кто обязан заботиться о сообществе”⁷⁰.

Французская система королевского правосудия

Историки права часто считают, что развитие французской системы королевской юстиции отставало от английской почти на столетие. Они указывают, что в Англии центральный королевский суд появился в 1170-х гт., тогда как во Франции центральный королевский суд — парламент Парижа, был создан только в 1250-х гт. Это, однако, все равно, что сравнивать яблоки и апельсины. *Parlament* Парижа был преимущественно апелляционным судом, он рассматривал апелляции на дела, разрешенные в качестве первой инстанции либо подчиненными королевскими судами провостов и бальи, либо подчиненными судами герцогов, графов и других феодалов. В отличие от этого английские королевские судьи, как разъездные, так и вестминстерские, обыч-

но рассматривали дела в качестве первой инстанции на основании исходного юдициального предписания. Поэтому нужно сравнивать английскую королевскую юрисдикцию XII в. с юрисдикцией в тот же период герцогов и графов в отдельных французских герцогствах и графствах: Бургундии, Мене, Тулузе, — а также с юрисдикцией короля в королевском домене (во Франции термин “графство” относится к политическому образованию, управлявшемуся графом, а не к английскому типу графства, или “shire”). Следует также сравнивать английскую королевскую юрисдикцию с французской системой королевских судей — бальи, созданной Филиппом II в 1190 г. Главное различие состояло в том, что бальи не были ни разъездными, ни центральными судьями, а действовали в отдельных округах. Парламент Парижа при Людовике IX, с другой стороны, занимался тем, чем английский центральный королевский суд не занимался: он регулярно разбирал апелляции. Это различие не учитывается теми, кто считает, что развитие в Англии было “ранним”, а во Франции — “отставшим”.

Если сравнить централизованную юстицию в Англии с централизованной юстицией не во Франции в целом, а в каком-либо большом французском герцогстве, то в XII столетии обнаруживается примечательное сходство между ними. Наглядным примером является Нормандия, поскольку здесь в XII столетии разбирательство герцогскими судьями крупных гражданских дел было по существу похоже на разбирательство аналогичных дел королевскими судьями в Англии, причем нормандский герцог соответствовал английскому королю. В это время ни в Нормандии, ни в Англии не существовало системы апелляций на решения по таким делам. Лишь столетие спустя, когда французский король Людовик был правителем Нормандии, решение дел, разбравшихся центральным герцогским судом Нормандии, могло быть обжаловано в новый центральный королевский суд в Париже.

В создании иерархической системы судов с упорядоченной процедурой апелляции на решения судов провостов в суды бальи и на решения последних, а также судов герцогов, графов и других феодалов в центральный королевский суд в Париже французское государство было значительно “вперед”, а не “позади” английского.

Конечно, для английских королей было бы совершенно невозможно попытаться учредить систему апелляций, поскольку в соответствии с процедурой английских королевских судов такие апелляции должны были подаваться на вердикты присяжных, представлявшие собой ответы “да” или “нет” на поставленные королевскими судами вопросы о фактах или о сочетании фактов и права с учетом ранее собранных ими сведений. Наиболее близким к апелляциям институтом, созданным в английском праве, была процедура “attaint”, применявшаяся только по гражданским делам, в соответствии с которой для пересмотра вердикта прежнего жюри присяжных созывался “grand assize” из 24 человек. Если предшествующий вердикт признавался ложным, пострадавшей стороне возвращалось все, что она потеряла из-за него, а первоначальные присяжные подвергались конфискации имущества, сами они заключались в тюрьму, их жены и дети изгонялись на улицу, дома разрушались, садовые деревья уничтожались, луга перепаживались.

Французская система гражданского и уголовного судопроизводства сначала, т.е. в XII и в начале XIII в., не была столь отличной от английской.

Не в центральных королевских судах, конечно, но в центральных герцогских и графских судах и в местных королевских судах провостов и бальи судьи председательствовали над непрофессиональными членами суда. Решение суда принималось не председательствовавшим должностным лицом, а не профессиональными членами суда (*suitors*). Это деление суда на председательствующее должностное лицо и непрофессиональных судей восходило по времени, как и английское жюри присяжных, к французскому институту расследования присяжными. Опора на сельских жителей, участвующих в разбирательстве судебных дел, была подкреплена законодательством Филиппа-Августа, создавшим суды бальи. Для определения местных обычаев был также изобретен институт “народного расследования” (*enquête par turbe*): для этой цели собирались 12 человек, и их представитель излагал их общее мнение.

Французская система испытала драматические изменения во второй половине XII в. и позже. Как показал Джон П. Доусон, французский судебный процесс стал более профессионально подготовленным и более сложным⁷¹. Профессионально подготовленные юристы появились не только на уровне апелляционной инстанции, но и в судах провостов и бальи, а также герцогов и графов и даже феодалов более низкого ранга. В XIV—XV вв. иногда не только парламент Парижа, но и судьи в нижестоящих судах во время судебного разбирательства применяли письменную процедуру, похожую на установленную каноническим правом: стороны обменивались письменными изложениями претензий и возражений, использовались письменные протоколы допросов и тайные показания свидетелей под присягой, решение суда излагалось в письменной форме с указанием установленных фактов и аргументированием выводов суда. Стороны задавали друг другу вопросы. Решения лиц, проводивших следствие, протоколировались. Имелось огромное количество формальностей. Апелляции со ссылкой на ошибки в обширных протоколах направлялись из нижестоящих судов в вышестоящие вплоть до парламента Парижа. Как отмечает Доусон, непрофессиональные члены нижестоящих судов постепенно отходили в сторону, будучи “смущены и запутаны становившейся все более сложной процедурой”⁷². Официальный должностной компонент стал доминировать над компонентом народного представительства, хотя *enquête par turbe* сохранился.

С точки зрения более позднего развития права можно подумать, что ранее заимствование французскими королями процедур из канонического права и создание ими иерархической апелляционной системы, увенчанной центральным королевским судом в Париже, оказали негативное воздействие на последующую историю французского права и что ранее заимствование английскими королями системы присяжных из франкской традиции оказало благотворное воздействие на последующую историю английского права. Однако с учетом условий XII и XIII столетий французская система судов и судебного процесса имела значительные преимущества перед тогдашней английской системой с точки зрения и ее справедливости для тяжущихся сторон, и роли королевской власти как упорядочивающего фактора в обществе.

С точки зрения справедливости для тяжущихся сторон французская судебная процедура, как и процедура церковных судов, была предназначена для выявления всех фактов и спорных пунктов дела, тогда как английская процедура имела целью сведение фактов и проблем к максимально узкой по-

становке вопроса или вопросов. Английская система судоговорения и вердикта присяжных, выносившегося без судебного разбирательства, хорошо подходила только к определенным типам дел. Именно этот недостаток более, чем что-либо, вынудил английского канцлера учредить в конце XIV—XV столетиях юрисдикцию на основе права справедливости для защиты бедных и слабых, ввести юридическое оформление доверительных отношений и создать механизм судебных приказов и иных способов, имевших целью освобождение от ответственности (в отличие от денежных возмещений по общему праву). Английский канцлер, почти неизменно являвшийся высокопоставленным церковным должностным лицом, следовал каноническо-правовой процедуре, которая была также французской королевской процедурой, — процедуре вызова свидетелей в суд под угрозой штрафа и допроса их под присягой.

С точки зрения задачи упорядочивания общественных отношений справедливым является вывод, что французская система королевского права не могла быть во Франции столь эффективной, какой была английская система королевского права в Англии, частично потому, что французский король должен был управлять в четыре или пять раз большим населением, чем в Англии, которое была рассредоточено в гораздо активнее соперничавших между собой политических образованиях. Большой смысл имеет вопрос о том, хорошо ли подходила система королевского права, разработанная в эпоху французских королей XII—XIII вв., для максимального усиления их способности предотвратить беспорядки в обществе, или для них было благоразумнее создать систему королевского права, более походившую на английскую. Филипп-Август построил свою систему бальи частично по образцу английских шерифов и разъездных судей, но при Людовике IX развитие апелляционной юрисдикции парижского парламента и связанной с ней сложной и разработанной письменной процедуры в конечном счете уменьшило роль общественного участия и привело к появлению особого класса ученых юристов, с течением времени отдалявшегося от населения и становившегося все более и более коррумпированным.

Но и здесь нельзя оценивать то, что было сделано при Людовике IX, мерками того, что произошло при Людовике XIV. Что касается XII и XIII столетий, то представляется правильным вывод, что господствовавшая во Франции система королевского права по сравнению с той, что имела место в Англии, была в высшей степени эффективным инструментом упорядочивания королем экономической и социальной жизни страны, и если она была менее эффективна в борьбе с преступностью, то это, по-видимому, объяснялось тем, что юрисдикция по уголовным делам во Франции была менее централизована, чем в Англии, в большей степени находилась в руках герцогов, графов и других феодалов, а также городских сообществ, что вовсе не было неизбежно негативным явлением.

Эффективность французского королевского права в XIII столетии описалась на тонкое сочетание в нем местных обычаев и юридической ученостью и разработанную в нем процедуру использования правовых знаний в толковании местных обычаев. Применение правовой процедуры и правовой научной подготовки к местным обычаям создало совокупность французского обычного права, действовавшего как мощная объединительная и образовательная сила.

Под “местными обычаями” имеются в виду различные обычаи многообразных местностей, городов и поместий, графств, феодальных доменов, герцогств и других политических образований, из которых состояла Франция. Имелось относительно небольшое число обычаев Франции как страны в целом, например обычаи, относившиеся к центральной власти, по поводу наследования короны, а также общие местные обычаи, такие как ограничение прав мужа распоряжаться собственностью жены в течение их брачной жизни. Несмотря на растущее число *establissemens* и *ordonnances* имелся также незначительный объем материального статутного права Франции как целого, французское статутное право большей частью было процессуальным. Однако тот факт, что в королевских судах Франции дела чаще всего решались на основе местного обычая, не означает, что королевские суды не играли никакой роли в формировании этого обычая. Напротив, королевские суды, включая парламент Парижа, и иногда сам король, не признавали какие бы то ни было “плохие” обычаи и принимали только “разумные”. Здесь они использовали полномочие истолковывать обычаи, чтобы привести их в соответствие с разумом. Таким образом, можно говорить об общем обычном праве Франции в целом, состоящем из разнообразных обычаев, действовавших в различных местах, и интерпретировавшихся и формировавшихся королевскими судами.

Утверждение, что Франция управлялась общим обычным правом, не означает отрицания того, что очень многие французские юристы и судьи получили образование на основе римского права. Не означает это и отрицания, что в некоторых областях Франции, прежде всего на юге, римское право в определенной степени сохранилось с домеровингских времен. Но имелись два различных вида римского права. Первый вид — то римское право, которому учились юристы и судьи, — был правом текстов Юстиниана, заново упорядоченных, переосмысленных и заново оцененных учеными юристами в университетах (включая университет Монпелье, основанный в XII в., и университет Орлеана, основанный в XIII в.).

Римское право университетов было идеальным правом, а не изданными в законодательном порядке кодексами, статутами или другими формами позитивного права. Оно являлось совокупностью правовых понятий и принципов, с помощью которых могли быть отобраны и истолкованы действовавшие нормы обычного и законодательного права. Второй вид римского права, сохранившийся, особенно в Южной Франции, с домеровингских времен, состоял из разбросанных римских правовых понятий, норм и процедур, сохранившихся в народном сознании в течение столетий, некоторые из которых вопли в последующие германские кодификации (например, вестготские и лангобардские) и в указы и другие акты правителей. Это “вульгарное римское право”, как его часто называют, само стало обычным правом. Изучавшееся в университетах римское право, напротив, было не столько правом в смысле общеобязательных норм, сколько правом в смысле способов правовой аргументации.

Изучавшееся в университетах римское право было особенно полезно при определении того, какие обычаи были “разумными” и какие “плохими”. Каноническое право церкви в этом отношении давало важные ориентиры. Именно каноническое право впервые стало проповедовать необходимость отличать разумные обычаи от неразумных. Каноническое право даже проповедывало необходимость различать между тем, что приемлемо,

и тем, что неприемлемо, в самом римском праве. Канонические принципы интерпретации обычаев, как правило, применялись как критерии оценки римско-правовых норм и понятий.

Во французских королевских судах XIII в. существование обычая могло доказываться множеством способов по усмотрению судьи. Судья мог заявить, что он лично знает обычай, поскольку сам применял его в каком-либо предшествующем аналогичном деле, называвшемся “прецедентом”⁷³. Он мог проконсультроваться с непрофессиональными советниками, помогавшими ему в суде. Он мог вызвать группу людей, знавших обычай: группу духовных лиц для установления обычая города, группу моряков для установления обычая порта. Наконец, в соответствии с процедурой *enquête par turbe* судья мог созвать 12 знающих людей и попросить их сообщить через их представителя свое мнение о существовании конкретного обычая или обычаев.

В XIII в. король иногда сам вмешивался в качестве выразителя “общего блага для всех” (*bien commun de tous*), беря на себя роль председательствующего в дискуссии знатоков по поводу спорного обычая и объявляя или излагая на бумаге свой вывод. Говоря словами французского юриста XIII столетия Филиппа де Бомануара, “король должен уважать обычаи своего государства и следить за тем, чтобы их уважали другие”⁷⁴. Неразумный обычай должен быть “отброшен”. В то же время, однако, король мог предоставить “привилегии” некоторым лицам или группам, которые противоречили обычаям и освобождали от подчинения им на основе права справедливости, т.е. в качестве исключения. Так, король предоставлял привилегии “вопреки общему обычаю” некоторым церквям, городам, гильдиям, крестоносцам и другим социальным субъектам.

Наконец, если обычай являлся неудовлетворительным не просто в отношении к конкретному лицу или группе, по отношению к которым должно быть сделано справедливое исключение, но и в более общем плане, так что он нуждался в изменении, король мог издать новый статут или предписание, пересматривающие обычай. Теория сэра Генри Мэна, согласно которой в истории права имеет место движение в направлении от права справедливости к законодательству, находит подтверждение в средневековой французской практике, которая сама выводилась из теории канонистов, санкционировавшей изменение обычая на основе права справедливости и обобщение последнего с помощью статута⁷⁵.

Однако фактически во Франции было относительно мало новых статутов или предписаний, менявших старые обычаи, и совсем мало привилегий, предоставлявших исключения из старых обычаев. Обычаи, признанные королевскими судами неудовлетворительными, большей частью либо отвергались как “плохие”, либо истолковывались заново, чтобы сделать их “разумными”. Фактически норма разума и совести была встроена в обычное право.

Таким образом, французское королевское право XIII в. было, с одной стороны, гораздо более связанным с наукой, чем английское королевское право, в том смысле, что во французской системе имелось гораздо больше ученых судей и адвокатов⁷⁶, однако влияние на него королевских статутов было меньшим. С другой стороны, оно было более многообразным в том смысле, что не существовало какой-либо значительной совокупности единообразных обычаев, применимых во всей Франции, однако имелась большая совокупность

“общего права” в смысле общей совокупности процедур и принципов, применявшихся королевскими судами на территории множества политических образований, составлявших французское королевство.

Французское королевское гражданское и уголовное право

Хотя право, применявшееся французскими королевскими судами в XII и XIII столетиях, было большей частью обычным правом с широкими его вариациями от места к месту, имелись также и важные общие черты. В самом деле, хотя обычаи были очень многообразны по своим деталям, обычное право, т.е. способ концептуализации обычаев и основополагающие принципы их интерпретации, было примечательно единым.

Нижеследующее описание обычного права, применявшегося во французских королевских судах, основывается большей частью на крупном труде Бомануара, озаглавленном “Книги обычаев и обыкновений бовезийцев”, написанном около 1283 г.⁷⁷ Автор был бальи Клермона в Бове. До этого он был бальи в Вермандуа, Турени и Санлисе, а также сенешалем в Пуату и Сентоне. Его господин, граф Клермонский, был сыном Людовика IX и братом короля Филиппа III. Бомануар учился в университете и был основательно подготовлен в области римского и канонического права. Он был также знаком с судебной практикой парижского парламента. Будучи хорошо подготовленным юристом, он был также проницательным и восприимчивым мыслителем. Его книга, хотя и написанная в лапидарном стиле, была задумана как обширный труд. В современном издании она составляет более чем 1000 страниц. Несмотря на относительно позднюю дату ее издания и сосредоточенность главным образом на одном регионе Франции, книга является полезным источником информации об основных характеристиках права, применявшегося в королевских судах по всей Франции в XII и XIII столетиях. Бомануар анализировал также, хотя и менее детально, юрисдикцию и процедуру других судов в Бове: суда графа, церковных судов, судов местных феодальных господ, судов городов, торговых судов и третейских судов (которым он посвятил целую главу). Все эти суды обладали параллельной юрисдикцией. Все они применяли “обычаи и обыкновения бовезийцев”.

Процессуальные правила были в королевских судах более или менее едиными по всей Франции, по крайней мере после 1190 г., когда Филипп-Август создал систему судов бальи. Бальи, конечно, был служащим хозяина герцогства и графства. Однако в конечном счете он был подчинен короне, и после 1250 г. его решения могли быть обжалованы в центральный королевский суд, парламент Парижа. Как утверждал Бомануар, “каждый барон является сувереном в своем баронстве, но король является сувереном над всеми”⁷⁸. Процедура в суде бальи в Клермоне, описанная Бомануаром, похожа на процедуру в судах бальи в других частях Франции, как она описана в других тогдашних источниках.

В судах бальи в целом и, по-видимому, также в подчиненных им судах провостов, процесс по гражданским делам начинался с вызова в суд, сделанного истцом или его представителем в устной форме ответчику лично, либо

через членов семьи или соседей. В повестке в суд должно было быть изложено в общих чертах содержание иска. Если, однако, его формулировка была слишком общей или расплывчатой, ответчик мог просить об освобождении от ответственности или отсрочки дела. Суд мог потребовать, чтобы эти просьбы были сделаны под присягой. Во время судебного разбирательства от истца требовалось подробно изложить свою жалобу (*demande*), а ответчику было предоставлено право изложить свои возражения (*batte*). Бомануар проводит сравнение этой процедуры с процедурой церковных судов: в последнем случае *libellus* истца и *exsertiones* ответчика, говорит он, излагаются в письменной форме и на латинском языке, тогда как в суде бальи они излагаются устно и на французском языке, кроме того, в церковном суде могут подаваться и дополнительные заявления дважды, трижды и четырежды, тогда как в суде бальи разбирательство по существу должно начинаться с *demande* и *batte*.

Стороны могли быть представлены в суде другими лицами, называвшимися *procurateurs*, — родственниками, друзьями и т.д., получившими полномочия поверенного. Они могли быть также представлены — в другом смысле представительства — адвокатами, взявшими на себя консультирование и представительство по их делу. В эпоху Бомануара адвокаты представляли собой “контору”, или профессиональное сословие, деятельность которого регулировалась королевским предписанием⁷⁹.

Бомануар перечисляет и анализирует восемь видов доказательств: 1) присяги, 2) письменные доказательства, 3) судебная дуэль (которая все еще допускалась в исключительных случаях), 4) свидетельские показания, 5) протоколы суда, 6) признание противной стороны, 7) выводы суда, 8) презумпции. Из всех этих видов доказывание с помощью свидетелей было по тем временам наиболее современным и наиболее важным для будущего. Многие категории населения были лишены права свидетельствовать или ограничены в нем, включая духовных лиц и монахов, женщин, больных проказой, несовершеннолетних и иностранцев, лиц, ранее осужденных за преступление, включая лжесвидетельство, незаконнорожденных и евреев. Члены семьи или домашнего хозяйства стороны в процессе были лишены права свидетельствовать в ее пользу. *Procurateurs* и адвокаты не могли давать показаний по поводу того, что они узнали, действуя в качестве представителей или консультантов. Свидетели давали показания устно под присягой, отвечая на вопросы сторон и судьи⁸⁰.

Таким образом, судебная процедура в судах бальи, в отличие от процедуры в соответствии с каноническим правом по гражданским делам, была устной, а не письменной. Но велся письменный протокол с целью обеспечить возможность апелляции в высшую инстанцию, а именно в парламент Парижа.

Тяжкие уголовные преступления, подпадавшие под так называемое высокое правосудие, разбирались в судах феодалов, включая суд главного сеньора, т.е. герцога или графа. Однако тяжкие уголовные преступления могли также рассматриваться в суде провоста или бальи, если король имел юрисдикцию по таким делам в силу характера преступления, ленных отношений или зависимость состояния обвиняемого. Дело начиналось с предъявления обвинения пострадавшим, свидетелем или каким-либо другим лицом. По-видимому, во французских судах не было института, сравнимого с общественным представлением разъездным королевским судьям подозреваемого в преступлении через вердикт присяжных, как это было в Англии. Таким образом,

хотя французское право в противоположность старому франкскому и германскому праву проводило различие между гражданскими и уголовными делами, оно продолжало использовать процедуру обвинения по уголовным делам, похожую на процедуру “demande” по гражданским делам.

Основными видами дел, разбиравшихся в суде бальи, согласно Бомануару, были споры о праве на движимое имущество, о наследовании, договорах, дарениях, опеке несовершеннолетних, нарушениях сейзины, а также преступления против личности. Однако Бомануар анализировал также другие правовые проблемы, типы правонарушений и правовых сделок, включая различные аспекты семейных правоотношений (правовой статус приданого, детей, несовершеннолетних, незаконнорожденных детей), право наследования, завещания, дарений, ассоциаций (торговых предприятий, компаний, кооперативов, коммун), правового регулирования транспорта, мер и весов и трудовых повинностей.

Французское королевское право, подобно английскому и сицилийскому, проводило такое же, как в феодальном праве, четкое различие между землей и движимым имуществом, а также между сейзиной и правом собственности (“полным правом”). Это различие основывалось на том, что в феодальном праве права на землю влекли за собой полномочия на управление. То дополнительное обстоятельство, что римское право также проводило четкое различие между “движимым” и “недвижимым” имуществом и между владением (“possession”) и собственностью (“dominion”), было удобно для юристов, поскольку позволяло им применять римско-правовую терминологию к феодальным отношениям. Это, однако, несколько не соответствовало реальности, поскольку римско-правовое различие между движимым и недвижимым имуществом было не тем же самым, что различие между движимым имуществом и землей, и равным образом римское понятие владения не было тем же самым, что западное феодальное понятие сейзины. Это не слишком смущало западных юристов, они просто приспособивали римское право к собственным нуждам.

Во Франции, комментирует Бомануар, суд бальи, т.е. суд короля в графстве, герцогстве или другом феодальном владении, особенно обращал внимание на сейзину и ее нарушение. Эта черта не отличала французское королевское право от королевского права других королевств в Европе в XII—XIII вв. Везде, где имелись относительно сильные центральные правители, они отвоевывали у феодалов юрисдикцию, утверждая ее по отношению к неправомерным лишениям сейзины. С опозданием, в 1277 г., французский король издал статут, закреплявший его юрисдикцию над “novel disseisin”, но на практике корона давно осуществляла такую юрисдикцию, конкурируя с герцогами и графами.

Анализ сейзины, проведенный Бомануаром, был очень тщательным, опирающимся на исследования канонистов в этой сфере права. Среди различных форм исков по поводу нарушения сейзины он выделял нарушения с использованием силы, путем обмана и других неправомерных действий, не связанных с применением силы, и вмешательство в сейзину, не доходившее до ее полного лишения⁸¹. Французское право, подобно английскому и каноническому, также защищало сейзину на движимое имущество, а также землю, и кроме того, сейзину на права. Далее, оно защищало сейзину, даже если это право не сопровождалось фактическим владением, как, например, когда какое-либо лицо счи-

талось сохранявшим сейзину на свою землю и связанные с ним права на управление, даже если оно отсутствовало, будучи в крестовом походе.

В отличие от английских королевских судов, французские бальи распространяли свою юрисдикцию на договоры как таковые, а не просто скрепленные печатью соглашения. Бомануар обосновывает эту юрисдикцию моральным принципом, провозглашенным канонистами, что договоры должны соблюдаться, *pacta sunt servanda*. “Все договоры должны соблюдаться, — писал Бомануар, — и поэтому пишется: “договор выше закона”, за исключением тех договоров, которые заключены в дурных целях [как например], если один человек договаривается с другим убить кого-либо за 100 ливров”⁸². Затем Бомануар перечисляет другие принципы договорного права, общепринятые в тогдашней романистско-канонической правовой науке: что договор не должен обеспечиваться силой или принуждением; что цель договора не должна быть невыполнимой, безнравственной или незаконной; что карточные долги и ростовщические договоры не подлежат правовой защите; что в договоре могут специально исключаться некоторые основания для отказа от него (например, в договоре может быть записано, что продавец отказывается от права на иск со ссылкой на то, что он получил менее половины стоимости своей собственности). Интересно, что эти доктрины романистско-канонической правовой науки стали частью обычного права Бове и других регионов Франции, применявшегося в королевских судах.

Уголовное право составляло существенную часть французского обычного права, как оно применялось и в королевских судах, и в судах герцогов, графов и менее крупных феодалов. Самая объемная глава книги Бомануара (114 отдельных статей) посвящена преступлениям⁸³. Они подразделены им на: 1) наказуемые смертной казнью с конфискацией имущества преступника феодалом, на земле которого это имущество находилось; 2) наказуемые штрафом, конфискацией имущества и длительным тюремным заключением; и 3) наказуемые только штрафом. Первая группа включала убийство, измену, убийство с особой жестокостью, изнасилование, поджог, ересь, фальшивомонетничество, побег из тюрьмы, отравительство и попытку самоубийства. Обычно смертная казнь совершалась посредством волочения и повешения, однако еретики сжигались на костре, а фальшивомонетки перед повешением опускались в кипящую воду. Примером преступления, наказуемого длительным тюремным заключением — из второй классификационной группы, — является клятвopреступление (“ложное свидетельство”). Срок заключения при этом определялся по усмотрению судьи. Третья группа включала разной степени тяжести телесные повреждения, неподчинение приказам феодального господина, *trespass* и тому подобное. Крестьяне платили меньшие штрафы, аристократия — большие.

Заговоры против общего блага являются другим примером преступлений, отнесенных Бомануаром к наказуемым длительным тюремным заключением. Они включали тайные сговоры торговцев или ремесленников с целью повышения цен, сопровождавшиеся угрозами против неприсоединившихся к ним. Дела о таких сговорах находились под юрисдикцией феодального господина, в компетенции которого находилось установление цен. Сюда же относились незаконные заговоры с политической целью подготовки восстания. Бомануар пишет, что господин, вскрывший такой за-

говор, должен осудить его участников к длительным срокам тюремного заключения и конфискации их собственности, а организаторов — к смертной казни через повешение. Он вспоминает формирование союза главных городов Ломбардии против императора Рима (это была Ломбардская лига, организованная против Фридриха Барбароссы в 1167 г.): восстание, подготавливавшееся в течение пяти лет, началось повсюду, в один и тот же день, императорские чиновники были убиты, а заговорщики “установили в своих городах такие законы и обычаи, которые они желали”.

Если лицо было захвачено на месте преступления и арестовано, то феодал той местности, где преступление было совершено, имел юрисдикцию в отношении рассмотрения этого дела. Если преступник был арестован позже, после совершения преступления, юрисдикцию имел феодал той местности, где находилось постоянное местожительство преступника. Если преступление нарушало права графа, герцога или короля, то юрисдикция принадлежала тому, чьи права были нарушены. Таким образом, убийство королевского должностного лица или измена короне разбирались в королевском суде. Однако в противоположность Англии во Франции не существовало общей или исключительной королевской юрисдикции в отношении тяжких преступлений (“felonies”), так же как не существовало общей или исключительной королевской юрисдикции в отношении серьезных гражданских правонарушений (“trespasses”). Французская королевская юрисдикция по уголовным делам была в чем-то похожей на юрисдикцию федерального правительства Соединенных Штатов, — это была юрисдикция в отношении “федеральных преступлений”, многие из которых могли также преследоваться как “государственные преступления” различными политическими образованиями, составлявшими королевство Францию.

Французское и английское королевское право в сравнении

В конце XII и в XIV столетиях особенно после начала деятельности парижского парламента и учреждения английской коллегии адвокатов (bar) в Лондоне, право королевских судов во Франции стало все более и более четко расходиться с правом королевских судов в Англии. С течением времени, приблизительно спустя столетие, две системы приобрели многие из противоположных черт, которые характеризуют их в XX столетии. Французская система стала в значительной степени опираться на письменную процедуру, а английская — на устную; французская система опиралась на сотни высококвалифицированных судей, а английская — на непрофессиональных заседателей и непрофессиональных мировых судей и только очень небольшое количество профессиональных судей; французская система использовала судебный допрос сторон и свидетелей под присягой, а английская строилась на борьбе тяжущихся сторон с вынесением решения жюри присяжных. С точки зрения материального права французское королевское право было более систематизированным, более научным, более римским, более кодифицированным, более практическим, более германским, более ориентированным на конкретные дела. Французское королевское право охватывало более широкий

круг правоотношений: гражданские обязательства, включая договоры, деликты и неправомерное обогащение, право собственности, право корпораций и управление доверенным имуществом, уголовное право, публичное право, международное право. Английское королевское право было ограничено формами исков: в связи с writ of right, assize of novel disseisin по долгам и незаконным владением чужим имуществом, в связи с нарушениями соглашений, скрепленных печатью, в связи с trespass, по поводу разного рода тяжких преступлений. Однако в XIV—XV вв. оно закрепило за судом канцлера очень гибкую и пеструю совокупность средств правовой защиты и доктрин, со временем получившую название “права справедливости”.

Эти более поздние различия не должны заслонить того факта, что в XII и начале XIII столетия, когда английские и французские короли впервые начали формировать свои соответствующие системы королевского права, эти две системы имели много общего. Даже позже они имели общего гораздо больше, чем позволяла допустить националистическая правовая историография: для какого-нибудь представителя китайского права различия могли показаться минимальными по сравнению с чертами сходства. Однако в эпоху их формирования каждая из систем сочетала в себе многие из противоположных черт, впоследствии отличавших одну систему от другой. Английская система включала письменные повестки в суд, содержавшие изложение сути дела, тогда как французская использовала устные повестки, а также устную судебную процедуру. Английская система использовала профессиональных адвокатов и судей на стадии судебного разбирательства, тогда как французская система опиралась на непрофессиональных судей — членов суда, присяжных и других — для вынесения вердикта. Допрос сторон и свидетелей под присягой был только одним из методов доказательства во французских королевских судах, некоторые из других методов имели аналоги в английской системе. Действительно, английская практика предварительного вынесения присяжными суждений о фактах и вынесения единодушного вердикта без какого-либо разбирательства была уникальной. Однако французская *enquête par turbe* предполагала, что присяжные были осведомлены о местных обычаях и не нуждались в заслушивании доказательств, а их единодушное заключение о существовании или отсутствии какого-либо обычая имело, несомненно, в некоторых типах дел результат, похожий на результат английского вердикта присяжных.

Имелись и другие черты сходства. Как во Франции, так и в Англии, а также в Сицилии центральное правосудие короля (или герцога) успешно конкурировало с правосудием множества феодальных господ. Король, как и в прежние времена, предоставлял право обратиться к нему за помощью в случае отказа в правосудии или ложного приговора в суде феодала. К этим случаям чрезвычайного характера во второй половине XII столетия была добавлена, сначала в Англии и затем во Франции, королевская юрисдикция суда первой инстанции по весьма широкому кругу дел, включавших главным образом нарушения мира и споры по поводу сейзины на фригольд. Кроме того, в обеих странах королевское правосудие было более рациональным, более профессиональным и более объективным, чем феодальное правосудие.

Королевское правосудие было более рациональным тем, что оно исключало в большинстве дел поединок и помощь в клятве.

Оно было более профессиональным тем, что осуществлялось профессионально подготовленными судьями.

Оно было более объективным в двух отношениях. Во-первых, судьи были связаны верностью праву и Богу, и она считалась даже выше, чем их верность королю, не говоря уже об их лояльности к феодальным господам меньшего ранга. Как гласит великое изречение Брактона, власть править подчинена не человеку, а Богу и праву: именно право создает короля. Аналогичным образом Бомануар утверждал, что обязанность судьи подчиняться своему господину не освобождает его от повиновения Богу и что судья не связан даже прямым приказом его господина, если осуществление этого приказа требует от него “принять грех на душу”. В таком случае, говорил Бомануар, судья должен оставить службу своему господину, а не выполнять приказ, нарушающий его долг перед Богом⁸⁴. Такие формулировки отражали содержание клятвы “уважать добрые обычаи страны”⁸⁵, дававшейся при вступлении в должность французскими королевскими судьями в XII и XIII столетиях. Однако такие высказывания даже в ученых трактатах были рискованными в эпоху, когда короли и феодалы могли безнаказанно снимать головы.

Во-вторых, объективность судебных решений в королевских судах укреплялась благодаря тому значению, которое придавалось последовательности в применении права. И во французских и в английских королевских судах действовал принцип, что аналогичные дела должны разрешаться аналогично. Это не была доктрина прецедента в техническом смысле, последняя появилась гораздо позже, с введением систематического документирования дел и закреплением различия между “основой решения” (“holding”) дела, имевшей обязывающее значение в будущих аналогичных делах, и “dictum” (или “obiter dictum”), представлявшим собой аргументацию суда, не имевшую существенного значения для решения и потому не имевшую обязывающего значения в будущих аналогичных делах. В XIII в. и практически до XVI и XVII столетий не было такой доктрины прецедента. Больше того, метод аргументации со ссылкой на “пример” считался менее убедительным, чем ссылка на принцип. Однако выведение принципов из аналогичных дел было столь же господствующим способом юридической аргументации в XII в., сколь и в XX. И Брактон в Англии, и Бомануар во Франции в XIII в. строили свои соответствующие трактаты на тысячах дел, с которыми они знакомились в течение всего их жизненного судебного опыта⁸⁶.

Этот активный интерес к конкретным делам был связан с моральным принципом равенства перед правом, лежащим в основе постулата “похожие дела должны разрешаться одинаковым образом”. Так, Бомануар утверждает, что если похожее дело было рассмотрено раньше, то, “даже хотя приговор был вынесен другими лицами”, оно не должно быть разрешено непосредственно балы на основе прецедента, “поскольку нельзя выносить различные решения по одному и тому же делу”⁸⁷.

Обращающие на себя внимание черты сходства между двумя трактатами XIII в., Бомануара и Брактона, оказались у многих комментаторов замеченными их различиями. То же самое относится к бросающемуся в глаза сходству между трактатом XII в. Глэнвилла и книгами по обычному праву,

появившимися в Нормандии и Франции вскоре после Глэнвилла. Утверждается, что оба английских трактата содержат первое научное изложение общего права Англии (хотя термин “общее право” в нем не встречается), т.е. в центре их внимания находятся нормы, которые могли применяться в центральных королевских судах в Вестминстере, — нормы, составляющие, о чем свидетельствуют и заглавия обеих книг, “законы и обычаи королевства Англии”. Утверждается, что в противоположность этому “Обычаи и обыкновения бовезийцев” Бомануара и более ранние французские и норманнские “сборники местных обычаев” (*coutumiers*) сосредоточивали внимание на местных обычаях, которые весьма различались от места к месту. Однако обычаи Бове, как они трактовались, систематизировались, рационализировались и применялись королевскими судами, были в общем похожи на обычаи других регионов Франции после просеивания их королевскими судами. Существовали различия по срокам давности, основаниям оправдания неявики в суд, требовавшимся формальностям при отчуждении земли и многим другим вопросам. Тем не менее допустимые пределы различий в деталях устанавливались королевскими судами на местах, а во времена Бомануара — высшим судом в Париже. Кроме того, существовал ряд единообразных обычаев по всей Франции, на которые подчеркнуто ссылались как на “общее право”. Но прежде всего общие принципы были одни и те же.

Кроме того, общее право Англии, как правило, считается обычным правом. Нелегко выяснить, что это означает. Английское общее право обычно возводится по происхождению к Кларендонским ассизам и другим королевским постановлениям XII в., которые представляют собой законодательно установленное право, в противоположность обычному. Несомненно, это означает, что указами короля в его судах вводили процедуры для реализации норм, принципов, стандартов и понятий, содержание которых коренилось в обычаях и обыкновениях. Речь идет об определениях тяжких преступлений, понятиях сейзины и лишения сейзины, которые выводились из неформальных, неписанных, не установленных властью норм и моделей поведения. Последние существовали в сознании людей, сообщества. Несомненно, в этом общем смысле все право опирается в конечном счете на обычаи и обыкновения.

Если попытаться более точно определить значение термина “обычное право”, то нетрудно прийти к выводу, что он обозначает нечто иное в применении к праву, действовавшему в королевских судах Англии, с одной стороны, и Франции — с другой. Однако он, по-видимому, означает и нечто общее в обоих случаях. Существует много черт сходства. Например, и в Англии и во Франции правовое понятие сейзины коренилось в обычном праве; в обеих странах королевские суды взяли на себя юрисдикцию по делам о *novel disseisin* (*disseisine*); в обеих странах король использовал обычно-правовое понятие *sesin*, как оно было отражено в законодательном праве о *novel disseisin*, для изъятия у феодалов юрисдикции в отношении споров о правах на фригольд. Различия, несомненно, существовали. Однако черты сходства свидетельствуют о том, что в обоих королевствах обычное и королевское право частично накладывались друг на друга⁸⁸.

14.

КОРОЛЕВСКОЕ ПРАВО: ГЕРМАНИЯ, ИСПАНИЯ, ФЛАНДРИЯ, ВЕНГРИЯ, ДАНИЯ

ГЕРМАНИЯ

Говоря о происхождении и раннем развитии королевского права в Германии, следует учитывать, что в Германии не было короля в том смысле, в каком был король Сицилии, король Англии или король автономных территорий (Länder, земель), составлявших империю. Каждая земля сама по себе была фактически королевством.

Империя включала пять главных германских герцогств: Саксонию, Швабию, Баварию, Франконию, Лотарингию, а также другие, например Фрисландию и Тюрингию, ломбардские города Северной Италии, франкское королевство Бургундию, славянское королевство Богемия, ряд пограничных "марок" (включая Восточную марку, статус которой в 1156 г. был поднят до уровня герцогства Австрии) и другие различные политические образования. В 1075 г. такие герцогства, как Саксония или Бавария, были приблизительно сравнимы по размерам, богатству и мощи с королевством Францией (в том виде, в каком оно тогда было), герцогством Нормандией или королевством Англией. Глава всей Германской империи в дополнение к руководству имперскими союзами управлял и своей собственной землей.

Поэтому под королевским правом в Германии можно понимать либо право империи как таковой (имперское право), либо право любого из герцогств или других княжеств, составлявших империю (княжеское право). На практике в течение XII и XIII столетий имперское право, являвшееся прежде рудиментарным, закрепилось и испытало временный расцвет, хотя оно и не могло сравниться с развитием королевского права в Сицилии, Англии или Франции; княжеское же право не только закрепилось и процветало в этот период, но продолжало процветать и впоследствии, подобно королевскому праву Сицилии, Англии, Франции и других регионов Европы.

Имперское право

Империя, основанная Карлом Великим (768—814), с самого начала являлась некой универсальной идеей, внедренной в разнородное множество племенных, местных и феодальных единиц. Это было не территориальное образование, а сфера власти (*imperium*) личности императора, олицетворявшего религиозное единство западного христианского мира и его военное сопротивление скандинавским, арабским, славянским и мадьярским набегам. Сам Карл Великий создал некоторые законодательные, административные и судебные механизмы центрального контроля, но они были слабыми. Имперские правовые учреждения были рассеяны по империи и не имели глубоких корней. Империя Карла Великого справедливо была названа “колоссом на глиняных ногах”. После его смерти она быстро раздробилась и была разделена между его наследниками, а титул “императора” перешел к вождям восточных франков, населявших территорию, названную много столетий спустя Германией.

В течение двух веков германская империя продолжала называться империей франков, или христианской империей, и лишь редко — Римской империей. Затем в начале XI столетия сложилась практика присвоения наследнику, избранному в будущие императоры, титула “короля римлян” вместо “короля франков”; после смерти императора наследник обычно отправлялся в Рим, чтобы принять от папы корону “императора римлян”. Это прежде всего символизировало претензию франкского императора на теократическую власть римского императора Константина и его преемников в качестве главы церкви. В XII столетии сама империя впервые стала называться Римской империей; однако к тому времени утвердилось папское верховенство над церковью, и слово “римская” в названии империи символизировало ее политическое и правовое единство и власть в светской сфере. Только в XIII столетии она стала называться Священной Римской империей и, наконец, в XV столетии — Священной Римской империей германской нации.

Для понимания рудиментарного характера имперского права до Папской революции нужно помнить, что империя не имела столицы, бюрократии, профессионального судебного сословия, даже прочной фискальной власти. Император управлял с помощью своего двора, постоянно кочевавшего вместе с ним по империи. Канцлер был секретарем императора. Казначей отвечал за бюджет императорского двора. Королевские советники были не постоянными должностными лицами, а избирались *ad hoc*, от случая к случаю. Как отметил Генрих Миттайс, “империя была в полной своей силе только в конкретном месте, где находился король; он мог заставить уважать себя, только постоянно появляясь в различных частях своей империи. Это требовало сверхчеловеческого личного напряжения и преждевременно истощало силы правителей: их ранняя смерть бывала не просто печальным случаем, а следствием изматывающей системы управления”¹.

Это не означает, что не было иного императорского права, кроме права королевского двора. Прежде всего существовала королевская прерогатива осуществления правосудия: где бы император ни был, он проводил судебные заседания, применяя обычное местное, племенное или феодальное право и осуществляя универсальную справедливость и милость в своей функции наме-

стника Христа и верховного главы imperium christianum. Император имел право “затребовать” дело (jui evocandi) из любого суда — местного, феодального, территориального или духовного. Даже более того, он имел полномочия издавать “объявления” империи — требования от обвиненных в них лиц предстать перед императорским “высоким правосудием” под угрозой объявления их вне закона. Полномочие издавать имперские “объявления” входило также в компетенцию графов (comes, нем. Graf). Должности графов сохранились с каролингских времен, когда они назначались императором для осуществления судебных и административных функций от его имени на местах (в графствах — grafschaften). Однако в течение последующих столетий централизованный имперский характер этой должности был сильно ослаблен и в большинстве регионов стал большей частью наследственным и местным.

Кроме того, император оказывал существенное влияние на развитие церковного права, которое само в этот период, как и в римские времена, считалось одной из главных отраслей имперского права. До Папской революции императоры назначали аббатов и епископов (включая епископа Рима), созывали церковные синоды, председательствовали на них и даже время от времени издавали церковные каноны равно теологического и правового характера.

Слабость имперского права с его светской стороны отражалась в том, что император не имел права облагать налогом своих подданных и получал свои доходы от собственных поместий, разбросанных по империи. Существовали также строгие ограничения его права приобретать новые земли путем перевода в казну выморочного имущества. В XI в. императорам удавалось посредством дарений земли создать класс имперских служащих (называвшихся ministeriales — министерял); они назначались для управления императорскими поместьями и, имея конное вооружение, должны были также служить в качестве составной части императорской армии. Однако когда земли переходили к императору от его вассалов (князей и других представителей аристократии) вследствие отсутствия наследников, имперское феодальное право требовало передать их другим вассалам. Это так называемое Leihzwang (“принудительное пожалование леном”) четко отличало имперское феодальное право от феодального права Франции, Англии, Сицилии и других возникавших светских держав западного христианского мира.

Папская революция существенно изменила природу императорской должности, а вместе с ней объем и характер императорского права. С одной стороны, конституционная роль императора внутри церкви была значительно уменьшена — он стал простым мирянином, хотя и могущественным, поскольку епископы и аббаты, пусть и не он наделял их церковными полномочиями, оставались его феодальными вассалами. Его конституционное положение по отношению к правителям различных составлявших империю территорий также изменилось. Князья фактически сыграли решающую роль в окончательном разрешении спора об инвеституре, в обсуждениях, приведших к Вормскому конкордату 1122 г., они выступили, по словам Миттайса, “гарантами имперских прав”², посредниками между императором и папскими легатами. Многие новые княжеские дома XII и XIII столетий, включая Гогенштауфенов, Виттельсбахов и Веттинов, впервые выдвинулись во время гражданских войн, сопровождавших Папскую революцию. К середине XII столетия, говоря

опять словами Миттайса, империя “состояла уже не из племенных территорий (Stammeslander), а из территорий нового типа, управляемых герцогами, которые считались участвующими в управлении империей”³.

В самом деле, император в своем избрании оказался полностью зависимым от герцогов и других князей империи. В 1077 г. князья съехались на съезд (Reichstag) в Форххейме, на котором они приняли резолюцию, одобренную папой Григорием VII и требовавшую избрания императора ими, и в 1125 г. на съезде в Майнце этот принцип был впервые применен, когда комиссия князей отвергла наследника умершего императора Генриха V, герцога Швабского, и вместо него избрала Лотаря, герцога Саксонского. В 1138 г. после смерти Лотаря князья снова обошли наследника императора и избрали соперника Лотаря, Конрада Швабского; а в 1152 г. они обошли сына Конрада в пользу его племянника Фридриха Барбароссы. К концу XII столетия сложилась практика, что императоры должны избираться состоящей из князей избирательной коллегией, в которой привилегированное положение занимали архиепископы Майнца, Кельна и Трира и пфальцграф Рейнский.

Кроме того, император должен был собрать “князей империи” всякий раз, когда предстояло принимать решения фундаментальной важности. Старая империя состояла из императорского двора и племенных герцогств (Stammesherzogtumer, “stem duchies”); новая империя состояла из собственной территории императора — земли (Швабии, Саксонии или другой), а также земель, управлявшихся имперскими князьями (Reichsfursten) и постепенно утративших большинство своих черт племенных герцогств и превратившихся в прежде всего территориальные политические образования⁴.

Новая империя создала новые политические и правовые учреждения. Спекуляция имперской властью побудила императора создать гражданскую службу, состоявшую в гораздо меньшей степени из церковных лиц и занимавшуюся в гораздо меньшей степени церковными делами. Светские заботы, особенно обеспечение мира и справедливости, оставшиеся по самому смыслу Папской революции в рамках верховной юрисдикции императора, приобрели растущее значение. Само разделение западного христианского мира на “церковную” и “светскую” сферы и правовое определение границ между ними, наряду с сильным акцентом на правовом характере церковной сферы, контролируемой папой, неизбежно привели к соответствующему акценту на правовой характер светской сферы, находившейся под руководством императора. Император нашел новые формы укрепления своего управления и борьбы с насилием. Эти новые формы отражали сдвиг в направлении государственности в современном смысле, хотя и не в той мере, как в Сицилии, Англии и Франции.

Император сохранил и упорядочил исполнение своей роли верховного судьи в империи. Он выслушивал апелляции на решение судов князей и дворянства, а также городских судов. Судебная процедура по таким делам соответствовала германской традиции группового вынесения приговора, при этом император был председательствующим, а судьи, главным образом его придворные, выносили вердикт. По делам, затрагивающим феодальное право (Lehnrecht), судьи должны были состоять из лиц, равных по статусу ответчику или обвиняемому, т.е. представителей того же класса, а по делам, затрагивающим местное право (Landrecht), — из сородичей (stammesgenossen)

ответчика или обвиняемого. Эти два типа судебной процедуры наглядно проявились в знаменитом процессе 1179—1180 гг. против Генриха Льва, герцога Баварского и Саксонского. Генрих, обвиненный его врагами в различных преступлениях, включая измену императору, был судим за нарушение местного права судом, состоявшим из швабских судей (поскольку он был родом из Швабии), и был осужден ими за отказ предстать перед судом. Он был также обвинен императором Фридрихом Барбароссой в нарушении своих феодальных обязательств перед последним как его сюзереном, и его дело разбиралось в соответствии с феодальным правом равными ему князьями империи. Наказанием за неявку в суд было объявление вне закона, которое, однако, не было постоянным, и после нескольких лет изгнания в Англии Генриху было разрешено вернуться в свой замок в Брауншвейге и восстановить часть его аллодиальных владений. Наказание за нарушение его феодальных обязательств было более суровым — конфискация навечно его ленов, включая герцогства Баварию и Саксонию, они перешли к императору, который в соответствии с реформой о принудительном наделении феодем пожаловал Баварию дому Виттельсбахов и разделил Саксонию между двумя другими княжествами, покончив таким образом с территориальной властью рода Вельфов, к которому принадлежал Генрих⁵.

Император имел право созывать знать, включая высших светских и церковных вассалов, рыцарство и иногда представителей имперских городов, для участия в нерегулярных консультативных ассамблеях. Эти “имперские дни”, или “съезды” (от лат. *dies* — день, нем. *Tag, Reichstag*), ставшие в XIII в. регулярными, были неким аналогом тогдашних английских парламентов. Они были учреждениями, с помощью которых короли могли обеспечивать согласие церковных, феодальных и городских магнатов — “сословий” — на королевские законы, в обмен на это ассамблеи могли добиваться уступок от верховного правителя. Миттайс отмечает, что в отличие от английских парламентов XII, XIV и XV столетий германские съезды не ставили целью представлять империю как целое (*communitas regni*), каждый князь действовал скорее в интересах своего собственного княжества или, самое большее, в интересах собственного класса⁶. В то же время германский император имел меньше власти над рейхстагом, чем английский король — над парламентом. В обоих случаях периодически созывавшиеся ассамблеи знати символизировали политическую систему, власть в которой была разделена между различными сословиями: высшим дворянством, дворянством низших рангов, духовенством, купцами, ремесленниками. Институт съезда или парламента был выражением взаимосвязи монарха и сословий; он составлял характерную черту западного конституционного права в эпоху его формирования.

Кроме того, императоры XII—XIII столетий значительно усовершенствовали с помощью системы министералий управление их собственными родовыми землями, из которых они получали большую часть их доходов. Министерали стали в большей степени имперскими гражданскими служащими и в меньшей степени феодальными вассалами. Не было, однако, системы департаментов, особенно казначейства, судебного органа и канцелярии, характерных для государственного строительства в других крупных королевствах Европы в XII столетии, включая некоторые из германских княжеств, а также римскую церковь. Конечно, существовала императорская канцелярия,

но она включала весь штат служащих имперского двора и не выступала в качестве отдельного координирующего департамента. Как отметил Маттайс, в сравнении с германскими территориями и с Англией, Францией и Сицилией империя не смогла создать новой королевской бюрократии. Имперская канцелярия была отсталым учреждением, “Германия не имела ничего, даже приблизительно равноценного финансовому управлению Англии”, и не существовало профессионального имперского центрального правосудия⁷.

Однако было бы ошибкой считать, что германские императоры конца XI, XII и начала XIII столетия не принимали эффективного участия в правотворческом процессе, развернувшемся в западном христианском мире в русле Папской революции. Они действовали главным образом с помощью законодательных мер, часто принимавшихся на имперских съездах обычно под названием “статута мира”, или “территориальным миром” (pax terrae, Landfriede). Они предназначались для изложения новых законов, объявленных императором, и представляли собой первый пример германского имперского законодательства в новом смысле. Многие ученые недооценивали важность статута мира как законодательства на том основании, что сама имперская власть была неэффективной, не обладала адекватным судебным и административным механизмом для реализации этих законов. Верно, конечно, что императорская власть была относительно слабой даже в конце XII столетия, в своем зените, и что затем она быстро впала в упадок и почти распалась. Тем не менее различные императорские статуты мира, изданные после 1150 г., содержали в себе много нового права, которое фактически реализовалось на имперском уровне, и, что более важно, они содержали много нового права, вошедшего в территориальное право герцогств и других княжеств, а также в право городов.

Больше, чем кто-либо другой, сделал для издания этих имперских статуту мира император Фридрих I Барбаросса (1152—1190).

Личность и мировоззрение Фридриха Барбароссы

В 1152 г., когда Фридрих в возрасте двадцати восьми лет был избран “королем римлян” на съезде германских князей и епископов, Рожер II был еще на троне Сицилии, и Генрих II вскоре должен был стать королем Англии и герцогом Нормандским. Позже, во время правления Фридриха, Филипп-Август стал королем Франции. Все эти люди были строителями централизованных территориальных государств. Всем им были присущи многие общие личные качества, необходимые для утверждения сильной политической и правовой власти над составлявшими их государства разнородными деревнями, малыми и большими городами, различными кланами, княжествами, сословиями, включая духовенство. Как личность Фридрих, может быть, был особенно схож с Генрихом II. Показательно, что в 1165 г. они вдвоем обсуждали вопрос об объединении сил для возможного в будущем крестового похода, хотя этот план и не реализовался.

Подобно Генриху, Фридрих был человеком, по-видимому, неистощимой энергии и жизненной силы. Не имея постоянной резиденции, он

управлял, так сказать, из седла, постоянно передвигаясь от замка к замку и от города к городу в течение своего тридцативосьмилетнего правления. Подобно тому как Генрих находился постоянно в пути, чтобы подавлять действительные или потенциальные угрозы своей власти в Англии, Ирландии, Шотландии, Уэльсе, Нормандии, Анжу, Аквитании, Пуату и других частях его “империи”, так и Фридрих должен был делать то же самое в Бургундии, Северной Италии и во многих территориях Германии. В XII в. для того, чтобы успешно править, нужно было обладать крепким физическим здоровьем. И больше того, это требовало целеустремленности и неукротимой воли. Правители, не обладавшие такими качествами, оказывались раздавленными, их территории поглощали соседи.

Целью Фридриха были не просто завоевания, хотя без завоеваний ни одна из других его целей не могла быть достигнута. Его главной целью было создание хорошо организованного государства, основанного на праве. Эта цель, конечно, не существовала вне связи с завоеваниями, поскольку править посредством права было гораздо целесообразнее, чем опираясь на силу: там, где люди подчинялись судьям какого-либо правителя, не было нужды присутствовать его войскам. Право было также тесно связано с доходами: тяжущиеся стороны платили высокие пошлины в казну встававших на ноги территориальных правителей Европы. Однако право было также целью само по себе: сохранение мира и отправление правосудия были двумя главными аргументами в обосновании королевской власти, двумя главными источниками ее легитимности и помимо этого двумя главными критериями “успеха” монарха, как сказали бы сегодня, или “спасения души”, как говорили в XII столетии. Европейские короли XII в. и особенно император, конечно, больше не являлись сакральными правителями, какими были их предшественники в X—XI столетиях, но тем не менее они все еще управляли “милостью Бога” и, более того, претендовали на обладание важными религиозными качествами и функциями (и все другие претензии признавали). Сам Фридрих умер в Малой Азии во время крестового похода.

Свидетельства современников Фридриха рисуют образ человека с большим личным обаянием, примечательной внешностью, с прекрасным телосложением и рыжей бородой, красноречивого, весьма умного, умеренного в своих потребностях и эмоциях, набожного и уважительного по отношению к церкви, человека, в целом предпочитавшего действовать в рамках традиционных ограничений, накладывавшихся на него его обществом, но также способного на проявления крайнего гнева и жестокие эксцессы, ужасающие современного читателя, хотя они, по-видимому, шокировали мало кого из его современников. Его репутации умеренного человека противоречит также его чрезвычайно изобретательная и смелая политика, и особенно его место в подчинении северных итальянских городов императорской власти. Тотальное и преднамеренное разрушение Милана его войском в 1162 г. едва ли было примером умеренности.

Избрание Фридриха на германский трон было результатом компромисса между домами Штауфенов и Вельфов, каждый из которых имел наследственные и политические претензии на правление. Со стороны отца Фридрих был племянником императора Конрада III (1137-1152), одного из Штауфенов, тогда как с материнской стороны он был племянником Вельфа VI и

двоюродным братом Генриха Льва. Его задачей было обеспечить в Германии стабильность после периода большой смуты, что он и сделал. Хотя почти ничего не известно о его детстве и образовании, можно считать, что он, вероятно, не воспитывался как будущий король. Тем не менее быстрота, с которой он захватил бразды правления, свидетельствовала о выдающемся призвании к государственному управлению. Быстро разнеслась его слава третейского судьи, и многие прибегали к его помощи в поисках справедливости. Спустя всего лишь несколько месяцев после своего избрания он издал свой первый статут мира, устанавливающий королевскую юрисдикцию по делам о насильственных преступлениях и спорах о сейзине, а на следующий год он заключил договор с папой, предусматривавший его коронацию императором и регулировавший различные вопросы внешней политики. В 1155 г. Фридрих был коронован императором в Риме, и во время церемонии он тщательно следил за тем, чтобы она символизировала его независимость от папской политической власти.

Фридрих очень рано понял, что право может играть важную роль в поддержании его власти не только по отношению к папству, но и по отношению к германским территориальным правителям, городам Германии (Фридрих сам основал многие из них), Ломбардии и феодалам его собственных владений. Во время своей первой поездки в Рим в 1155 г. для коронации императором он встретился с профессорами ("докторами") школы права в Болонье, где десятки тысяч студентов уже прошли подготовку для занятия правительственных постов по всей Европе. Несколькими годами позже, в 1158 г., Фридрих поручил самым крупным болонским юристам — "четырем докторам": Мартинусу, Булгарусу, Якобусу и Гуго — подготовку важного законодательства для съезда в Ронкалье.

Интерес Фридриха к праву был небескорыстным. Он рассматривал право и как орудие поддержания стабильности в его обширной империи, и как орудие укрепления его собственной власти императора. Поэтому он стремился сохранять многообразные обычаи различных территорий и в то же время вводить новое законодательство, укреплявшее центральную власть. Разные издаваемые им статуты мира были особенно связаны с первой целью мира — сохранением стабильности. Со второй целью — усилением императорской власти и полномочий — были особенно связаны другие издававшиеся им статуты относительно королевских полномочий, называвшихся *regalia*, королевского контроля над подчиненными правительственными чиновниками, налогов, а также феодального права в целом.

Поручения Фридриха четырем докторам дает в известном отношении важный ключ к пониманию его отношения к праву. Он попросил их представить ему список всех прав, предоставленных императору старыми законами Ломбардии в том виде, в каком они существовали до появления роста независимых городов. Те осторожно ответили, что они не могут дать такой список без полной консультации с судьями из всех городов. Тогда Фридрих сформировал комиссию, включавшую по два судьи от каждого из главных городов. Результатом было издание в Ронкалье статута ("определения") об императорских полномочиях, которые включали: 1) юрисдикцию в отношении следующих объектов и услуг, а также доходы: от общественных дорог, судоходных рек, портов и таможен, а также рыбных прудов и солеварен; от мо-

нетных дворов; от меняльных контор; от взимания денежных штрафов и компенсаций, от бесхозной собственности и от правомерных принудительных взысканий с недостойных лиц; от имущества лиц, вступивших в кровосмесительные браки, осужденных и объявленных вне закона или совершивших государственную измену; от трудовых повинностей, осуществляемых рабочими командами или с использованием повозок или лодок; от пожертвований на королевские военные экспедиции и от найденных кладов; 2) полномочие назначать магистратов для отправления правосудия; 3) право иметь дворцы в некоторых городах. Другой статут, принятый в Ронкалье в 1159 г., просто гласил, что “вся юрисдикция и вся судебная власть принадлежит монарху, и все судьи должны получать должность от монарха и должны приносить присягу, требуемую законом”. Третий статут гласил, что монарх может иметь дворцы и суды в любом месте, где он пожелает. Четвертый и последний статут устанавливал специально подушевой и земельный налоги.

Хотя четыре статута ссылались на римское право и хотя следы последнего имелись в другом законодательстве, принятом в Ронкалье, фактически идея перечисления определенных королевских или императорских полномочий была совершенно чужда праву Юстиниана, как оно понималось до конца XI столетия; только Папская революция породила само слово “regalia”⁸. Кроме того, дух Ронкальских постановлений, а именно право императора на доход от определенной коммерческой, судебной и другой деятельности и отношений, его право на “юрисдикцию и судебную власть”, т.е. на высокое правосудие (bannus), был по своему происхождению целиком германским и франкским и опять-таки получил мощный импульс от Папской революции. Фридрих показал себя человеком своей эпохи и своей культуры в использовании некоторых формулировок римского права для легитимации своих императорских полномочий⁹.

Возможно, самый поразительный аспект политики Фридриха в Ронкалье — ее тщетность. Империя никак не могла стать сильным, централизованным территориальным государством; она была слишком велика, слишком разнородна, слишком дезорганизована и не имела необходимой бюрократии. Однако Фридрих пытался сделать ее сильной и централизованной частично военной силой, что оказалось неэффективным для этой цели, частично пытаясь превратить свой штат несвободных управляющих, министериалей, из вассалов в императорских служащих, что также оказалось неэффективным с точки зрения более широких целей¹⁰, и частично с помощью законодательства. Налоговые законы, принятые в Ронкалье, представляют собой наглядный пример необоснованной веры в законодательство. Не имея эффективного финансового управления, Фридрих на практике не мог собрать ни одного из объявленных им налогов.

Однако Фридрих вовсе не был неудачником. Под его управлением императорская власть на практике существенно усилилась и приобрела некоторые из черт территориальной государственности, как важные аспекты его представлений, которые реализовались гораздо более полно. Фридрих был глубоко озабочен будущим не только империи в узком смысле, но также германских территорий, составлявших ее ядро. Он стремился к развитию политического и правового своеобразия и целостности этих входивших в состав империи германских территорий и стимулировал это развитие. Одной из главных его целей

было поддержание мира между ними. И в этой политике он добился успеха. Действительно, многие положения его имперского права, особенно статуты мира, перешли в возникавшие германские территориальные правовые системы. Такова другая сторона германского политического и правового развития в XII и XIII столетиях: княжества становились новыми государствами или прототипами новых государств и в этом отношении оставили империю позади себя.

Здесь также личность и мировоззрение Барбароссы играли важную роль. В начале своего правления он сделал Австрию, Вюрцбург и Бургундию отдельными автономными политическими образованиями, связанными с императором только слабыми феодальными узами. Позднее он создал в Баварии новую династию и поощрял также это герцогство в развитии его собственных политических и правовых учреждений. Он также способствовал автономии германских городов.

Наконец, в 1180 г. Фридрих связал княжества и империю новыми конституционными отношениями, создав “сословие” имперских князей (Reichsfurstenstand). Ведущие князья и епископы составили сословие светских и духовных главных ленников императора. Их корпоративное единство укрепляло их позиции в отношениях с ним, и в то же время они укрепляли свои индивидуальные позиции в отношениях со своими собственными подданными, поскольку они являлись единственными ленниками императора на их соответствующих территориях и, таким образом, сюзеренами их собственных вассалов. Князья стали князьями своих территорий, а не князьями на своих территориях, как прежде¹¹.

Примечательным примером заинтересованности императора в обеспечении княжеской власти в рамках княжеств империи было создание герцогства Австрии в 1156 г. Фридрих поднял статус Австрии с уровня подчиненной пограничной территории Баварии (Ostmark — Восточной марки) до уровня автономного герцогства с наследуемостью герцогской власти равно по мужской и женской линиям. От герцога требовалось только посещать съезды в Баварии и оказывать военные услуги в соседних странах, и вне этих пределов он был свободен от обязательств перед империей. Самым важным было то, что хартия, окончательно учреждавшая герцогство, “Privilegium minus” 1160 г. устанавливала, что никто не может иметь право осуществления правосудия в герцогстве без разрешения герцога. Таким образом, правитель должен был иметь верховный контроль над судами в рамках своей территории на том единственном основании, что он был правителем этой территории вне зависимости от его положения вышестоящего феодала и вождя клана. Аналогично в 1168 г. император издал “Диплом”, учреждавший герцогство Вюрцбургское, на основании которого епископ Вюрцбурга в качестве герцога получал “полную юрисдикцию” и полное право отправления правосудия по вопросам, ранее находившимся в компетенции местных феодалов, действовавших на основании традиционного императорского пожалования власти. В новом герцогстве впредь не могло быть конкурирующих юрисдикций. В некоторой степени это подтверждало прежде существовавшие полномочия епископа Вюрцбурга, но также и добавляло императорское признание титула и концепцию герцогской власти. Эта теория основывалась прежде всего на постулате, что полномочие на управление — суверенитет, как это было названо

позднее, — основывалось на контроле над правосудием. Этот постулат был ядром западной традиции права в эпоху ее формирования.

Закладывая основы нового порядка на германских территориях и империи, Фридрих Барбаросса руководствовался не только политическими, но также и религиозными мировоззренческими представлениями. Его целью было “*reformatio totius orbis*” — “реформация всего мира”¹². Его дядя, биограф и близкий советник, епископ Оттон Фрейзингенский написал труд по всеобщей истории, в котором он изобразил реформацию папы Григория VII как начало новой исторической эпохи, которая должна в конечном счете привести к триумфу, с одной стороны, идеалов крестовых походов, а с другой — идеалов монашеской, созерцательной жизни. Этот двойной триумф должен быть осуществлен последним императором, после чего придет Судный день, затем Антихрист и наконец постисторическая эпоха вечности. Как отметил Петер Мунц, “мы не можем не прийти к заключению, что Фридрих, хорошо знакомый со старым пророчеством, укрепился в своем убеждении, что он должен был быть последним императором”¹³. Именно такое видение мира лежало в основе желания Фридриха предпринять новый крестовый поход для освобождения от неверных Иерусалима и Гроба Господня, такое освобождение было существенной частью апокалипсической драмы. Именно такое видение мира лежало также в основе четкого осознания Фридрихом важности как мира посредством права, так и справедливости посредством права; миссия императора по обеспечению мира и справедливости была воплощением его призвания Богом для осуществления божественного плана спасения, и в новую эпоху, открытую папой Григорием VII, право являлось главным орудием обеспечения мира и справедливости, имеющимся у светских правителей. Наконец, существовала практическая необходимость упорядочения дел в империи, чтобы иметь время, энергию и средства для совершения крестового похода:

“На протяжении всей своей жизни Фридрих понимал, что конечной и самой трудной задачей императора христианского мира была защита церкви и охрана святых мест в Палестине от неверных. Его вера в эту трансполитическую цель империи давала ему психологическую устойчивость, необходимую для смены одного политического плана другим и взгляда на каждое свое политическое предприятие как на простой эксперимент, одно из средств для достижения цели. Когда к концу 1187 г. он осознал крайнюю необходимость нового крестового похода, он должен был почувствовать себя счастливым, что самый последний его опыт завершился достаточно успешно, для того чтобы он мог серьезно думать об отправлении в Святую Землю. Учитывая свой возраст и осознавая физические трудности, ожидавшие его даже при наиболее благоприятных обстоятельствах, он не мог питать больших иллюзий о возможности живым вернуться в Европу. Однако его отъезд не был запоздалой мыслью, пришедшей в голову, когда ему не оставалось делать ничего лучшего. Это был завершающий акт всего его правления, всегда им планировавшийся, ради которого он предпринимал один эксперимент за другим. И после того как наконец один из этих экспериментов оказался относительно успешным, он смог обратиться к главной задаче, стоявшей перед ним”¹⁴.

Императорские статуты мира (Landfrieden)

Частое использование слова “мир” в обширных по объему статутах, издававшихся императорами и герцогами в XII и XIII столетиях (*constitutio pacis*, *pac terrae*, *Landfriede*), связывало эти статуты с движением Мира Господнего, которое церковь поощряла начиная со второй половины X столетия. Первые германские провозглашения Мира Господнего имели место в епископстве Люттих в 1082 г., архиепископстве Кельна в 1083 г., провинции Саксония в 1084 г. и в Майнце для империи в целом в 1085 г. Подобно более ранним провозглашениям Мира Господнего в Южной Франции, Нормандии и в других местах, каждое из германских провозглашений было ограничено определенным периодом времени, территориями и группами населения. Они имели целью не создавать новое право, а скорее укреплять ранее существовавшие путем принятия всем местным населением клятвы соблюдать мир и наложения дополнительных церковных санкций за нарушения, особенно отлучения от церкви.

Первый светский статут мира (*Landfriede* — земли), изданный императором, появился в 1103 г. До этого были два светских статута мира, изданные герцогами совместно со знатью герцогства в Швабии в 1093 г. и в Баварии в 1094 г., а также один, изданный провинциальной ассамблеей в Эльзасе также в 1094 г. За императорским статутом 1103 г. последовали по меньшей мере 17 других в 1119, 1121, 1125 (два), 1135, 1147, 1152, 1158, 1179, 1186, 1207, 1208, 1221, 1223, 1224, 1234 и 1235 гг. По меньшей мере восемь дополнительных территориальных статутов мира было издано в этот период в Швабии, Баварии, Саксонии, Бриксене, Геннегау и Эльзасе в 1104, 1127, 1152, 1156, 1171, 1200, 1228 и 1233 гг.¹⁵

Императорские статуты мира XII и XIII столетий заимствовали из раннего движения Мира Господнего не только слово “мир” с его многозначным смыслом, но также практику принесения клятв всем населением о приверженности миру. Они, однако, во многих важных аспектах отличались от этого более раннего движения. Они имели целью связать обязательством весь народ в рамках соответствующей юрисдикции правителя, их издавшего, и без ограничения действия этого обязательства во времени. Исчезла также идея мира, основанного на добровольном принесении клятвы: вместо просьбы у своих подданных согласия на отказ от различных форм насилия правители требовали, чтобы они подчинялись ряду новых законов, систематизировавших и реформировавших прежде существовавший правопорядок. Кроме того, сфера действия и содержание статутов мира постепенно расширялись, они стали касаться не только предотвращения насилия, кровной мести и дуэлей, но также и вообще поддержания публичного порядка, включая некоторые вопросы экономического и административного характера. В этой связи их санкции расширились, включив гораздо более широкий спектр уголовных наказаний, а также некоторые гражданско-правовые и административные санкции и другие средства правовой защиты. Короче говоря, императорские статуты мира XII—XIII столетий постепенно развились в обширные законодательные акты в современном смысле.

Этот процесс трансформации выявляется при сравнении двух очень ранних статутов мира — баварского статута 1094 г. и первого императорского статута мира, изданных Фридрихом Барбароссой между 1152 и 1186 гг., а также при сравнении статутов Барбароссы со статутом, изданным его внуком Фридрихом II в Майнце в 1235 г.

Баварский статут мира 1094 г. был принят по инициативе герцога, но для введения в действие он нуждался в присяге ему баварских магнатов на их съезде (Landtag)¹⁶, а также в принесении присяги ему народом. Он включал семь очень коротких статей. Первая гласила, что герцог торжественно обещает мир всем церквям, духовенству и купцам (“за исключением тех, кто продает лошадей за пределами нашего королевства”), а также тем, кто “торжественно обещает, обещал или будет обещать мир” ему, и что герцог будет “верен этой клятве отныне и до Пасхи и после этого в течение двух лет”. Статья 2, также подкреплявшаяся присягой, требовала, чтобы любое лицо, совершившее кражу вещей стоимостью в один шиллинг, “должно [было] быть наказано и должно заплатить вдвое больше”. Статья 3 устанавливала, что если кто-либо нарушил мир, совершив кражу вещей стоимостью в пять шиллингов или изнасиловав девственницу, то он должен потерять глаз, ногу или руку. Статья 4 гласила, что если кто-либо изнасиловал девственницу и укрылся в замке, то замок должен быть разрушен, а беглец схвачен. Статья 5 гласила, что если “наше войско” отправилось куда-либо для восстановления мира, они должны брать только то, что нужно им и их коням, а все остальное оставлять нетронутым. Согласно ст. 6, во время такой экспедиции сено, трава и несрубленная древесина для строительства могли браться по потребности. Наконец, в ст. 7 герцог отнес к юрисдикции своих собственных чиновников споры по поводу аллодиальных земель и феодалов (бенефициев).

Первый императорский статут о мире, изданный в Майнце в 1103 г., был приблизительно похож по стилю, сфере действия и содержанию на баварский статут о мире 1094 г.¹⁷ Он также требовал клятвы от знати и народа. Он запрещал вторжение в чужой дом или поджог его, захват людей из-за денег, причинение телесных повреждений, избиение и убийство, что объявлялось наказуемым потерей глаза или руки. В нем в модифицированной форме повторялись некоторые из положений баварского статута мира по поводу кражи. Помимо этого, он запрещал преследовать врага в доме другого человека.

Императорский статут мира, изданный Фридрихом Барбароссой спустя полстолетия, отличался от этих двух более ранних статутов по меньшей мере в восьми пунктах.

1. В нем не содержалось упоминания об имперской знати иначе как об адресатах статута. Его первый статут мира, изданный в 1152 г., начинался словами: “Фридрих, милостью Божией августейший император римлян, к епископам, герцогам, графам, маркграфам и должностным лицам, которые получают этот документ”¹⁸.

2. Значение слова “мир” изменилось, оно больше не означало нечто появившееся в результате принесения присяги — некой разновидности общественного договора о ненападении, а скорее было нечто, что существовало независимо от согласия знати или народа. Мир земли был фактически ко-

ролевским миром. Его временной предел не устанавливался. Не содержалось упоминания о клятвах.

3. Впервые появились высокоразработанные правовые понятия. Подчеркивались такие слова, как *leges* и *jus*, отсутствовавшие в императорском статуте мира 1103 г., а также во всех территориальных статутах. “Мы желаем гарантировать всем людям их право (*jus*)”, — провозгласил Фридрих Барбаросса в преамбуле к статуту 1152 г.

4. Прежние статуты мира ничего не говорили о средствах реализации их положений, за исключением того, что им должна быть принесена присяга, тогда как статуты мира Фридриха неоднократно акцентировали внимание на процедурах для приведения их в действие. Так, ст. 2 статута 1152 г. устанавливала, что движимое имущество упорствующих нарушителей мира должно изыматься судьей (*Richter*) и распределяться им в пользу народа, а его наследуемая собственность должна изыматься графом (*Graf*) и при определенных обстоятельствах переходить к королю; ст. 4 гласила, что некоторые штрафы за малозначительные проступки должны собираться и распределяться судьей; согласно ст. 6, судья должен был преследовать нарушителя мира до замка его господина. Другие статьи определяли процедуры, которым должны были следовать в судебном разбирательстве соответственно судья и граф¹⁹.

5. Сфера действия и содержание статута мира 1152 г. выходили далеко за пределы всего того, что предусматривалось в более ранних статутах. Хотя главным мотивом была борьба с насилием, были включены и другие меры регулирования общественной жизни. Так, ст. 11 устанавливала, что в каждой местности граф должен был выбрать семь человек с хорошей репутацией для установления годовых цен на зерно. Согласно ст. 17, лицо, не исполнявшее должным образом своих обязанностей светского покровителя монастырского фонда или управителя доходным местом, предупрежденное его господином, но тем не менее упорствовавшее в своем самоуправии, лишённое должности судом и затем пытавшееся восстановить свое право на патронаж или бенефиций, должно считаться нарушителем мира. Эти положения представляли собой новое право. Другими важными новациями были ограничения на разрешение споров с помощью дуэли, создание системы финансовых гарантий при взимании денежных штрафов и конфискации земель и установление королевской юрисдикции над духовенством, нарушившим мир, и служащими какого-либо феодала, вступившими в ленные отношения.

6. Новации были введены также с целью увеличения экономической и судебной власти императора. Было установлено, что аллодиальные лены, конфискованные у правонарушителей, должны были переводиться в статус имперских ленов. Это было особенно важно с учетом требования обязательной передачи феодальной земли в новое ленничество, если эта земля перешла к короне вследствие отсутствия наследников. Было также установлено, что посессорные споры между двумя вассалами одного и того же господина должны были разбираться в суде императора с помощью процедуры опроса присяжных, хотя суды баронов сохранили юрисдикцию в отношении тех редких дел, в которых предметом спора было не право сейзины, а право собственности. “Таким образом, — писал Миттайс, — подобно Генриху II в Англии, Фридрих

Барбаросса пытался создать посессорные ассизы под эгидой короля, чтобы ограничить баронское правление»²⁰.

7. В отличие от более ранних статутов статут мира 1152 г. определял процедуры, которые должны были использоваться в судах различных типов. Если имел место спор двух лиц графа по поводу лена и одно из них утверждало, что получило его, граф должен был иметь свидетельство феодала, наделившего это лицо леном (ст. 8). Но если по поводу лена спорило несколько человек и называлось несколько его жалователей, то суд должен был опросить под присягой двух лиц хорошей репутации, живших по соседству с тяжущимися, чтобы определить, кто из них владел леном, не прибегая к силе (ст. 9). Статья 10 устанавливала различные типы доказательств, необходимые для представления в случаях, когда человек одного сословия обвинял в нарушении мира представителя другого сословия: если рыцарь обвинял крестьянина, то последний должен был доказать свою невиновность с помощью божьего или человеческого приговора (т.е. с помощью «божьего суда» или помощников в клятве) или же с помощью семи подходящих свидетелей, избранных судьей; если рыцарь обвинял рыцаря и вызывал его на дуэль, то вызванное лицо могло избежать дуэли, доказав, что оно и его родители имеют законное рыцарское происхождение.

8. Наконец, статут мира 1152 г., хотя стиль его был столь же лаконичен, был тем не менее приблизительно в семь раз больше по объему, чем баварский статут 1094 г., и, вероятно, почти в семь раз обширнее, чем императорский статут мира 1103 г.

Представляется весьма вероятным, что статут мира 1152 г. Фридриха I имел черты, свидетельствующие об осведомленности его самого или его советников о сицилийском законодательстве Рожера II или по крайней мере об общем образовании и опыте советников Фридриха и Рожера. Действительно, эмигранты из Сицилии находились при дворе Фридриха. Во всяком случае, можно найти сходство в трактовке тяжких преступлений в статуте мира Фридриха и в статуте мира 1129 г. Рожера, а также в рыцарском праве, в статуте о мире 1152 г. и в Ассизах Ариано 1140 г. Рожера.

Шесть лет спустя, в 1158 г., на съезде в Ронкалье Фридрих издал еще один статут мира, а также три других связанных с ним закона.

Ронкальский статут мира, состоявший только из 11 статей, начинается, как и прежде, словами «Фридрих, милостью Божьей августейший император римлян», но на этот раз он был адресован «всем подданным его империи». В нем было сказано: «Этим установленным законом, который должен действовать вечно, мы повелеваем...» Все подданные империи, следовало дальше в статуте, обязаны были соблюдать истинный и постоянный мир между собой. Все лица в возрасте от 18 до 60 лет должны были быть связаны клятвой хранить мир, и такая клятва должна была обновляться каждые пять лет (ст.1). Это было по форме возвращением к практике принесения клятв в прошлом, но содержание изменилось, поскольку клятва не была больше добровольной даже в теории и мир, который следовало сохранять, был уже существовавшим правопорядком, не имевшим пределов во времени. Поэтому нарушитель подлежал наказанию, даже если он не приносил клятву.

Статья 2 содержала общее запрещение самосуда. Она гласила: «Если кто-либо считает, что он имеет какое-либо право в отношении любого лица

по какому-либо делу или сделке, он должен обратиться к судебной власти и через нее добиваться осуществления своего соответствующего права". Ст.3 устанавливала крупные денежные штрафы в отношении всякого, кто необдуманным дерзким поступком осмеливается нарушить этот мир". Таким образом, "мир" состоял в реализации прав "судебной властью", а не путем насилия.

Статья 4, сформулированная широко, относилась к тяжким преступлениям: "Оскорбление и кража должны быть юридически наказуемы. Убийство, изувечие и любое другое преступление караются по закону".

Статья 5 возлагала на судей и других магистратов, назначенных императором или подчиненными ему лицами, ответственность за ущерб, причиненный кому-либо вследствие пренебрежения ими своими обязанностями и неспособности юридически защитить нарушенный мир. При серьезных нарушениях могли быть также применены дополнительные наказания, а магистраты, из-за бедности не способные заплатить денежный штраф, должны были подвергаться наказанию плетью и ссылке на пять лет в место, находящееся на расстоянии 50 миль от их местожительства²¹.

Примечательно, что эти и остальные положения Ронкальского статута мира в целом не повторяют положений статута мира 1152 г., подразумевая сохранение их действия и лишь дополняя их. В этом отношении они также имели характер законодательства в современном смысле, а не общего резюмирования обычного права.

Помимо статута мира, на съезде в Ронкалье было принято несколько других законодательных актов, включая статут, касающийся взаимных прав и обязанностей господ и вассалов, и статут, относившийся к правам и обязанностям ученых. Статут, посвященный феодальным обязательствам, запрещал вассалам отчуждать феоды без согласия их господ, перечислял различные обстоятельства, при которых вассал мог быть изгнан его господином, и регулировал проблемы, являвшиеся следствием субфеодизации. Одна из статей этого статута начинается словами: "Мы твердо устанавливаем как в Италии, так и в Германии..." ("Италия" — Italia — относится к городам, создавшим Ломбардскую лигу; "Германия" — Allemannia — относится к Швабии, Баварии, Саксонии и другим германским землям).

Последняя ст. 10 гласила: "Мы также предписываем, что при принятии любой присяги на верность император не должен упоминаться по имени". Ронкальский статут об ученых еще яснее свидетельствует, что он предназначен быть законодательством, а не просто подтверждением обычного права, поскольку завершается указанием: "Мы предписываем, чтобы этот закон (lex) был помещен среди императорских постановлений под названием "Ne fillius pro patre, etc". Это ссылка на один из римских императорских декретов, исключавших ответственность сына за долги своего отца. Подобным же образом lex Фридриха исключал ответственность странствующих ученых за долги их соотечественников²². Постановление Барбароссы соблюдалось тогдашними юристами, которые нашли статуту 1158 г. соответствующее место в своих манускриптах Кодификации Юстиниана.

Законодательный процесс, нашедший отражение в статутах Фридриха 1152 и 1158 гг., а также в его статуте о поджоге, изданном в 1186 г.²³, достиг своего апогея в Майнцком статуте мира, изданном его внуком, им-

ператором Фридрихом II, в 1235 г.²⁴ Это был тот самый Фридрих II, другой дед которого, король Рожер II, издал Ассизы Ариано в 1140 г. и который сам в 1231 г., в качестве короля Сицилии, издал *Liber Augustalis*. В управлении своей обширной империей Фридрих II сконцентрировал усилия на попытках подчинить города Северной Италии и в значительной степени пренебрегал своими германскими территориями. Уже к концу его правления в 1250 г. империя как целое была окончательно разделена и ослаблена. Статут мира, изданный в Майнце в 1235 г., был сознательным использованием правовой реформы как средства возрождения имперского единства в Германии, однако он в этом отношении не имел успеха и поэтому не имел большого значения для будущего развития имперского права как такового. Этот статут, однако, имел очень большое значение для развития права различных княжеств и других территорий в рамках империи, а также для развития права различных городов, равно имперских, княжеских или независимых.

В преамбуле к статуту мира 1235 г. Фридрих II провозгласил, что «поскольку жители всей Германии руководствуются ныне в своих судебных спорах и частных сделках старыми унаследованными обычаями и неписаным правом, поскольку некоторые важные реформы, способствующие общему благосостоянию и спокойствию империи, еще не были специально проведены и в случае разбирательства дел, связанных с каким-либо аспектом вышесказанного, решение часто определяется больше на основе произвольного мнения, чем установленного права... поэтому с совета и согласия возлюбленных церковных и светских князей на торжественной ассамблее в Майнце мы решили издать некоторые указы». Затем следовали двадцать пять статей, которые в современном издании занимают около пятисот печатных строк.

Статья 1 гласила, что свободы и права церкви должны широко защищаться, и предписывала, что никто не должен «необоснованно сопротивляться» церковной юрисдикции. Ст. 2 предписывала, чтобы патроны всех церквей прилежно их защищали и разумно управляли их собственностью, «чтобы к нам не могли поступать серьезные жалобы по этому поводу». Ст. 3 касалась нарушения взаимного обещания двух людей о сохранении мира, скрепленного рукопожатием, такое нарушение должно было разбираться судьей и доказываться двумя свидетелями под присягой.

Статья 4 устанавливала, что должность судьи должна замещаться лицами, достойными ее, «поскольку тот, кто разбирает жалобы других, должен превосходить их в своем образе жизни». Она далее устанавливала, что князья и другие лица, осуществлявшие правосудие прямо или косвенно от имени императора, должны решать дела «на основании справедливого приговора согласно разумным обычаям земель», и «любого, не поступающего таким образом, мы будем по справедливости сурово карать». Ст. 5 продолжала эту тему: «Магистраты учреждены и права установлены для того, чтобы никто не мог быть мстителем в своих собственных бедах, поскольку там, где кончается власть права, господствует жестокий произвол. Поэтому мы устанавливаем [Statuimus — от этого слова произошло слово *statuta* — статут], что никто не должен мстить за самого себя до подачи своей жалобы судье и доведения дела в соответствии с правом до окончательного решения; в исключение этого правила разрешается, в целях защиты своего тела или имущества,

непосредственно ответить на силу силой в порядке *nothwere* [в современном немецком языке *Notwehr* — необходимая оборона].

Статья 6 гласила, что если кто-либо принес судье жалобу, но закон не был применен (например, из-за того, что ответчик не подчинился приказу суда), истец имеет право “бросить вызов” своему врагу, т.е. публично вызвать его на дуэль. Однако он должен сделать это в должной форме, иначе объявляется лишенным чести и прав.

Статьи с 7 по 10 касались пошлин и других препятствий в путешествии. Все пошлины, собиравшиеся с путешествующих по суше или воде без разрешения императора, были объявлены подлежащими отмене. Подчеркивалась защита иностранцев от таких пошлин.

Статьи 11—13 касались определенных нарушений императорского права (фальшивомонетчества), феодального права (продажи услуг по охране лицами, “не имевшими от империи, на основании феодального права, полномочия предоставлять услуги по охране”) и городского права (заявлений претензии на права гражданина при проживании вне города или претензий на защиту со стороны феодального господина при проживании в пределах города).

Статья 14 устанавливала, что никто не имеет права брать кого-либо в качестве заложника без разрешения судьи и что всякий совершивший это должен наказываться как грабитель.

Статьи 15—21 касались преступлений сыновей против отцов, особенно отцеубийства и изгнания отца с его земли.

Статьи 22—27 были посвящены наказаниям, особенно объявлению вне закона. Лица, объявленные вне закона, подлежали преследованию как за “публичное преступление”, им не позволялось выбрать компенсацию ущерба или покаяние. Таким образом, проводилось четкое различие между преступлением и гражданским правонарушением или грехом. Объявление вне закона императором означало объявление лишения чести и прав. То же самое наказание применялось в случае государственной измены, предательства и “убийства, которое называется *moed*”. Лица, укrywшие объявленного вне закона, подлежали тому же самому наказанию, что полагалось ему, а город, “коллективно и сознательно” укrywший объявленного вне закона, подлежал суровым наказаниям, включая разрушение его стен. Скупщик краденого и укrywатель вора наказывались тем же наказанием, что и вор, — по “гражданским законам” (ссылка на римское право Юстиниана в интерпретации тогдашних западных ученых). Однако на первый раз скупщик краденого или укrywатель должен был заплатить двойную стоимость краденого, и только за повторное преступление они подлежали наказанию как грабитель или вор.

Статья 28 гласила, что в случае, если император не мог лично присутствовать в своем суде, вместо него должен был назначаться юстициарий. Последний должен был быть “человеком испытанной верности и чести... из свободного сословия и оставаться в этой должности при хорошем поведении по меньшей мере в течение одного года”. Юстициарий должен был проводить судебные заседания каждый день, за исключением воскресений и главных праздников, “отправляя правосудие в отношении всех истцов, за исключением князей и других благородных лиц, по делам, затрагивающим их людей, права,

честь, феодалы, собственность или наследование, и за исключением наиболее крупных дел, расследование и разрешение которых мы сохраняем за нашим высочеством". Право объявлять вне закона и освобождать от этого наказания оставалось за императором.

Юстициарий должен был "принести присягу в том, что он не будет принимать к разрешению вопросы под влиянием любви или ненависти, в качестве одолжения или за вознаграждение, из-за страха и благоволения и что он не будет судить на каком-либо основании, кроме того, что, как он знает и убежден, является справедливым и соответствует его совести, исключает коварство и обман". Юстициарий должен был получать сборы, полагавшиеся за прощение объявленных вне закона, "называвшиеся в обиходе *Gewette*", "чтобы он судил с большей готовностью и не принимал подношений от кого бы то ни было".

Наконец, согласно ст. 29 юстициарий должен был иметь специального нотариуса для принятия и хранения исковых заявлений, содержащих жалобы, ведения протоколов судебных слушаний, хранения документов об объявлении вне закона и освобождении от этого наказания, записи всех решений по главным делам в императорском суде, особенно если они не были единогласными, что в обиходе называлось *gesamit utteil* — в современном немецком языке *Gesamturteil*, или коллективным приговором, т.е. являющимся результатом собирания голосов судей, "чтобы в будущем в аналогичных случаях устранять двусмысленность и четко обозначалась земля, в соответствии с обычаями которой было вынесено решение". Нотариус должен был быть мирянином, чтобы он мог быть соответствующим образом наказан в случае совершения правонарушений в своей должности. Нотариус должен был принести присягу, что он "будет вести себя в должности добросовестно и законно" и "не будет ничего писать и делать против права и своего долга, будет поступать по совести без какого-либо коварства или обмана"²⁵.

Майнцкий статут мира 1235 г. был предназначен в первую очередь для германских регионов империи Фридриха II, это был фактически первый императорский закон, изданный и на латинском, и на немецком языках. Он считался немецким правом. Однако его автор был тем же самым королем Сицилии, и герцогом Апулийским, и графом Калабрии, который четырем годами раньше издал обширный сицилийский кодекс законов, называвшийся *Liber Augustalis*, значительно превосходивший германский статут не только по объему, но и по разработанности. Каким образом мог один и тот же правитель в примерно то же самое время создать столь разные законодательства?

Имеются, конечно, некоторые признаки общего авторства. Оба документа выступали как королевское законодательство. Оба были направлены против мести частными лицами, самосуда и вообще насилия. Оба подчеркивали судебное разбирательство как преимущественное средство обеспечения порядка в обществе. В основе обоих лежало одно и то же видение общества, управляемого правом. Положение Майнцкого статута об императорском юстициарии и нотариусе в помощь ему прямо выведено из сицилийского опыта. Оба документа содержат многие похожие основные правовые понятия и институты. Некоторые материальные нормы права, на-

пример право на убийство в порядке необходимой самообороны или защиты собственности, одинаковы в обоих документах²⁶.

Однако больше обращают на себя внимание различия. Майнцкий статут предстает собой лишь самую минимальную систему норм, подборку тех немногих норм, которые, по-видимому, были наиболее важными с точки зрения императора; Liber Augustalis же является обширным кодексом. Из преступлений, например, Майнцкий статут упоминает только несколько, и содержащиеся в нем наказания связаны главным образом с объявлением вне закона, тогда как Liber Augustalis определяет гораздо больше преступлений и связывает с ними множество наказаний. Сверх того, Liber Augustalis затрагивает множество вопросов неуголовного характера, на которые нет даже намека в Майнцком статуте. Почему Фридрих просто не представил торжественной ассамблее в Майнце в 1235 г. великолепный кодекс законов, изданный им в Палермо в 1231 г.?

Ответ хотя и прост, но многозначителен: каждый из двух законодательных актов должен служить цели расширения, рационализации и систематизации правового порядка, существовавшего в политических образованиях, для которых эти акты были предназначены. Каждый из них опирался на существовавший фундамент. Это не были замки, построенные на песке. Королевский правопорядок, существовавший в норманском Сицилийском королевстве в начале XIII столетия, был совершенно отличен от правопорядка, существовавшего в германских регионах империи. Сицилия (Южная Италия) имела разработанное королевское право уже девяносто лет; у нее были эффективные, централизованные судебные, административные и финансовые учреждения. В противоположность этому в германских регионах империи императорские учреждения были слабыми. В течение около 40 лет на севере почти не было эффективного императорского управления. Не было даже центральной императорской судебной власти, император сам лично осуществлял правосудие во время переездов с места на место, и в эти годы он редко посещал места к северу от Рима. С политической точки зрения Майнцкий статут мира может рассматриваться как последний вздох императорской власти на германских территориях²⁷.

Однако в некоторых отношениях Майнцкий статут мира представлял собой большую новизну, чем Liber Augustalis. Сицилийский кодекс вновь и вновь обращался к законодательству “нашего деда Рожера II” и Вильгельмов I и II, тогда как Майнцкий статут старательно избегает упоминания “нашего деда Фридриха I” и его статутов мира 1152, 1158 и 1186 гг. Более существенно то, что положения Майнцкого статута об императорском юстициарии и нотариусе означали, что впервые решения императорского суда подлежали собиранию и хранению в одном месте, и таким образом могла быть создана совокупность императорских правовых норм²⁸. Фактически, однако, этому процессу не суждено было долго жить: после 1235 г. императорская власть быстро пришла в упадок и практически вся императорская деятельность утонула. Новый императорский юстициарий не имел определенного места или установленного времени для проведения судебных заседаний. Когда в последние десятилетия XIII столетия Габсбурги получили императорский титул, они в 1287 г. подтвердили Майнцкий статут мира, затем снова с некоторыми добавлениями подтвердили его в 1287 г. и

снова в 1292 г. Однако упадок имперского права в XIV и XV столетиях наблюдался в еще большей мере, и только в 1495 г. оно активизировалось.

Тем не менее, Майнцкий статут мира, подобно более ранним императорским статутам мира, сохранился как часть “общего права” Германии. Собственно говоря, в XII и XIII столетиях не существовало “германского права”, а было только право империи, право различных территориальных политических образований и право городов точно так же, как сегодня существует не “американское право”, а только федеральное право и право различных штатов. Однако в Германии существовала общая совокупность правовых институтов, понятий, принципов, норм, которая была всеобщей принятой в родовых императорских и других землях и городах. Многие компоненты Майнцкого статута мира и предшествовавших ему статутов нашли свое место в этой общей совокупности германского права.

Саксонское зеркало (Sachsenspiegel)

Важная опосредствованная роль в превращении ранних статутов мира в составную часть германского общего права принадлежала книге, написанной саксонским юристом в начале XIII столетия (вероятно, в 1220-е гг.) и называвшейся *sachsenspiegel*. Ее автор, Эйке фон Релгау (около 1180 — около 1235), был хорошо образованный, хотя и не учившийся в университете юрист рыцарского происхождения, написавший свой труд на латыни, а затем переведший его на немецкий язык.

Саксонское зеркало представляет собой систематизированное собрание правовых норм и принципов. Оно подразделяется на две части, одна под названием “*Landrecht*” — “право земли”, а другая — “*Lehnrecht*” — “право феодалов”, или “феодалное право”. Каждая часть делится на несколько сотен разделов и подразделов. В современном издании *Landrecht* — приблизительно 100 страниц. Содержание включает в себя главным образом: 1) обычное право Саксонии, впервые записанное и систематизированное; 2) королевское право германского короля-императора, как обычное, так и законодательное, действовавшее в Саксонии и в других местах.

В первой части автор уделял внимание преимущественно определенным аспектам гражданского права, особенно праву собственности и праву наследования, уголовному праву, судебной системе, конституционному праву, а во второй — отношениям господ и вассалов. Право городов опущено. Торговое право опущено. Имеются некоторые ссылки на каноническое право, особенно на те его компоненты, которые относятся к папской юрисдикции, семейному праву и некоторым другим вопросам. Практически нет ссылок на римское право. Имеется несколько ссылок на правовые нормы, действовавшие в других германских землях, особенно в Швабии, где они отличались от саксонских. В остальном автор, по-видимому, исходил из того, что саксонское право в целом соответствовало правовым нормам и принципам, общим для германских территорий.

Изложение норм и принципов сопровождается очень незначительным концептуальным анализом и очень немногими конкретными иллюстрациями. Например, было записано, что лицо, способствовавшее другому лицу в со-

вершении преступления, подлежит наказанию, но не давалось определения соучастия и не сделана попытка выделить различные формы соучастия. Аналогичным образом сформулировано несколько норм по поводу причинения телесных повреждений в порядке необходимой самообороны, но понятие необходимой самообороны не определено и не проанализировано. Вообще, вся книга написана в стиле краткого изложения норм, доктрин, принципов наказаний, некоторые из которых явно весьма широки.

Саксонское зеркало содержит многие положения, относящиеся к конституционному праву империи. В этих положениях имплицитно содержатся три фундаментальные взаимосвязанные концепции, восходящие непосредственно к Папской революции конца XI — начала XII столетия.

Первая концепция состоит в том, что империя — практически само общество — основана на праве. Эта мысль имплицитно содержится в утверждении, которое автор делает в начале: “Бог сам есть право, поэтому право дорого ему”. Идея верховенства права в Саксонском зеркале заходит настолько далеко, что включает выраженное право индивида “сопротивляться незаконному решению своего короля и своего судьи, а также помогать в этом другому человеку, если он является его родственником или господином”²⁹.

Вторая основополагающая концепция имперской конституции — о дуализме духовного и светского политических форм. Она содержится в доктрине “двух мечей”, сформулированной в самой первой статье первой книги: “Бог оставил на земле для защиты христианского мира два меча. Папе дан духовный меч, императору — светский... Всех тех, кто выступает против папы, кого он не может принудить к подчинению ему посредством духовного приговора, должен принудить император посредством светского приговора. Также и духовная власть должна помогать светскому приговору, когда он нуждается в этом”. Далее в одной из последующих статей провозглашается, что церковь имеет верховную юрисдикцию над императором в вопросах вероучения (ереси), семейного права (развода) и церковной собственности (безопасность богослужебных зданий)³⁰. Тем не менее также устанавливалось, что церковь должна осуществлять свою волю в конечном счете посредством императорской власти³¹.

Третья концепция, связанная с первыми двумя в формировании фундамента конституционного права империи, — это концепция множественности взаимодействующих светских политических образований. Она нашла отражение во многих положениях, относящихся к соответствующим территориальным и имперским юрисдикциям и к применению по определенным делам территориального права судами, осуществляющими имперскую юрисдикцию³². Она также нашла отражение в положениях по поводу избрания короля князьями и епископами территориальных политических образований. Здесь Саксонское зеркало опиралось на институт “сословия имперских князей”, введенный Фридрихом Барбароссой. Автор даже зашел настолько далеко, что впервые перечислил и расположил по рангу трех церковных выборщиков (епископов Трира, Майнца и Кельна) и трех светских (пфальцграфа Рейнского, герцога Саксонского и маркграфа Бранденбургского). На основании авторитета Саксонского зеркала носители этих шести титулов с этого времени и впоследствии продолжали быть выборщиками³³.

Конституционное право империи привело к тому, что многие положения императорских статутов мира, а также другого императорского законодательства переходили в право территориальных политических образований. Одним из важных инструментов, способствовавших этой концепции императорского права, было само Саксонское зеркало. Одна из его статей прямо ссылалась на “старый мир”, подтвержденный императорской властью для земли Саксония с согласия дворянства³⁴. Это была ссылка на один из ранних договоров Мира Господнего. В соответствии с традицией этих договоров Саксонское зеркало предоставляло постоянную защиту священникам и иным духовным лицам, женщинам, евреям, церквам и церковной собственности, защищало кладбища и деревенские ограждения, пашни и мельницы, королевские дороги и водные пути. Другие статьи содержали воспринятые конкретные нормы уголовного и гражданского права, провозглашенные в императорских статутах мира³⁵. Одна из таких норм гласила, что любое лицо, убившее или ранившее нарушителя мира, не должно было возмещать ущерб, если оно могло доказать, что совершило это на месте преступления или в ходе преследования нарушителя³⁶.

Очень рано Саксонское зеркало стали трактовать как самостоятельный авторитетный источник. Многие из его положений прямо перешли в городское право и в право других территорий. Его комментировали ученые-юристы. В течение столетий его рассматривали как вспомогательное право, которое может использоваться для дополнения действующего городского, территориального или имперского права³⁷. То обстоятельство, что оно было изложено на немецком языке, имело большое значение, ибо оно тем самым создало общий немецкий юридический язык для всех немецкоговорящих регионов империи³⁸. В подражание ему были написаны другие “зеркала права” — Schwabenspiegel, Deutschenspiegel, Frankenspiegel³⁹.

Право княжеств

Относительная слабость германского имперского права в XII—XIII столетиях и в последующий период по сравнению с королевским правом Сицилии, Англии и Франции была уравновешена растущим укреплением права индивидуальных германских герцогств и других княжеств, составлявших империю на севере. В то время как императорские финансовые и судебные институты оставались относительно примитивными, центральные финансовые и судебные институты различных княжеств отличались значительной развитостью. В то время как рост императорского чиновничества отставал от роста королевского чиновничества в других странах, рост этого сословия в отдельных княжествах был впечатляющим. В то время как императорский механизм реализации законодательства был по общим европейским стандартам относительно отсталым, законодательная власть различных княжеств также таковой не являлась. Распространенная и основанная главным образом на слабости имперских институтов точка зрения, что в XIII в. и в последующий период имела место общая дезинтеграция управления и права в Германии, противоречит тому факту, что в княжествах Папской революции в различных землях германские племена и кланы пережили трансформацию

и рационализацию управления и права параллельно тому, что переживали племена и кланы в различных королевствах в других регионах западного христианского мира. Говоря словами одного из ведущих историков этого периода, в Германии, как и в других местах, происходил “процесс перестройки настолько глубокий, что он заслуживает наименования конституционной революции”⁴⁰.

Становлению территориальных княжеств, начавшемуся “смутно, но различно” в конце XI — начале XII столетия⁴¹, был дан особый импульс в середине и в конце XII столетия, в период правления Фридриха I (Барбароссы). Это было прямое следствие Папской революции. Соперничая с папской властью, подражая и взаимодействуя с ней и с другими светскими властями, император нуждался в мире и стабильности на германских территориях. Он нуждался в том, чтобы князья империи сохраняли контроль над подданными в своих доменах. Более того, он вынужден был зависеть не только от светских, но и от церковных князей, которые в качестве епископов были обязаны своим назначением как папе, так и императору, и также обязаны были сохранять верность обоим. Фридрих, создав имперское сословие князей, обеспечил прямой контроль с их стороны над территориями, в которых они правили. И светские князья, насчитывавшие в то время 16 человек, и церковные, насчитывавшие 90 человек, получали свои территории от императора как его вассалы, но обладали верховной властью над всем населением в рамках соответствующих территориальных юрисдикций.

Королевская власть, как отметил Миттайс, была на каждой территории отделена от народа дворянством⁴². Когда Фридрих создал герцогство Австрийское в качестве независимой власти, он подчеркнуто провозгласил, что “ни один человек, равно высокого или низкого положения, в пределах этого герцогства не должен рассчитывать на отправление любого вида правосудия без согласия или разрешения герцога”⁴³. Как отмечает Джеффри Баракл, главной целью этого указа было подчинение различных магнатов в Австрии власти герцога⁴⁴. Тем не менее власть императора также была ограничена. Фридриху нужно было принудить к повиновению низшее дворянство, но он не мог добиться этого сам. Его внук Фридрих II полностью воплотил этот принцип в “Договоре с церковными князьями” 1220 г. и в “Статуте в пользу князей” 1232 г., в которых он гарантировал князьям, равно церковным и светским, их полномочия в отношении всего населения их территорий. Император запретил кому-либо в каких-либо формах вмешательство в “сферу юрисдикции” князей и ограничил компетенцию императорских чиновников в отношении таких территориальных полномочий, как взимание пошлин и чеканка монеты⁴⁵.

Княжеская власть в германских территориях воплощалась в правительственных и правовых учреждениях, подобных тем, которые впервые были разработаны монархической властью папства и позднее монархической властью светских королевств Сицилии, Англии, Нормандии и Франции: казначействе, суде, канцелярии и других департаментах правительства; гражданском, уголовном и других отраслях права; судебной процедуре, законодательстве и других институционализированных процессах правового развития.

Из всех германских княжеств герцогство Баварское в конце XII и начале XIII столетия было самым могущественным и наиболее развитым в от-

ношении правительственных и правовых институтов. С 1154 по 1180 г. им правил двоюродный брат и соперник Фридриха Барбароссы, Генрих Лев, правивший также Саксонией. Генрих сыграл главную роль в превращении Баварии из племенного и феодального в территориальное политическое общество. Он достиг этого в значительной степени посредством приобретения или присвоения судебных и других полномочий местных феодалов, управлявших графствами на своих территориях⁴⁶. Каждый граф обладал полномочием осуществлять “высокое правосудие” (Blutbann — правосудие крови) на основании пожалования императором. Граф не был, однако, прямо подчинен императору или наделен им своим постом. Он имел свою собственную наследственную свободную землю (allods) и право патронажа церковных бенефициев (церквей и монастырей), а также наследственную юрисдикцию над графством. В случаях, если граф умирал без наследников, его собственность переходила к герцогу. Иногда герцог приобретал графства по наследству, поскольку его семья имела родственные связи с семьями многих графов. Кроме того, иногда он покупал, а иногда получал в качестве дара собственность графов и вместе с ней юрисдикцию. Наконец, если они восставали, он мог их завоевать. Во всех этих случаях обычной практикой Генриха Льва и его преемников была замена свободных графов своими назначаемыми несамостоятельными служащими (министериалами) в качестве не графов, а префектов, которых герцоги могли смещать по своему усмотрению. Герцоги назначали также аналогичных должностных лиц для управления городами и замками и в качестве смотрителей таможен. Когда Генрих Лев основал в 1157—1158 гг. Мюнхен, он не позволил создать автономное городское управление, а назначил для управления им герцогских должностных лиц, включая герцогского судью.

При Генрихе Льве и его преемниках Бавария управлялась как территориальное политическое образование, а не как объединение индивидов и групп, главными политическими узлами которых были племенные и феодальные⁴⁷. В Саксонии Генрих создал первую германскую территориальную канцелярию с нотариусами, он был первым германским князем, регулярно издававшим правовые акты и учредившим систематическую регистрацию правовых сделок. В Баварии канцелярия была создана вскоре после того, как он был изгнан и заменен Отто фон Виттельсбахом. Кроме того, и в Баварии, и в Саксонии Генрих укрепил герцогский суд, который стал осуществлять значительную часть княжеской юрисдикции по спорам, включавшим сейзину на землю. Он также созывал представителей различных сословий на съезды, на которых провозглашались статуты мира и другие законы. В одном из юридических документов одного из баварских монастырей Генрих был назван “князем и судьей земли”.

Система права и управления, основанная Генрихом Львом, была развита дальше его преемниками в XII в. Пост заместителя Viztum, vicedominus — вице-господин), учрежденный при Генрихе Льве, был институционализирован при династии Виттельсбахов в 1204 г. Заместитель выполнял обязанности финансового характера и замещал герцога в качестве председателя герцогского суда. Со временем Бавария была разделена на четыре части с заместителями в каждой из них. В добавление к этому она была разделена на меньшие административные единицы (Amter), которых в

1228 г. было по 35, каждая единица имела двух главных должностных лиц — куратора по делам управления и судью с компетенцией по крупным и мелким делам. Судьи имели также своих подчиненных судей, функционировавших в различных округах соответствующих административных единиц. Заместитель назначал кураторов и судей административных единиц и осуществлял надзор за их деятельностью. В то же время традиционные должностные лица герцогского двора — маршал, гофмейстер, казначей, виночерпий — стали главами бюрократических ведомств, распространявших свою деятельность по всему герцогству.

Новая, более централизованная система управления была связана с новой активизацией герцогского законодательства. В Баварии в 1244, 1256, 1281, 1293 и 1300 гг. было издано пять основных статутов мира, расширявших и реформировавших обычное право. Было ограничено использование обычая, большая защита была обеспечена жизни, собственности и чести подданных, были изданы дополнительные нормы в области права наследования и торгового права. В отличие от большей части императорского законодательства герцогские статуты были обращены в первую очередь не к высшей аристократии, а к рыцарям и землевладельцам вообще, включая крестьян и граждан⁴⁸. Кроме того, предполагалось существование развитого сословия чиновничества для их толкования и применения.

Власть баварских герцогов, подобно власти князей других германских территорий того времени, опиралась прежде всего на приобретенную ими судебную власть. “Более важным, чем обладание и приобретение *regalia* (финансовых и политических прерогатив), было то обстоятельство, что внутри всей этой системы власти герцоги получили в свои руки юрисдикцию графов и покровителей церквей и монастырей”⁴⁸. Королевская перогатива наделять других судебными полномочиями, называвшаяся на немецком языке *Bannleihe*, перешла от императора к князьям⁵⁰. Баварские герцоги правили своим герцогством в первую очередь с помощью судей, назначенных их заместителями в различных административных единицах.

Судьи в административных единицах имели общую юрисдикцию в отношении как “высокого”, так и “низкого” правосудия. Некоторого рода вопросы, однако, закреплялись за герцогскими судами, главным образом в силу их большой важности или очень высокого статуса сторон; другого рода вопросы оставались в компетенции деревенских или других местных судов, главным образом в силу их маловажности или местного характера.

Централизация правосудия в Баварии и в других германских княжествах в XII и XIII столетиях сопровождалась рационализацией судебной процедуры. Особое значение уделялось представлению доказательств в суде. Судьи опрашивали свидетелей. Это особенно относилось к гражданским делам. В спорах по поводу сейзины на землю истец мог потребовать “показа”, в ходе которого обе стороны в присутствии представителей общины совместно осматривали спорную землю и каждая сторона заявляла связанные с ней права, указывала на относящиеся к ней принадлежности и отмечала границы. Представители общины выносили решение. В другом типе судебной процедуры, называвшемся *Kundschaft* (т.е. исследование, поиск, расследование), “люди хорошей репутации и высокого призвания”, осведомленные о предмете спора, приглашались в качестве официальных свидетелей и опрашивались под

присягой. В особо важных случаях в Kundschaft участвовало 21 лицо, избранное сторонами совместно, а для принятия решения требовалось согласованное мнение, высказанное под присягой семью членами суда⁵¹. Эти новые процедуры “опроса” постепенно заменили прежние процедуры помощи в клятве и “божьего суда”.

Герцогское право в Баварии в XII и XIII столетиях также претерпело существенные изменения в отношении понятия и целей уголовного права. Прежде преступление и гражданское правонарушение четко не различались. “Высокое правосудие” имело целью главным образом возмещение вреда, т.е. присуждение нарушителя к денежной выплате в пользу пострадавших. “Правосудие крови”, обычно присуждавшее к повешению или узувечению, ограничивалось главным образом случаями, когда преступник был захвачен на месте. В XII столетии “высокое правосудие” по уголовным делам стало главным образом “правосудием крови”, а возмещение вреда было сохранено главным образом по делам, рассматривавшимся в низовых судах.

Таким образом, произошел переход от племенной системы уголовного права к государственной, в которой преступления рассматривались как нарушения, направленные прежде всего против публичной власти. Эта тенденция была также связана со значительным увеличением видов подлежащих наказанию преступлений и строгости наказаний. Баварский статут мира 1244 г. указал следующие виды убийства, за которые полагался смертный приговор: совершенные ночью, в открытой наследственной вражде, при похищении замужней женщины, сопряженные с изнасилованием девственницы или женщины хорошей репутации. Статут мира 1281 г. добавил и другие виды. Телесные наказания стали теперь применяться не только к несвободным, но и к свободным людям. Преступления, совершенные ночью, наказывались равной мерой с преступлениями, когда преступник был схвачен на месте. Было проведено новое различие между “честными” и “бесчестными” преступлениями: убийство было “честным”, а кража — “бесчестным”. Признанным виновными в “бесчестных” преступлениях полагалась более мучительная смерть, тогда как совершившие “честные” преступления имели право на ссылку и большие возможности для замены смертного приговора возмещением ущерба⁵².

Наконец, важно отметить, что система судебного разбирательства была одновременно очень дорогостоящей и очень доходной и зависела от параллельного развития более современной системы налогообложения по сравнению с существовавшей в более ранний период — практически более современной, чем могла когда-либо создать имперская власть. Все население империи, свободное и несвободное, светское и церковное, было обложено налогами, которые собирались штатом герцогских чиновников. Посредством введения системы всеобщего налогообложения “было создано непосредственное отношение господства-подчинения между князем земли и ее жителями. Обязанность платить налоги была одним из наиболее эффективных средств развития государственного сообщества. Она сделала ощутимыми для каждой отдельной личности существование и суверенитет государства”⁵³. Размер уплачиваемых налогов определялся не односторонне герцогской канцелярией, а устанавливался налоговыми чиновниками на основе оценки собственности,

подлежащей налогообложению. Это требовало их регулярных инспекций на местах. Иногда налог, полагавшийся деревне, замку или городу, фиксировался в соглашении с их жителями.

Конечно, Бавария была одним из наиболее развитых, если не самым развитым из германских княжеств. Однако она не была нетипичной землей. По своей управленческой и правовой структуре она в основе имела сходство с Австрией, Бранденбургом, Брауншвейгом, Гессеном, Рейнпфальцем, такими церковными политическими сообществами, как Вюрцбург, Майнц, Трир, и различными другими княжествами, как светскими, так и церковными. Формально они не были королевствами (за исключением Богемии и Бургундии), но управлялись князьями, являвшимися монархами в том же самом смысле, что и короли Сицилии, Англии и Франции. Германские территориальные князья были даже во многих отношениях больше похожи на других королей, чем сам германский король-император, поскольку они обладали более развитыми судебными, административными и законодательными полномочиями, чем он. Особенно после заката империи в XIII столетии князья ведущих германских территорий стали фактически осуществлять ту форму монархического господства, к которой стремился император Фридрих Барбаросса.

ИСПАНИЯ, ФЛАНДРИЯ, ВЕНГРИЯ, ДАНИЯ

Развитие королевского (или княжеского) права в период Папской революции и впоследствии не было ограничено территорией “великих держав” этой или более поздних эпох. Наряду с систематизацией и расширением феодального, торгового и городского права имели место систематизация и расширение королевского права повсюду в Европе, где римско-католическая церковь отстаивала свою независимость от светской власти и где перед королевской властью стояла задача обеспечения мира и правосудия в светской сфере. Важно поэтому избежать националистической интерпретации развития королевского права. То, что это был западный, а не просто национальный феномен, повторявшийся в различных странах, подтверждается тем фактом, что он имел место почти повсюду — как на географической периферии Запада, так и в его географическом центре.

Испания. В VII в. арабы захватили весь Иберийский полуостров и были в конце концов остановлены только в 732 г. франками под предводительством Карла Мартелла у Пуатье менее чем в двухстах милях к юго-западу от Парижа. В последующие несколько столетий происходило постепенное христианско-франкское отвоевание (реконкиста) северных испанских территорий, в результате чего были созданы независимые королевства Каталония, Наварра, Арагон, Леон (Галиция), Кастилия и, наконец, Португалия. В XI—XII столетиях эти территории переживали то же революционное движение, которое охватило остальной христианский мир. В области права церковь на испанских территориях стала управляться на основе тех же фундаментальных принципов и процедур, что и в других регионах. Феодальное, манориальное и торговое право также стали более систематизированными. Бы-

ли основаны новые автономные города, каждый из которых имел свою собственную милицию, управление, право. Крупный морской портовый город Барселона, находившийся на территории графства Барселоны, но состоявший под верховной юрисдикцией короля Арагона, был одним из ведущих городов Европы. Там, где королевская власть укрепилась, особенно в Кастилии, Каталонии и Арагоне, возникли системы королевского (или княжеского) права, более или менее сравнимые с аналогичными королевскими правовыми системами в Сицилии, Англии, Нормандии, Франции и германских княжествах.

Хотя в ту пору не существовало такого образования, как "Испания", определенные явления происходили во всех северных иберийских королевствах. Первым было арабское завоевание и франкская реконкиста. Вторым было сохранение в незначительном объеме доарабского вестгорского права с некоторыми римскими элементами, в основном нашедшего отражение в книге законов, составленной вестгорским королем Рекесвинтом в конце VII в. — *Fuero Juzgo* или "Книге приговоров", известной также как "*lex barbara Visigotorum*"⁵⁴. Эти общие местные исторические факторы были, однако, отнесены на второй план новой наукой права XI—XII вв., связанной с развитием новой современной системы канонического права.

Каталония и Арагон. Каталония, управлявшаяся графами Барселонскими, попала под влияние движения Мира Господнего в начале XI столетия (синод в Эльне, 1027)⁵⁵. Важную роль в этом движении сыграл граф Рамон Беренгуэр I (1053—1071), создавший также "Обычаи Барселоны" — собрание законов и обычаев из широкого круга источников — вестгорских и римских, светских и церковных, судебных и законодательных. За движением Мира Господнего в Каталонии в XII в. последовал период издания светских статутов мира, что имело место также и в Арагоне. Последние эволюционировали в том же направлении, что и германские статуты мира: более ранние строились по образцу провозглашений Мира Господнего, более поздние приобретали форму в большей степени законодательную, чем договорную, и затрагивали новые сферы судебной процедуры, вопросов брака, долговых обязательств и государственных преступлений, а также, как и в Германии, расширяли роль королевских должностных лиц. Статут о поджоге, изданный Альфонсом II в 1192 г. (в то время графы Барселоны были также королями Арагона), напоминает статут о поджоге 1186 г. императора Фридриха Барбароссы.

В 1173 г. римское право было формально признано в Каталонии как дополняющее. Это, конечно, было научное римское право университетов, к которому разрешалось прибегать для заполнения пробелов в действовавшем каталонском праве.

В 1247 г. король Хайме I, управлявший Арагоном в течение 36 лет, с 1213 по 1276 г., издал книгу законов Арагона, *Libro de Huesca*, в которую был включен ряд элементов канонического и римского права, прежде всего относившихся к наследованию, договорам и доказательственному праву⁵⁶. Этот правовой документ был разработан епископом Гуэски и представлял собой систематизированное изложение права, состоявшее из восьми книг и освещавшее главным образом гражданское, уголовное и процессуальное право. Оно было предназначено для применения судами, включая королевский суд. Впоследствии

оно было расширено преемниками Хайме точно так же, как “Обычай Барселоны” были расширены преемником графа Рамона Беренгуэра I.

Кастилия и Лион. Эти два королевства в первой половине XII и в большей части XIII столетия были объединены. Их правовое развитие началось несколько позже, чем в Каталонии и Арагоне. Оно также первоначально выросло из движения Мира Господнего и значительно стимулировалось развитием канонического права и возрождением интереса к изучению римского права. Университет Саламанки, основанный в начале 1200-х гг., вскоре стал важным центром изучения римского и канонического права⁵⁷. Кроме того, рост королевского права испытал сильное влияние со стороны выдающихся королей: Фердинанда III (1217—1252), мать которого была швабской принцессой, большого ума и способностей; его сына Альфонса Ученого (1252—1284) и его внука Альфонса XI (1311—1350). Эти короли создали важное законодательство, от их имени издавались обширные руководства по праву, включая *fuero real* (1255) и *siete Partidas* (около 1265)⁵⁸. Последнее было систематическим трактатом, состоявшим из семи частей, расположенных тематически и содержавших свыше 500 статей. Это был, по существу, компендиум римского и канонического права, в некоторой степени приспособленный к традициям Кастилии. Однако он не закрепился в практической жизни, и в целом усилия выдающихся королей XIII и XIV столетий по внесению единообразия в право Кастилии не выдержали давления с мест в пользу сохранения местных обычаев.

Фландрия. В XI и XII столетиях территория Фландрии составляла значительную часть нынешней территории Бельгии и Голландии. Графы Фландрии, которые были королями во всем, кроме титула, в полной мере приняли участие в революционной трансформации западного права. Движение Мира Господнего пришло во Фландрию в XI столетии, и наиболее важные декларации о мире были провозглашены в 1034 и 1099 гг. Первый светский статут мира (*landfriede*) был провозглашен в 1111 г., когда граф Роберт II незадолго до своей смерти собрал аристократию и заставил ее принести присягу миру. Этот документ имел решающее значение для будущего развития как городского, так и общего права (“права земли”) во Фландрии. Он был обновлен преемниками Роберта в 1111, 1119, 1138 гг. и впоследствии также часто обновлялся. Он был назван “фундаментом большей части положений старого фландрского права”⁵⁹.

Однако правителем, о котором можно сказать, что он основал новую систему фландрского права, был граф Филипп (1169—1191 гг.), чье правление совпало со временем правления Генриха II в Англии, императора Фридриха Барбароссы в Германии и частично с правлением Филиппа-Августа во Франции. Филипп был назван “первым законодателем Фландрии”⁶⁰. Он законодательствовал частично посредством изгнания статутов мира. Помимо этого он разрешил многим городам, включая Брюгге, являвшемуся тогда ведущим центром Европы, иметь свое собственное право, называвшееся *Keuge*. Он централизовал отправление правосудия с помощью создания системы должностных лиц, осуществлявших применение королевского права и называвшихся бейлифами. В 1178 г. он издал статут о правах бейлифов, включивший положение о том, что бейлиф может арестовать любого правонарушителя, еще

не доставленного для разбора его к заседателям, и о том, что всякое лицо, не откликнувшееся на призыв бейлифа о помощи, подлежит наказанию⁶¹.

В результате династической борьбы, последовавшей за смертью Филиппа, в качестве правителя Фландрии утвердился граф Балдуин I из Геннегау. В своем графстве он уже был известен как законодатель: в 1200 г. он издал два статута для Геннегау — один касавшийся феодалов, другой — уголовного права и процесса. Геннегау, в отличие от Фландрии, имело также собрание обычаев, называвшееся *coutume geneerake*. Когда Балдуин стал правителем Фландрии, он взял с собой ученых для написания трудов о ее праве, обычаях и истории.

Хотя после Балдуина Фландрия не имела сильных правителей, законодательная деятельность продолжалась и в XIII столетии, и фламандские графы имели некоторые успехи в распространении своего управления на сельскую местность и в рационализации управленческого и правового аппарата. Была разработана доктрина *casreserves* ("зарезервированные дела") для обоснования изъятия различных преступлений из сферы традиционных местных и феодальных юрисдикций в пользу графской юрисдикции. В конце XIII столетия графы для достижения своих целей прибегали к использованию, опираясь на советы своих профессиональных юристов, к аргументации из области римского права. Однако их централизаторские устремления в конечном итоге были сорваны корпоративными и политическими образованиями другого типа, которые имели свое собственное право, гарантированное графами, именно городами Фландрии.

Венгрия. Венгерские короли имели тесные связи с другими европейскими правителями и пытались подражать им, но их успехи всегда оказывались временными, поскольку позиции знати, придерживавшейся своих традиционных форм жизни, были слишком сильны. Играло роль и то обстоятельство, что население было преимущественно мадьярское, а не германское⁶². Затем в середине XIII столетия монгольское вторжение вообще уничтожило какой-либо прогресс в направлении создания централизованного государства. Однако даже в Венгрии, на периферии западной цивилизации, можно видеть проявление правовой формации.

В 1074 г., в разгар гражданской войны, король Геза обратился к папе Григорию VII за помощью. Григорий VII, пытаясь проводить ту же тактику, которая оказалась успешной и в Сицилии, и в Хорватии, обещал, что он признает притязания Гезы в обмен на признание папского сюзеренитета. Но Геза отказался, вместо этого короновав себя короной, присланной из Византии.

Преемники Гезы, Ладислас (1077—1095) и его сын Коломан (1095—1114), были первыми венгерскими законодателями. Ладислав издал три серии законов, касавшихся уголовных наказаний язычников, осуществления королевского правосудия, наказаний за кражу, защиты собственности и других вопросов. Коломан, женившийся на дочери графа Рожера из Сицилии, издал акт о правовой реформе, включавший 84 статьи, некоторые из которых смягчали суровость законов его отца. Он отменил судебное преследование за колдовство, увеличил число судов, ограничил вынесение судебных решений на основе единоборств, установил юрисдикционные границы и процедуры и провел четкое различие между церковной и светской дисциплиной.

Только в 1172 г. появился другой сильный правитель, проявлявший интерес к внутренним реформам, Бела III (1172—1196). Он женился на Маргарите из Капетингской династии, дочери французского короля Людовика VII и вдове Генриха Младшего, сына Генриха II из Англии. Во время правления Бела многие наиболее способные венгры отправлялись в Париж учиться. После возвращения они занимали посты в новых управленческих органах, созданных по западным образцам, включая канцелярию.

Однако преемники Бела не были в состоянии продолжать его централизаторскую политику. В 1222 г., противодействуя королевскому аппарату власти, знать и мелкие землевладельцы принудили короля Андраша II подписать Золотую Буллу — документ, подобно английской Великой хартии вольностей 1215 г. и германскому “Статуту в пользу князей” 1232 г., основывавшийся на тогдашних правовых концепциях ограничения королевской власти. Среди его 31 положения имелось и объявление незаконным содержание в тюрьме представителя аристократического сословия, до того как он будет должным образом подвергнут судебному разбирательству и осужден. Другое положение запрещало главному королевскому судебному должностному лицу рассматривать дела, касавшиеся жизни или собственности подданных, если король не осведомлен о них. Еще одно положение гарантировало права мелких землевладельцев и относилось к служебным злоупотреблениям. Обеспечивались также права знати на сопротивление незаконным актам короля. Частично в результате Золотой Буллы королевское право в Венгрии оставалось в начале XIII в. слабым по сравнению с другими западными странами. А монгольское вторжение 1241 г. опустошило всю страну.

Дания. Развитие королевского права в Дании было запоздалым, но впечатляющим⁶³. В конце XI в. король Кнуд II пытался вводить налоги, налагать денежные штрафы и в целом утверждать королевскую власть, но был свергнут и убит. Однако в 1241 г. Вальдемар II издал “Jutae Logh” (“Ютландское право”) — первое официальное скандинавское собрание законов⁶⁴. Ему предшествовали два труда о законах Сконе и Зеландии, написанные частными лицами также во время правления Вальдемара II.

“Jutae Logh” подразделяется на три книги и содержит в целом 242 главы. Имеется очень приблизительное деление на право собственности, гражданское и уголовное право. Правовыми источниками являлись главным образом обычное право, указы предшествующих правителей и городское право Шлезвига. Прямого влияния римского права найти нельзя, но влияние канонического права очевидно. Первые положения преамбулы гласят:

“Страна должна строиться на основе права. Там, где каждый человек доволен тем, что он имеет и позволяет другим иметь то же самое, никакого права не требуется... Если страна не имеет права, тот человек будет иметь больше, который может взять больше, поэтому для удовлетворения нужд всех людей должно быть создано право. Обязанность короля и князей в этой стране состоит в охране права, отправлении правосудия и защите всякого человека, к которому применяется насилие, например вдов, детей без опекунов, паломников, иностранцев и бедняков, чаще всего испытывающих притеснения”⁶⁵.

Среди других новых черт Ютландского права — замена компургации судом присяжных.

Другие примеры участия Дании в трансформации западного права в этот период — создание канцелярии, учреждение должностей служащих двора и провинциальных должностных лиц. Сыновья знати часто отправлялись учиться в Париж⁶⁶.

Вероятно, датское влияние способствовало появлению в 1274 г. первого норвежского кодекса права, изданного королем, прозванным Великий Исправитель Права (*Magnus Lagaboetir*).

КОРОЛЕВСКОЕ ПРАВО И КАНОНИЧЕСКОЕ ПРАВО

Системы королевского права, получившие развитие в различных королевствах и княжествах Европы в XII и XIII столетиях, имели много общих черт. В то же время они имели структурное сходство с системой канонического права, действовавшего повсюду в западном христианском мире. В каждом королевстве или княжестве королевское и каноническое право дополняли друг друга таким образом, что можно говорить о них как о нераздельных частях единого правопорядка.

1. И каноническое, и королевское право имели ограниченные компетенцию и юрисдикцию. Каноническое право претендовало на компетенцию в отношении уголовных и гражданских дел, возникавших в результате совершения греха или нарушения веры; королевское право претендовало на компетенцию в отношении уголовных и гражданских дел, возникавших в связи с правом сейзины на фригольд и с нарушением королевского мира. Каноническое право претендовало на юрисдикцию над духовными лицами и церковной собственностью, а также над мирянами, обвиненными в грехе и нарушении веры; королевское право претендовало на юрисдикцию над свободными землевладельцами и лицами, совершившими тяжкие преступления, а также по вопросам, прямо относившимся к короне и собственности короны. Компетенция и юрисдикция двух типов правовой системы в определенных пунктах пересекались, и между ними происходили конфликты. Однако в течение длительного времени они были способны сосуществовать более или менее мирно.

2. Как каноническое, так и королевское право основывались на авторитете внешних источников права, из которых они стремились заимствовать объективность и всеобщность. Оба нашли такие источники в божественном праве и в естественном праве (разуме и совести). Кроме того, каноническое право опиралось на священные тексты, включая каноны и постановления, принятые церковными соборами, папами и другими властными инстанциями, тогда как королевское право в целом опиралось на королевские указы, которые, однако, были в общем гораздо менее разработанными, чем церковное законодательство. Обе системы также рассматривали обычай как важный источник права, хотя королевское право в гораздо большей степени опиралось на обычай, чем каноническое право. В области судебной процедуры каноническое право, как и многие системы королевского права, использовало свидетельствования, полученные путем допроса под присягой. Однако английское королевское право опиралось на показания соседей, данные под присягой, с исключением из этого правила английских парламентов XIII в., заседавших

в качестве судов, и суда канцлера в XIV и XV столетиях. В том и другом случае парламенты и суд приспособляли для своих целей каноническую судебную процедуру. Германские королевские (или герцогские) суды также опирались на объявленные под присягой глашатаями права (Schöffen) действующие обычаи.

3. Как каноническое, так и королевское право были систематизированы. Однако каноническое право было более систематизированным, чем возрожденное римское право, не являвшееся позитивным правом с какой-либо юрисдикцией. И хотя его часто называли “дополняющим правом”, даже там, где оно считалось действующим, оно никогда не составляло весь массив действующего права.

Каноническое право (подобно римскому праву) было университетской дисциплиной, “наукой”. Королевское право было ближе к обычному. В Англии, где сначала королевское право развивалось в первую очередь в рамках системы письменных юдициальных предписаний (writs), главную роль в постепенном расширении средств судебной защиты играла аналогия. По той же причине обобщение и синтез играли более ограниченную роль. Даже в XIV столетии, когда общее право стало изучаться и преподаваться в Судебных Иннах, большой акцент делался на его технических аспектах. Конечно, Глэнвилл написал в 1187 г. прекрасную книгу по английскому королевскому праву, но это был в своей основе комментарий юдициальных предписаний в духе канонистских монографий о канонических формах исков (libelli), а не трактат (tractatus) или “итог” (summa). Великолепный трактат Брактона в следующем столетии был значительно более содержательным и был назван “summa”, но он после нескольких поколений вышел из употребления, а достойных упоминания дополнений или замены ему не появилось. В Сицилии, Нормандии, Франции, германских герцогствах и в других регионах, например в Англии, королевское право (или герцогское право) было гораздо менее систематизировано, чем каноническое право. Имелось несколько трактатов, например трактат Бомануара и Саксонское зеркало, обобщавших соответственно французское и германское “общее право”, но по ним не было университетского обучения, за исключением того, что они могли затрагиваться в курсах по римскому праву и в обсуждениях обычаев как источника права. Королевское право, подобно другим формам светского права, не нуждалось в отражении в учебниках и в преподавании в университетских курсах, чтобы быть признанным в качестве целостной, развивающейся автономной совокупности права, тогда как для создания новой системы канонического права правовая наука была необходима.

Различия в степени и характере систематизации двух типов права следует частично объяснить различиями в концепциях духовного и светского порядков. Светский порядок был по определению более хаотичным, дезорганизованным, лишенным цели по сравнению с духовным (церковным) порядком. Светский порядок больше всего нуждался в реформе и спасении. Конечно, светское право, помогая удовлетворить эту потребность, было подчинено разуму. Предполагалось, что оно является научным и систематизированным, оно должно было проверяться критериями справедливости и истины. Но оно было ближе к обычаю, чем каноническое право, и поэтому ближе к беспорядку и насилию. В то же время оно было больше связано формальностями.

В силу обеих причин — его обычного характера и его формального характера — светское право было более трудно систематизировать.

Однако если сравнить королевское право в 1200 г. в Сицилии, в Англии, во Франции, в германских герцогствах и в других регионах с королевским правом в 1000 г. в тех же странах, то производит впечатление высокий уровень достигнутой им систематизации и степень освобождения от обычая и от формализма.

4. Как королевское, так и каноническое право руководствовались не только этими тремя принципами — компетенции и ограниченной юрисдикции, опоры на внешние источники авторитета и осознание проводимой систематизации, — но, кроме того, и принципом осознанного роста в течение поколений. Оба вида права должны были быть не просто системами, но прогрессирующими системами. В каноническом праве это качество прогрессирующего движения выразилось в сознательно проводившейся политике преемственности законодательства, издававшегося церковными епископами и папами, а также судебных решений, принимавшихся папскими и другими церковными судами. Оно также находило выражение в сознательной преемственности преподавания и научного исследования. В различных системах королевского права принцип сознательного роста, или продвижения вперед, аналогичным образом выражался в преемственности преподавания и научного исследования.

5. Наконец, как королевское, так и каноническое право выражали собой веру, что все право содержит в себе известные цели, определявшиеся как справедливость; эти заключенные в самом праве цели должны были служить руководством для толкования и применения правовых норм, хотя то и другое право не могло функционировать без норм, и в обоих было признано, что нормы должны составлять совокупность в смысле взаимосвязанной системы. Каждая система права рассматривалась в первую очередь как такой процесс создания, толкования и применения норм, чтобы реализовались заключенные в них цели справедливости.

Аристотель определил природу права справедливости ("добра") как "поправку к закону в том, в чем из-за его всеобщности имеется упущение". Добро, говорил он, "и есть право и лучше любого, но не безусловного права, а точнее, оно лучше права с погрешностью, причина которой — его безусловность... Хотя добро есть право, однако право не в силу закона, а в качестве исправления законного правосудия. Причина этого в том, что всякий закон составлен для общего случая, но о некоторых вещах невозможно сказать верно в общем виде. Поэтому в тех случаях, когда необходимо сказать в общем виде, но нельзя сделать это правильно, закон охватывает то, что имеет место по преимуществу, вполне сознавая возможную погрешность... Так что, когда закон составлен для общего случая, а произошло нечто подсудное ему, но вне общего случая, тогда поступать правильно значит: там, где у законодателя, составившего закон без оговорок, пропуск или погрешность, исправить упущение, которое признал бы даже сам законодатель, окажись он тут, а если бы знал заранее, то внес бы эту поправку в законодательство"⁶⁷. Эта широкая концепция права справедливости ("добра") вошла и в учение стоиков, и в восточное и западное христианство. Она появилась в римском праве Юстиниана в виде таких доктрин права справедливости, как доктрины добросовестности, неправомерного обогащения и материальной справедливости.

Однако, возрождая аристотелевскую философию и римское право, церковь в конце XI — начале XII столетия придала понятию права справедливости новое моральное и культурное содержание. В частности, и каноническое и королевское право дополнили раннее, более общее понятие права справедливости различными специфическими требованиями христианской совести: защитой бедных и нуждающихся в помощи (включая вдов и сирот), реализацией отношений, основанных на доверии (включая дарения, которые должны быть использованы в благотворительных целях), и другими требованиями. В Англии в XIV и XV столетиях, когда два основных королевских суда ограничили свою компетенцию по этим вопросам, канцлер короля, который тогда почти неизменно являлся высоким должностным лицом в католической церкви, начал осуществлять исключительную юрисдикцию “по совести” и “во имя права справедливости”. Однако в других европейских системах королевского права и в Англии в XII и XIII столетиях “право справедливости” рассматривалось не как нечто отдельное от “права”, а, наоборот, как его составная часть. Как и в каноническом праве, право справедливости королевских судов было тем аспектом права, который придавал ему способность приспосабливать старые нормы к новым (“исключительным”) обстоятельствам во имя осуществления справедливости.

Аналогичные сравнения могут быть проведены между королевским правом и другими типами светских правовых систем — феодальным, манориальным, городским и торговым правом. Королевское право соотносилось с этими правовыми системами аналогично тому, как каноническое право соотносилось с королевским правом: в сравнении с ними королевское право было более обширным, более разработанным, более развитым или по меньшей мере быстро становилось таким в последующие столетия. Когда в XVI в. началась атака на каноническое право церкви, ведущую роль при этом играло право королей и князей. Манориальное право исчезло почти полностью, феодальное право сохранилось главным образом как пережиток прошлого, а городское и торговое право все более подчинялись королевскому праву.

Таблица

Каноническое, городское, королевское и феодальное право с XI по XIII в.

Каноническое право (включая римское право)	Городское право	Королевское право: Сицилия	Королевское право: Англия и Нормандия	Королевское право: Франция	Королевское право: Германия, Фландрия, Венгрия, феодальное право
1	2	3	4	5	6
					1037 г. Феодальный статут императора Конрада II
1040 г. Перемирие Господне, введенное аббатством Ключни 1049 г. Папа Лев IX (1049-1054)					
1054 г. Схизма между восточными и запад- ными церквами	1056 г. Обы- чай Генуи 1057 г. В Ми- лане создана коммуна				
1059 г. Синод в Риме: избрание папы карди- налами, запрещение светской инвеституры		1059 г. Роберт Гви- скар наделен папой титолом герцога Апулии и Калабрии			
	1066 г. Лондо- ну дарована хартия		1066 г. Вильгельм I (1066-1087); нор- маннское завоевание Англии		

1	2	3	4	5	6
					1068 г. "Обычай Барселоны"
			1072 г. Указ о разделении светских и церковных судов		
1073 г. Папа Григорий VII (1073-1085)	1073 г. Вормсу дарованы свободы				
	1074 г. Восстание против архиепископа Кельна				
1075 г. "Диктаты папы". Борьба за инвеституру (1075-1122)	1075 г. Жители присягнули коммуне в Камбре				
1077 г. Император Генрих IV в Каноссе	1077 г. Майнцу дарована свобода				1077 г. Император Генрих IV смещен. Съезд в Форххейме: избрание императора князьями. Венгрия: король Ладислас (1077-1095); три серии королевских законов
1078 г. Ансельм "О существовании Бога"					
1080 г. Открытие Дигест	1080 г. Генрихом IV дарованы хартии Лукке и Пизе				
					1082 г. Мир Господень в Люттихе

1	2	3	4	5	6
	1084 г. В Пизе избран консул с определенным сроком полномочий				
		1085 г. Рожер I, граф Сицилии (1085-1105)	1085-1086 гг. "Domesday book"		1085 г. Мир Господень в империи
1087 г. В Болонье основана школа права					
					1093 г. Статут мира в Швабии
1095 г. Ивон Шартрский	1095 г. Амальфитанская таблица				1095 г. Венгрия: король Коломан (1095-1114); реформа права в 84 статьях
1097 г. Ансельм, "Почему Бог воочеловечился?"					
1098 г. Основан орден цистерцианцев					
			1100 г. Генрих I (1100-1135). Появление казначейства и его отчетов; рационализация управления и отправления правосудия		1100 г. Libri Feodorum

1	2	3	4	5	6
					1103 г. Императорский статут мира
	1106 г. В Кельне создано независимое муниципальное управление и система городского права				
1107 г. Бекский конкордат, завершивший борьбу за инвеституру в Англии и Нормандии			1107 г. Бекский конкордат, завершивший борьбу за инвеституру в Англии и Нормандии		
				1108 г. Людовик VI (1108-1137) и Людовик VII (1137-1180). Королевский домен расширился за пределы Иль де Франс; созданы более централизованные управленческие и правовые институты	
					1111 г. Фландрия, первый светский статут мира

1	2	3	4	5	6
		1112 г. Рожер II (1112-1154) Создание канцелярии, казначейства, профессионального королевского суда, должностей разъездных судей, бейлифов			
	1115 г. Реестры Олерона				
			1118 г. Leges Henrici Primi		
	1120 г. Фрайбургу дарована хартия				
1122 г. Пьер Абеляр, "Sic et Non". Вормский конкордат, завершивший борьбу за инвеституру в империи					
					1125 г. Съезд в Майнце: избрание Лотаря (1125—1138)
	1127 г. Сент-Омеру дарована хартия 1129 г. Неудачное восстание против епископа в Магдебурге. Лондон получает от Генриха II хартию, подтверждающую право избрания шерифов				

1	2	3	4	5	6
1130 г. Смерть Ирне- рия					
		1136 г. Учреждена должность юстициа- рия			
1139 г. Пьер Абеляр. Этика. Второй Лате- ранский собор					
1140 г. Грациан, "Со- гласование разноречи- вых канонов"		1140 г. Ассизы Ариа- но			
	1142г. Хартия Пизы				
	1143 г. Графом Адоль- фом Гольштейнским основан Любек				
1147 г. Папа Евгений III запретил духовным лицам участие в свет- ском правосудии или подчинение ему					
			1150 г. Вакарий в Оксфорде		
1151 г. Петр Ломбард- ский "Сентенции"					
					1152 г. Избрание Фридриха Барба- россы (1152- 1190); император- ский статут мира

1	2	3	4	5	6
	1153 г. Генрих Лев даровал Любеку привилегии				
		1154 г. Вильгельм I (1154-1166)	1154 г. Генрих II (1154-1189)		1154 г. Генрих Лев герцог Баварский и Саксонский (1154-1180) Расширена судебная власть; рационализировано управление; основан Мюнхен 1155г. Фридрих Барбаросса короновался в Риме и советовался с "четырьмя докторами" 1156 г. Создание герцогства Австрии 1158 г. Съезд в Ронкалье
1159 г. Папа Александр III (1159-1181) Иоанн Солсберийский, "Policraticus"					
					1160 г. "Privilegium Minus" для Австрии
	1161 г. "Constitutata Legis et Usus" Пизы				
	1162 г. Разрушение Милана Фридрихом Барбаросой				1162 г. Статут для графства Форкалкье в Провансе

1	2	3	4	5	6
1164 г. Кларендонские постановления Генриха II, регулировавшие деятельность английской церкви			1164 г. Кларендонские постановления		
		1166 г. Вильгельм II (1166-1189). Изданы королевские законы, устанавливавшие не-подсудность духовенства светскому суду и разрешившие всем свободным людям вступать в духовное сословие	1166 г. Assize of novel disseisin. Дознание о рыцарских повинностях		
	1167 г. Создана Ломбардская лига				
	1169 г. В Милане учреждена должность подесты 1169—1181 Брюгге и другим фламандским городам дарованы хартии во время правления графа Филиппа				1168 г. Основание Вюрцбурга 1169 г. Фландрия: граф Филипп (1169-1191); законодательство посредством статутів мира

1	2	3	4	5	6
1170 г. Смерть Булгаруса, наиболее известного из "четырех докторов". Убийство Бекета			1170 г. Убийство Бекета; отмена оскорбительных положений Кларендонских постановлений		
1172 г. Генрих II в Авранце. Отмена оскорбительных положений Кларендонских постановлений				1172 г. Обследование о рыцарских повинностях	1172 г. Венгрия: Король Бала III (1172-1196); централизация и рационализация управленческих и правовых структур
			1176 г. Учреждение института разъездных судей; assize of mort d'ancestor		
			1178 г. Court of Common Pleas		
1179 г. Третий Латеранский собор			1179 г. Введен судебный процесс с участием присяжных на основании writ of right "Беседа казначея"		1179-1180 гг. Суд над Генрихом Львом; в Баварии воцарилась династия Виттельсбахов. Учреждено сословие имперских князей (Reichsfürstenstand)
				1180 г. Филип II (Август) (1180-1223) Французская административная система усовершенствована, учреждены должности бальи и сенешалей; в королевских судах введено процедурное единообразие	

1	2	3	4	5	6
	1181 г. Любек захвачен Фридрихом Барбароссой				
	1183 г. Мир Констанции. Магна карга коммунальных свобод.				1185 г. Ассизы графа Жоффрау 1186 г. Статут о поджоге
			1187 г. Глэнвилл. Трактат о законах и обычаях королевства Англия		
	1188 г. Реформа управления Магдебургом; первая кодификация Магдебургского права				
1190 г. Гугуччио, "Summa"					
			1193 г. Губерт Уолтер назначен архиепископом Кентерберийским и юстициарием		
1198 г. Папа Иннокентий III (1198-1216)					
			1199 г. Король Иоанн Безземельный (1199-1216)		

1	2	3	4	5	6
	1200 г. Ипсвичу королем Иоанном дарована хартия		1200 г. "Tres ancien coutumier de Normandie"		1200 г. "Charte Feodale" для Эно
			1204 г. Франция завершила завоевание Нормандии		1204 г. Учреждение в Баварии поста Viztum и затем меры по рационализации и модернизации бюрократии и отправления правосудия
		1208 г. Фридрих II (1208-1250). Создание университета Неаполя и королевской службы; расширение королевской судебной власти			
			1209 г. Иоанн Безземельный отлучен папой от церкви		
					1212 г. Фридрих II (1212-1250)
			1213 г. Англия стала папским леном		
				1214 г. Битва при Бувине	

1	2	3	4	5	6
1215 г. Четвертый Латеранский собор: священникам запрещено принимать участие в "божьих судах"; официально провозглашена доктрина пресуществления			1215 г. Великая хартия вольностей		
	1216 г. "Книга обычаев" Милана		1216 г. Генрих III (1216-1272)		
			1219 г. Введение суда с участием присяжных по уголовным делам		
					1220 г. Договор с церковными князьями
					1221 г. Эйке фон Реплау; Саксонское зеркало
					1222 г. Венгрия: Золотая Булла
				1223 г. Людовик VIII (1223-1226)	
				1226 г. Людовик IX (1226-1270)	
	1231 г. Liber Augustalis				
					1232 г. Статут в пользу князей

1	2	3	4	5	6
1234 г. Григорий IX. "Декреталии"					
					1235 г. Майнский имперский статут мира
					1244 г. Первый из пяти главных баварских статутов мира
1250 г. Аккурсий "Glossa Ordinaria"				1250 г. В качестве судебного органа создан парламент Парижа	
			1256 г. Брактон "О законах и обычаях Англии"		
			1258 г. Первый парламент	1258 г. Запрещение боевого суда	
	1260 г. Бреслау получил Магдебургское право				
					1274-1275 "Schwabenspiegel", "Deutschespiegel"
				1277 г. Статут о "novel disseisin"	
				1283 г. Бомануар. "Обычай Бове"	

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Первой из великих революций истории Запада была революция против господства над церковью императоров, королей и феодальных господ и за утверждение римской церкви как независимого, корпоративного, политического и правового образования под управлением папы. Считалось, что церковь, рассматривавшаяся с тех пор прежде всего как духовенство, действовала во имя спасения мирян и реформы мира посредством права в направлении утверждения справедливости и мира. Это, однако, была лишь одна сторона Папской революции. Другая ее сторона заключалась в усилении светской политической и правовой власти императоров, королей и феодальных господ, а также в создании тысяч автономных, самоуправляющихся городов. Третьей ее стороной было огромное расширение экономической активности, особенно в сельском хозяйстве, торговле и ремесле. Еще одной стороной было основание университетов и развитие новых наук теологии и права. Были и другие стороны. Папская революция имела характер тотальных перемен: борьба за инвеституру, григорианская реформация были лишь ее частями. Она видела перед собой не только новые небеса, но и новую землю.

Папская революция готовилась по меньшей мере поколение. Первые открытые шаги к ней были предприняты папской партией в 1050-е и 1060-е гг. В 1059 г. папа Николай II на синоде в Риме впервые запретил светскую инвеституру и учредил процедуру избрания пап кардиналами, изъяв тем самым у императора полномочие назначать папу. В 1075 г. папа Григорий VII бросил вызов в своих "Диктатах папы". С 1076 по 1122 г. в различных частях Европы шли войны между сторонниками и противниками папской власти и ее программы. В конце концов были достигнуты компромиссы. Ни одна сторона не стала полной победительницей.

Именно этот тотальный сдвиг породил западную традицию права.

Система права была необходима западной церкви для поддержания ее нового, зримого, корпоративного единства под управлением папы. Вычленение

канонического права из теологии и литургии и его систематизация и рационализация были нужны как источник легитимности и средство контроля со стороны центральных церковных властей, а также в качестве действительного символа особого корпоративного самосознания духовенства как целого. Новое *ius canonicum* имело также существенное значение для поддержания новой системы отношений церкви с различными светскими властями. Относительно автономные и рациональные системы права были нужны различным светским властям для легитимации и приведения в действие вновь создававшихся механизмов центрального контроля и для укрепления собственных позиций в новой конкуренции политических образований.

Потребность в правовых системах не была просто практической и политической. Она была также моральной и интеллектуальной. Право стало рассматриваться как сама сущность веры. “Бог сам является правом, и поэтому право дорого ему”, — писал около 1220 г. автор Саксонского зеркала — первой немецкой книги законов. Это имело место почти столетие после того, как Вормсский конкордат завершил борьбу за инвеституру, но тем не менее это было прямое выражение философии Папской революции, духа Вормсского конкордата. Никто на Западе не сказал бы так до 1075 г., после 1122 г. эта мысль стала в той или иной форме общей. Право стало рассматриваться как путь реализации миссии западного христианского мира, состоявшей в начале строительства царства Божия на земле.

Папская революция дала почву для новой формулировки доктрины двух мечей, введенной пятью столетиями раньше папой Геласием I. Более ранняя формулировка касалась соотношения земной и небесной сфер христианской жизни. Для теоретиков Папской революции, однако, главной проблемой было отношение между церковными и светскими властями в самой земной сфере. Именно церковь как зримое, корпоративное, политическое и правовое образование должна была владеть духовным мечом, и этот меч должен был осуществлять контроль не только над жизнью в последующем мире, но и над большим кругом вопросов в этом мире, включая управление церковной собственностью, деятельность церковных лиц, семейные отношения, деловую этику и практически все, что могло быть отнесено к вопросам нравственности и веры.

Впервые духовный меч был воплощен в системе и науке права в заново систематизированном и рационализированном каноническом праве Грациана и великих юристов-пап XII — XIII вв. Папство создало также управленческие институты и бюрократический аппарат, необходимые для функционирования этой правовой системы: профессиональное судейское сословие, казначейство, канцелярию. Это была первая новая западная система управления и права. Со временем ее заимствовали светские и политические образования, оформившиеся в последующие эпохи. На первый взгляд может показаться странным, что мы считаем революционные события конца XI и начала XII столетия источником развития правовых систем в конце XII, в XIII и даже более поздних столетиях. Может показаться более логичным связывать более поздние процессы с более поздними событиями. Тем не менее все правовые системы Европы в конце XII и в XIII в. выражали, воплощали в себе и доводили до логического конца принципы, сформулированные в течение предшествовавших поколений. Это следует понимать не в духе гегелевского раз-

вития идей, а в смысле динамики западной истории, в которой не только материальные и идеальные факторы, но прежде всего сами великие события оказывали положительное воздействие на изменения в определенном направлении и в течение долгого периода времени. Проследить рост правовых институтов в конце XII и в XIII вв., начиная с Папской революции конца XI столетия, имевшей своей кульминацией Вормсский конкордат — не более странно, чем проследить развитие расового равенства в Соединенных Штатах в конце XIX и в XX столетии, начиная с Американской революции конца XVIII столетия, приведшей к кульминации в виде поправок к Конституции Соединенных Штатов времен Гражданской войны. Вне временной перспективы такой продолжительности невозможно понять ни периодические катаклизмы западной истории, ни сложившиеся великие традиции, следовавшие за ними и служившие защитой от их повторения. Обновление сменяется преемственностью развития и ростом, революция — эволюцией.

То обстоятельство, что для совершения революции требуется несколько поколений, не должно вызывать удивления. Особенно, если говорить об институционализации ее целей и о необходимых компромиссах, связанных с этим процессом, то нужно брать в расчет движения, развивающиеся в течение длительных периодов времени. В отношении Папской революции две из ее главных целей были совершенно новыми для западного общества — господство посредством права и господство права. Это означает, что правители должны проводить в жизнь свою политику постоянно через правовые учреждения и что они управляют. Чтобы гарантировать эти принципы, последние должны быть восприняты и усвоены, а также адаптированы и модифицированы детьми и внуками тех, кто ввел их впервые.

Большая часть институтов, процедур, понятий и норм германского народного права после Папской революции постепенно исчезла. Однако это случилось не сразу. Кровная месть во многих областях Европы сохранялась еще и в XV в. несмотря на противостояние и канонического, и королевского права. Браки детей по-прежнему устраивались их родителями, особенно среди знати. Хотя процедура компургации трансформировалась в дачу показаний под присягой, тем не менее принцип оценки верности показаний в соответствии с социальным статусом свидетеля указывал на остатки старого формализма. Это лишь некоторые примеры пережитков. Однако в целом германское народное право перестало существовать под воздействием разделения политической власти на церковную и светскую, формирования теократических, а затем и светских государств, а также вследствие совершенствования и систематизации церковного права, а в конечном итоге и отраслей светского права.

Тем не менее заимствованная культура германского народного права стала необходимой основой новых усовершенствований в области права, и можно утверждать, что систематизация западного права уходит корнями в ранний коммунитаризм (общинное право). Сама по себе Папская революция была возможна только в обществе людей, объединившихся как христианский народ; борьба за право контролировать церковь и таким образом идеологию (как это называли бы сейчас) предполагала наличие единой всеоб-

щей веры. Связанный с этим вопрос о том, кто должен распоряжаться имуществом церкви, также предполагал наличие общепринятого представления о том, что богатства церкви следует использовать для религиозных целей. Революция положила конец тому единству, которое явилось ее первоосновой. Она создала и оформила новые разделы канонического и светского права и, в рамках светского права, отрасли феодального, поместного, торгового, городского и королевского права. В рамках каждой из этих отраслей существовало два направления: право, основанное на обычае и здравом смысле, и право, основанное на приказе. Ранее существовавшая общность создавалась по принципу единства расы, класса, семьи, веры. В сущности, систематизированные, усовершенствованные, развивающиеся своды законов были частично направлены на сохранение все тех же старых единств, хотя и в формах, отличных от тех, что преобладали ранее.

Само по себе германское народное право было неразрывно связано с общинным, в сущности племенным, общественным укладом. Как германский эпос, искусство, да и сам язык, народное право было многословным, глубоко укоренившимся в традициях и в целом воспринималось как более или менее неизменное. Христианство, подвергнув сомнению племенные ценности, внесло в право элемент динамики. Тем не менее до конца XI в., за небольшим исключением, христианство не нашло систематического отражения в состоянии институтов власти у германских народов; оно представляло собой веру в загробный мир. Папская революция, однако, превратила христианство в политическую и законодательную программу. Церковь стала государством. Каноническое право стало, во-первых, особым средством обеспечения единства церкви-государства, а во-вторых, средством реформирования мира. Другие появляющиеся в это время правовые системы также имели целью привести обычай в соответствие с принципами разума и совести. В то же время эти попытки реформации не должны были разрушать старые общины, напротив, задача состояла в том, чтобы укрепить их.

Рассматривать обычаи в свете разума, т. е. отбросить массу неразумных обычаев и создать из разумных систему права, было, мягко говоря, смелой задачей. Ко всеобщей пользе и не совсем случайно в библиотеке Флоренции в 1080-х гг. был обнаружен манускрипт Свода законов Юстиниана, и совсем не случайно, что вскоре после этого в Болонье был основан университет — первый университет в Европе — для изучения этого манускрипта. Юристы получили в свое распоряжение, так сказать, полный словарь юридических терминов, норм, понятий и правил, *ratio scripta*, как в то время называлось римское право, через сито которого предстояло просеять все традиции и обычаи. Это было похоже на то, как если бы христианские теологи внезапно впервые обнаружили Ветхий Завет. Западные юристы применили к римским текстам новый диалектический метод, целью которого было примирение противоречий. Таким образом они смогли извлечь из этих текстов концептуальные положения, о которых сами римляне и мечтать не могли — теорию контрактного права, понятие права собственности, разработанные доктрины, определяющие условия оправданного применения силы, и т. п. Юристы, таким образом, представили в распоряжение Запада основные методы анализа и синтеза текстов. Они научили Запад объединять случаи в нормы, нормы в прин-

ципы, принципы в систему. Их метод, который и поныне считается методом современной юриспруденции в США, состоял в том, чтобы выяснить, что общего имеют различные частности, увидеть целое как взаимодействие частей. Это был прототип современной западной науки, так как, рассматривая традиции и нормы как определенные данные, он извлек из этих данных закономерности — “законы”, — которые их разъясняли. С точки зрения истории и социологии, такой метод играл существенную роль в сглаживании противоречий между конфликтующими правовыми системами, в первую очередь между церковным и светским правом, а затем между различными светскими правовыми системами.

Если диалектический метод схоластической философии был основополагающим для выработки структуры права на Западе, то богословские доктрины, которые сопутствовали применению этого метода, были принципиально важны для его основных понятий, особенно для понятий преступления и наказания. Теология Папской революции была теологией судебного решения. Бог был, сверх всего, Богом правосудия. Благодаря своему воплощению в Христе и тому, что Христос принес себя в жертву ради человечества, первородный грех христиан был прощен, а последующие грехи должны были быть искуплены либо при жизни, либо в чистилище. За нарушение права необходимо было расплачиваться. После расплаты закон считался восстановленным, и бывшей грешник мог попасть в рай. При помощи такой теологии церковь установила в первый раз “внешний суд” по уголовным делам в отличие от “внутреннего суда” исповедальни и таинства раскаяния. К тому же времени относится разработка уголовного кодекса, аналогичного тому, который и сейчас применяется в большинстве западноевропейских стран. В его основе лежат: наличие состава преступления, противозаконность совершенного действия, наличие прямого или косвенного умысла, причинение зла, а также нанесение вреда обществу. В основе этих принципов, как и в основе церковного права в целом, лежала вера в Бога правосудия, который справедливо управляет Вселенной, наказывая и награждая в соответствии с принципом равновесия, милостиво смягчая его в особых случаях. Эта религиозная вера соответствовала политической вере в сложное социальное единство, называемое христианством, в котором диалектика взаимодействия светских и церковных сфер жизни регулировалась аналогичным принципом справедливости, основанной на законе, и закона, основанного на справедливости, при том, что снисхождение в исключительных случаях играло важную роль.

Каноническое право — первая современная правовая система Запада — было задумано в XII в. как интегрированная система законов, развивающаяся во времени. Сама церковь впервые стала восприниматься как юридическая система, как правовое государство. Она постепенно сформировалась как сложный бюрократический аппарат с профессиональным судом, профессиональным казначейством и судом лорда-канцлера. Конституционное право церкви приняло форму корпоративного права: оно объединило в себе римское институциональное понятие организации с германским понятием братства, добавив к ним христианское понятие общественной личности, зародившееся в недрах номинализма. Из канонического права корпораций заимствовано представление о том, что исполнительная власть не может совершать опре-

деленных действий без совета и согласия консультативного органа и что такие консультации основываются на том принципе, что те, на кого непосредственно будет влиять принятое решение, должны иметь право участвовать в его составлении. Каноническое право является также источником современного разделения подсудности на предметную и на определяемую в зависимости от состава суда. Фактически ограничение канонического права в компетенции и подсудности было тесно связано с конституционными установками, направленными на то, чтобы четко определить место церкви и границы ее суверенитета, выделить ее правящие силы и определить права и обязанности ее членов.

Систематизация внутри канонического права приняла форму развития подсистем права, касающихся брака, завещания, имущества, соглашений, и деликтов, основанных на церковной юрисдикции над таинством, свидетельством, благотворительностью, клятвами и грехами. Каждая подсистема имела свои собственные структурные характеристики, и в то же время все они имели те же черты, что и система канонического права в целом. Так, канонические законы, связанные с браком, развивали правила, касающиеся расторжения браков (основанных на насилии, мошенничестве или ошибке). Они были аналогичны каноническим законам, касающимся расторжения контрактов вообще, которые основывались на общих принципах всей системы канонического права. Ограничения, накладываемые светскими властями на завещание земли, заставили церковников разработать право доверительной собственности, которое было шире и права наследования, и права собственности. В целом каноническое право завещаний, контрактов и собственности было антифеодальным в том смысле, что церковь поощряла свободу завещания, признание действительной сделки, осуществляемой без соблюдения формальностей, и неограниченное владение собственностью. Также, в отличие от того, что иногда предполагается, церковь поощряла процентные займы. В самом деле, церковники первыми применили слово “процент” для разграничения законного обложения используемого капитала процентами от незаконного (“ростовщичества”).

То, что определение юрисдикции церкви и канонического права было делом не просто удобства, а принципа, и принципа очень существенного, ради которого люди были готовы сражаться, истекать кровью и умирать, можно показать на примере Томаса Бекета, который сопротивлялся попыткам короля Генриха II вернуться к определенным ограничениям церковной юрисдикции, которые Бекет считал оскорбительными для свободы церкви при папском режиме. В Кларендонских постановлениях 1164 г. король возродил обычаи своего деда Генриха I, который правил до 1135 г. Но церковь прочно встала на ноги во время так называемой Анархии Стефана, между 1135 и 1154 гг., прежде чем Генрих II взойдет на трон. В течение шести лет Генрих и Томас Бекет боролись за законное решение своего спора; это был конфликт из области права, и обе стороны глубоко уважали роль закона в решении конфликтов любого рода. В конце концов Генрих убрал “оскорбительные” положения из Кларендонских постановлений, хотя никогда не было полностью ясно, какие положения были оскорбительными, а какие не были. Вопрос окончательно был решен — снова не вполне удовлетворительно — путем

соперничества светского и церковного судов. Светские суды предпочитали защищать свою юрисдикцию исками о запрете, которые, однако, было трудно применять и еще труднее приводить в исполнение. Церковные суды, если их в достаточной степени провоцировали, могли отлучить от церкви королевских судей. Если сам папа был в достаточной степени спровоцирован (как в случае с непокорным королем Иоаном), он мог подвергнуть — и действительно подверг — отлучению от церкви всю Англию, причиняя тем самым большое горе людям. В основном же две юрисдикции сотрудничали друг с другом.

Папская революция была похожа на атомный взрыв, который расколол немецкое христианство на две части: церковь в виде независимой, доступной, корпоративной, законной организации, и светский порядок, распадающийся на различные общественные институты. Церковь образовала единую государственную структуру, подчинявшуюся единой системе права, а именно каноническому праву. Будучи церковью и создавая таким образом духовную сферу, она находилась настолько близко к божественному началу, насколько это возможно в этом мире. Каноническое право церкви было, конечно, человеческим правом; кроме того, отражение естественного и божественного права входило в его обязанности. Светский порядок, однако, был менее совершенным, более примитивным, более приземленным. Поэтому его закон был более привязан к иррациональным факторам, власти, суеверию, упадку. Тем не менее он обладал способностью к перерождению, мог восстанавливаться. Церковь могла помочь привести его в более полное соответствие с естественным правом. Каноническое право могло служить моделью для светского правового устройства.

Каждый вид светского права был более или менее ограничен рамками определенного типа отношений в обществе: феодальное право — феодальными отношениями, городское — городскими, королевское — королевскими и т.д. Это отличало светское право от церковного, юрисдикция которого, хотя и ограниченная, распространялась на определенные виды проступков, независимо от того, кто и где их совершил. Задачей светского права было возвысить и преобразовать общественные отношения, которые оно регулировало. Феодальные отношения подверглись воздействию правовых концепций взаимных обязанностей лорда и вассала. Концепция помещичьих отношений заключалась в подчинении лорда помещичьим обычаям его предков. Концепции кредита, партнерства и совместных предприятий отразились на торговых отношениях. Городские отношения изменились под воздействием идеи свобод граждан и конституционного характера вхождения в общину на основе присяги. Отношения короля и подданного были преобразованы правовыми концепциями подчинения короля закону, а также права и обязанности подданного не только не повиноваться, но даже убить тирана.

Таким образом, светское устройство должно было подвергнуться анализу и регулированию. Была создана новая политическая наука, представленная прежде всего в работах великого писателя XII в. Иоанна Солсберийского, который проанализировал характер правления, ответственность правителей, способ выбора правителей и обязанности подданных по отношению к ним. Церковники, включая последователей римского права и канонистов, внесли

свой вклад в теорию суверенитета и конституционных ограничений власти правителей.

Светское право, включая феодальное, поместное, торговое, городское и королевское право, основывалось на обычае и, следовательно, гораздо меньше подверглось пересмотру учеными-юристами, чем церковное право. (Ситуация с римским правом была совершенно иной, оно было научной дисциплиной, преподаваемой в университетах, а не установленным государством правом; оно обычно не подвергалось изменениям — во всех этих аспектах оно было аналогично истории права. И в то же время римское право представляло собой идеальный закон, с которым должно было согласовываться все позитивное право, а также дополнительное право, которым можно было заполнить пробелы.) Тем не менее светское право подверглось радикальным изменениям в конце XI и начале XII вв. Оно менялось по решению светских правителей, а также под влиянием ученых-юристов. Оно было систематизировано, а затем пересмотрено. Церковь сознательно пошла на внесение изменений.

В период между 1050 и 1200 гг. Западная Европа пережила становление феодального права как целостной системы. Феодальные права и обязанности стали более объективными, менее произвольными, более точными. Они стали более универсальными, более общими, более единообразными. В качестве примера можно привести права и обязанности по наследованию, отчуждению феода, замене феодальных обязанностей денежными выплатами. Вдобавок появилась в большей степени развитая взаимность прав лорда и вассала: лорд должен был защищать и поддерживать вассала, в то время как вассал должен был управлять феодем. В том случае, если лорд нарушал обязательства перед вассалом, последний имел право отказаться от своей зависимости от лорда посредством формальной процедуры выражения недоверия (*diffidafio*). Вассал принимал участие в отправлении лордом правосудия при рассмотрении судебных дел. Таким образом, феодальный закон дал Западу первый светский опыт взаимности юридических обязательств между лицами, стоящими на более высокой и более низкой ступенях общественной лестницы. В конечном итоге феодальное право приобрело характер отчетливой и цельной юридической системы, обладающей внутренне интегрирующими элементами и имеющей склонность и способность со временем развиваться далее. Оно, конечно, было менее систематизированным и целостным на уровне сознания и не столь профессиональным или научным, чем каноническое право, и в основном оставалось обычным правом. Тем не менее оно развивалось в направлении, проложенном каноническим правом.

Правовой режим отношений между лордом и вассалом отличался от правового режима отношений между лордом и крестьянином. Отношения последнего типа включали в себя манориальные обычаи. Характерно, что западный помещик не был владельцем, находящимся в отсутствии, или простым сборщиком налогов, как это было во многих незападных феодальных системах; лорд жил в своем поместье, наблюдал за тем, как оно управляется, и управлял им политически. Крестьянин мог быть крепостным или свободным, но в любом случае по манориальному праву у него были свои права. Например, все крестьяне, включая и крепостных, принимали участие в процедурах манориального суда.

В отличие от феодального права манориальное право не обеспечивало взаимных договорных обязательств между лордом и крестьянином. Однако крестьяне оказывали групповое давление, чтобы выговорить себе более выгодные условия, и такие условия имели силу взаимных уступок, которые совершались при условии лояльности сторон. Такое положение подкреплялось юридическим правом крестьянина, будь то крепостной или свободный, иметь в своем распоряжении землю. При этом арендная плата, налоги и услуги, которые должны были оказываться крестьянами, устанавливались обычаем, и споры об их размерах и характере должны были решаться в рамках манориального права. Манориальный суд, в котором крестьяне принимали решения наравне с лордом, занимался уголовными и гражданскими делами, и существовали дела, принимавшие решения в пользу крестьян. Крестьяне оставались бедными и угнетенными, но, тем не менее, у них были права в рамках юридической системы. Крестьянин являлся личностью, членом манориальной общности, частью того, что называлось “всем миром”. Со временем положение крестьянина улучшилось, когда он обнаружил, что он может избежать своего положения и найти свободу в городе или в монастыре, или школе, а то и присоединиться к забастовке или восстанию. В XIV—XV вв. крестьяне стали поглощать поместья, и манориальная система исчезла. Право помогло проложить путь такому развитию событий. Признание крестьян, включая и крепостных, в качестве “граждан” манориальной общины было внутренним вызовом крепостничеству задолго до появления движения, приведшего к его отмене.

Феодальное право и манориальное право с неизбежностью должны были исчезнуть. При этом манориальное право должно было исчезнуть совсем, а феодальное право остаться как окаменевший обычай, долго существовавший еще после того, как феодальные экономические и политические отношения потеряли свою жизненность. С другой стороны, у торгового права явно имелось будущее. Этот вид права также был систематизирован в конце XI и в начале XII вв., когда стали расцветать торговля в сельской местности, а затем торговля с зарубежными странами и между городами внутри страны. Таким образом, капиталистическое торговое право возникло как близнец феодального и манориального права.

В то время, когда между 1050 и 1200 гг. общее население Европы, возможно, удвоилось, городское население Европы увеличилось в 10 раз, возникли купеческие гильдии. Большое количество путешествующих купцов торговали на рынках и ярмарках. В результате, для совершения торговых сделок повсюду на Западе на более или менее однородной основе развилась сложная система юридических институтов.

Среди характерных понятий и приемов торгового права, развившегося в XII в., были понятия добросовестного покупателя (чьи права на товары были более существенными, чем права продавца), символическая доставка товаров посредством передачи документов, доверенность, не подкрепленная документами, юридический характер неформальных договоров и совместные предприятия. Более того, эти характерные черты торгового права, которые сформировали структуру правового корпуса и которые с течением времени развивались как обычаи, были кодифицированы и подверглись толкованию. Но-

тариально заверенный контракт об обмене превратился в переводной вексель, нотариально заверенное обещание об уплате превратилось в простой вексель. Морской и бодмерейный займы превратились в некий вид страхования, банкирские письма превратились в аккредитивы. Как в случае канонического права, и, в меньшей степени, в случае феодального и манориального права, торговое право производило впечатление непрерывного сотрудничества последующих поколений, в данном случае купцов, в создании и развитии живой и растущей отрасли права. Тысячи новых городов Европы тоже создавали свой собственный тип права, у которого также были качества объективности, универсальности, взаимности, участия, целостности и развития. Большинство старых городов Римской империи превратились в деревни и были вновь основаны в конце XI—XII и начале XIII вв. Характерно, что новые города принимали вид договорных общин на основе данной клятвы и имели хартии свобод, данные им королями или феодальными лордами. Эти новые города имели ярко выраженный общинный характер, подразумевающий обязательства взаимопомощи, взаимной защиты, общих судов, общего согласия на выборы чиновников и участия в собраниях, советах и арбитражных процедурах. Обычно они были свободны от обязательств перед феодалом. В этом тоже заключались важные источники западной конституционной системы, особенно в области гражданских прав и свобод граждан.

Наконец, вслед за Папской революцией возник новый тип королевского права. С исчезновением духовной власти короля над церковью он стал править как светский властитель, чьими основными обязанностями считались поддержание мира и установление справедливости в его владениях. Папская революция, лишив императора и королей их священного характера и их роли в качестве верховных властителей церкви, свела их статус к положению временных монархов. В то же время это усилило королевскую власть, поскольку она стала подкрепляться новым территориальным понятием королевства, что помогло превратить вождей кланов в феодальных лордов, верховных властителей в данном географическом районе. Ранее короли по большей части управляли своими магнатами и самыми крупными владельцами недвижимости напрямую и только через них косвенно управляли местными и племенными вождями, вассалами вассалов и всеми подданными вообще. В XII и XIII вв., став территориальными правителями, они начали управлять своими подданными напрямую, посредством королевских чиновников, которым поручалось осуществлять более или менее специфические функции, например, королевских судей и сборщиков налогов. Эти королевские чиновники управлялись и регламентировались королевским правом. Подобно папе Римскому, короли Европы начали управлять при помощи наместников, которые были профессионалами, а не более мелкими королями, и которые формировали постоянные правительственные управления, такие, как канцелярии, казначейства и суд. Государственное управление превратилось в четкую деятельность, которая была нечто меньшее, чем политика в целом, что было прерогативой королевской власти, но чем-то большим, чем набор отдельных правительственных учреждений.

То, что развитие королевского права в XII—XIII вв., включая герцогское право в герцогствах и других автономных территориях, испытало сильное

влияние и в действительности было частью Папской революции, продемонстрировано поразительными параллелями между различными системами королевского права, с одной стороны, и каноническим правом — с другой. Так же как папа Григорий VII в 1075 г. впервые продекларировал власть папы создавать новые законы (*condere novas leges*), так и впоследствии во всех королевствах Запада монарх превратился в создателя законов (*conditor legum*, как он назывался в середине XII в. в Норманнской Сицилии). Ассизы Ариано, статуты мира в Германии, законы о собственности британских королей, французские законы и указы отражали новые убеждения в том, что у монарха есть право и обязанность устанавливать законы. Аналогично тому, как папская курия превратилась в профессиональный судебный орган в начале XII в., так впоследствии в различных королевствах королевская курия превратилась из собрания знати в судебный орган. Точно так же, по мере того как каноническое право становилось все более структурированным и научным, благодаря работе Грациана и его последователей постепенно создавались и структурированные системы королевского права, которые, подобно каноническому праву, органично развивались при помощи толкования и новых законодательных актов. Гражданское право повсеместно отделилось от уголовного права. Рациональные методы доказательства повсюду вводились, чтобы дополнить или заменить собой старые методы принесения клятвы или “божьи суды”. Повсюду развивались аналогичные базовые юридические понятия правосудия верхней и нижней судебной палат и права на владения.

В различных королевствах Европы начали создаваться корпуса королевского права, появились авторы по юридическим вопросам, которые видели в системах королевского права (так же, как ранее юристы понимали системы сначала римского права, а потом канонического) взаимосвязанный набор правил и институтов. Глэнвилл и Брактон в Англии, Эйке фон Репгау в Германии, Бомануар во Франции и другие “суммировали законы” своих соответствующих форм территориального правления в фундаментальных трактатах. Но и до того времени сами законы вводились в жизнь с учетом их взаимосвязей. Ассизы Ариано короля Рожера II Сицилийского в 1140 г. в самой первой статье объявляли, что принцип различия в законах должен и может быть примирен при помощи толкования. Толкование, стремление к последовательности и рациональности, “уточнение определения”, систематизация, взгляд на закон как на сложное единство, основанное на синтезе противопоставленных элементов, превратились в важные черты королевского права точно так же, как в прежние времена они принимались как важные стороны римского и канонического права со времен Ирнерия и Ивона, Азо и Грациана.

В понятие корпуса законодательства было заложено представление о его развитии. В прежние времена законодательство каждого из германских правителей, каждая великая “кодификация” понимались как общее резюмирование народного права, которое отменяло законы, существовавшие прежде. По окончании XI в. новое право королей предполагало продолжение существования предыдущих законов и, более того, строилось на них. Закон как бы расширялся и развивался по мере того, что некий король что-то добавлял к законодательству, созданному его предшественниками. Возможно, самыми

поразительными примерами этого являются, во-первых, органическое развитие сицилианского законодательства от законов Рожера II (Ассизы Ариано) к законам его сыновей, а затем и его внука Фридриха II (*Liber Augustalis*), во-вторых, серия законов о владении и другие указы, изданные английскими королями со времен Генриха II и до правления Ричарда, Иоана и Генриха III.

Концепция органического развития закона ассоциировалась с принципом законности. Считалось само собой разумеющимся, что король правит по закону. “Земля должна стоять на законе”, — так начинается первый скандинавский свод законов. В то же время правление по закону поддерживалось в теории, но не всегда на практике, широко распространенной верой в правление закона. Это убеждение, признаваемое в XII в. Иоанном Солсберийским и другими, а в XIII в. Эйке фон Репгау, Брактоном, Бомануаром и другими, заключалось в том, что сам король ограничен законом и что подданные короля в некоторых случаях даже могли иметь право не подчиняться ему, если его приказ был незаконным. Во-первых, это убеждение прежде всего основывалось на теологическом убеждении, что сама Вселенная подчинена закону.

Во-вторых, оно основывалось на дуализме светской и духовной власти, что налагало как практические, так и теоретические ограничения на каждую из этих властей. Каждое королевство Европы, включая даже Норманнскую Сицилию, испытывало трение между папской и королевской властью. Даже самые могущественные светские властители должны были беспрестанно принимать в расчет мнение папы не только в международных делах, но и во внутренней политике, включая и развитие юридических систем. Частично такое положение проистекало из того факта, что в течение всего XII в. и, в меньшей степени, XIII в., другими словами, в ту эпоху, когда формировалась западная политическая и юридическая мысль, высшие чиновники короля занимали высокое место в церковной иерархии и в силу этого имели собственные обязательства перед Римом.

В-третьих, убеждение в верховной власти закона коренилось в плюрализме, свойственном светским властям внутри каждого королевства и особенно в диалектических трениях между королевской, феодальной и городской формами правления. Это обстоятельство также являлось частью абсолютного реформирования папской власти. Само разделение между светской и духовной формами правления предполагало наличие многих светских властей внутри одной духовной власти, что, в свою очередь, предполагало взаимодействие между светскими властями. Плюрализм светских властей внутри каждого королевства был не только теоретическим понятием, но и всепроникающей политической, экономической и социальной реальностью. Города Европы строились на основе общинного самоуправления и свобод граждан. В свою очередь, феодальные власти постоянно сопротивлялись королевскому вмешательству в их собственные привилегии. Пройдет много столетий, прежде чем королевский абсолютизм сможет стать возможным в большей части Европы. Тем не менее пример Сицилии является ярким доказательством, что тирания была возможна, несмотря на большую экономическую, политическую и социальную децентрализацию, и что повсеместное убеждение в верховенстве

закона было, следовательно, не просто отражением материальных условий, но также и играло позитивную роль в поддержании подобных условий.

В-четвертых, убеждение в верховенстве закона было тесно связано со взаимностью обязательств между теми, кто был наверху и внизу феодальной иерархии, и принятием диалектического взаимодействия между центральными и местными властями и между чиновниками и народными органами управления. Право вассала бросить вызов своему лорду и право крестьянина полагаться на манориальные обычаи были важными факторами в развитии юридического сознания, которые можно было противопоставить произволу власти.

Взаимодействие между центральными и местными властями зависело от развития понятия и практики передачи власти. В XII в. почти во всех частях Европы возникли королевское чиновничество местного уровня (baillis, Richter) и разъездные судьи. Они не заменяли местных лордов и другие местные власти, а, скорее, делили с ними власть. Почти везде появилось также взаимодействие между королевскими судьями и другими королевскими чиновниками, с одной стороны, и простыми людьми — с другой стороны (судебные советы знатных людей — Schoeffen). Существование различных форм народного участия в отправлении правосудия было важным и, в конечном итоге, может быть, необходимым фактором как в успешном создании системы королевского права, так и в поддержании его верховенства над произвольным использованием власти самим королем.

ЗА ПРЕДЕЛАМИ МАРКСА, ЗА ПРЕДЕЛАМИ ВЕБЕРА

Отдельные части материала, изложенного в этой книге, хорошо известны специалистам в различных областях истории и права. Однако повествование как целое крайне необычно и во многих отношениях противоречит традиционным, устоявшимся представлениям. Оно противоречит обычной периодизации истории Запада. Оно рассматривает историю западной цивилизации как целое, а не как историю отдельных наций. Оно усматривает современные черты в том, что в общем считается досовременной эпохой. Оно отрицает преимущественно феодальный характер того феномена, который обычно называется эпохой феодализма, и рассматривает феодальное и манориальное право как типы права, скорее дополняющие, а не противостоящие торговому, городскому и королевскому праву. Оно возводит корни западной традиции права к решительному отделению церковного политического образования от светской власти и к формированию внутри церкви современной западной правовой системы. В этих и других отношениях повествование, рассказанное здесь, должно прийти в противоречие с широко принятыми исходными посылками, взглядами и теориями, затрагивающими не только историю Запада, но также и природу самой истории. Эти исходные посылки, взгляды и теории предполагают совершенно иное повествование, которое фактически не подтверждается специальными историческими исследованиями последних двух поколений. Поэтому на этих заключительных страницах необходимо прямо выступить против некоторых теоретических препятствий для полного понимания формирования западной традиции права и сформулировать некоторые теоретические выводы из повествования, изложенного в этой книге.

Большинство образованных людей все еще делят историю Запада на периоды классической античности, упадка и гибели Римской империи, средних веков и Нового времени (начиная с Возрождения и Реформации). Они склонны рассматривать Новое время под углом зрения истории отдельных наций,

составляющих западную цивилизацию, а на средние века смотрят как на субстрат, из которого возникло Новое время. Тот факт, что Ренессанс и Реформация XV и XVI столетий были направлены против более ранних Возрождения и Реформации XI и XII столетий, только начал вновь входить в историческое сознание, с тех пор как Запад переживает окончание не только Нового времени, но также и всего тысячелетия, половину которого оно составляет. Наконец, становится все более широко признанным, что более ранние Возрождение и Реформация представляли собой первый великий поворотный пункт в истории Запада, являвшийся источником не только западной традиции права, но и других главных аспектов западного социального мышления и деятельности.

Заблуждения традиционной периодизации истории Запада тесно связаны с гипертрофированным национализмом XIX столетия, когда впервые стали писать научную историю. На деле смыслом появления научной истории было во многом стремление проследить развитие собственной нации какого-либо автора от племенных и феодальных истоков к славе и величию тогдашнего времени. Сегодня националистическая историография во многих областях отстывает. Однако в праве, и особенно в английском, националистическая историография все еще господствует. Подчеркиваются отличительные черты каждой национальной правовой системы в рамках западной цивилизации, а их общие черты затушевываются. Несмотря на их общие источники, каждая национальная правовая система на Западе все еще превозносится ее приверженцами за ее неповторимые качества, которые, как утверждается, соответствуют уникальному характеру и уникальной истории конкретной нации, правом которой она является. Истоки сравнительного права лишь в слабой мере противодействовали этой тенденции с их традиционным делением западных правовых систем на “континентальные европейские” и “англо-американские”. В последнее время была добавлена новая “семья” — “социалистическое право” Советского Союза и Восточной Европы. Истина, однако, состоит в том, что все они являются ветвями одного и того же семейного дерева. Все западные правовые системы — английская, французская, германская, итальянская, польская, венгерская и другие (включая с XIX столетия русскую) — имеют общие исторические корни, из которых они выводят не только общую терминологию и общие методы, но также и общие понятия, общие принципы и общие ценности.

Помимо влияния националистических заблуждений, правовая историография страдала также от заблуждений религиозного характера, как протестантских, так и католических, которые мешали видеть преемственность между католическими средними веками и постреформационной современной европейской историей. К ним добавились также заблуждения Просвещения, которое открыло, что Возрождение было явлением, одновременным с Реформацией, а также заблуждения марксистской теории, открывшей, что рост капитализма имел место одновременно с Возрождением и Реформацией. Непонимание преемственности между средневековьем и современностью мешало также увидеть разрыв преемственности между периодами до и после Григорианской реформы католической церкви в конце XI и начале XII столетия. В результате совершенно забылось, что субстратом западной правовой

традиции было коммунитарное народное право германских, кельтских и других народов Европы VI—XI вв.

Понять формирование западной традиции права помешало также возникновение в конце XVIII — начале XIX столетия другой разновидности историографии, тесно связанной с новой наукой — социологией. Эта новая историография иногда называется “социальной и экономической историей” и иногда “социальной теорией”. Среди ее пионеров были Монтескье, Гегель, Сен-Симон, Конт, Токвиль и др. Ее более поздними мэтрами были Карл Маркс в середине XIX столетия и Макс Вебер в конце XIX — начале XX в. Эти теоретики общества, в отличие от ученых-историков, стремились объяснить историю с точки зрения социальных и экономических сил, действовавших за фасадом политических и идеологических событий. Ученые-историки рассматривали этих теоретиков как “ненастоящих” историков, однако теоретизировали они на предмет настоящей истории, а именно истории Запада.

Теоретики общества XIX — начала XX столетия особенно интересовались объяснением революций, периодически прерывавших ход социальной эволюции. Маркс в особенности разработал всеобъемлющее понятие революции, которое развивает и данная монография. Он видел революцию как тотальную социальную, экономическую, политическую и идеологическую трансформацию общества и самого человека¹. Однако исторический материализм Маркса вел к упрощенному объяснению причин великих европейских революций и ограниченному определению общественных классов по принципу их отношения к средствам производства. Поэтому он ошибочно понял протестантскую Реформацию и целиком упустил из вида Папскую революцию. Кроме того, Маркс прямо экстраполировал историю европейских народов на историю человечества без достаточного учета важности опосредующей роли культур, например западной, исламской, китайской. Как отмечает Роберт Такер, “для Маркса реальная общественная единица — это человечество в целом как вид... все социальные революции — это мировые революции”². Таким образом, Маркс неосознанно отождествлял историю Запада с мировой историей. Его знаменитое выражение: “Революции — это локomotивы истории”, которое было справедливо для Запада, не было в то время справедливо для незападных культур. Но отчасти и оттого, что такое высказывание было им сделано, оно с тех пор стало верным для некоторых незападных культур.

Несмотря на бунт против традиционной историографии, теоретики общества просто приняли господствовавшую периодизацию истории Запада. Считалось, что она разделяется на средние века, начавшиеся в неопределенное время в прошлом, и Новое время, начавшееся приблизительно в XVI (а может, в XVII, в XVIII) столетии. Однако при этом их не оставляло предчувствие, что современный период новой западной истории сменится какой-то новейшей эпохой.

Теоретики общества усматривали в социально-экономическом строе средних веков конкретное содержание. Они называли их эпохой “феодализма”. Новое время, в противоположность этому, стало рассматриваться как эра “индивидуализма” или “капитализма”, в зависимости от того, что счи-

талось первичным: социальные или экономические ценности. Теоретики общества стремились проанализировать последовательные типы общественного строя и объяснить, как и почему они появились. Они использовали исторический и сравнительный метод для создания универсальной науки социальной эволюции. Маркс утверждал, что любое общество движется в направлении перехода от “азиатской” или рабовладельческой экономики к феодализму, от феодализма к капитализму, а от капитализма к социализму. Эту последовательность он считал неизбежным следствием динамики классовой борьбы. Понятие феодализма было центральным в этой теории, утверждающей, что из конфликта между крестьянством, привязанным к земле, и феодальным господствующим классом в конечном счете возник новый конфликт между промышленным пролетариатом и капиталистическим господствующим классом, а из этого последнего столкновения суждено выйти бесклассовое социалистическое общество.

Многие немарксисты также приписывали феодализму универсальную значимость, рассматривая его как стадию в развитии многих культур. Считается, что японская и русская культуры в особенности пережили феодализм в течение “средневекового” периода своей истории. Исследование феодализма как общемирового явления дало интересные и ценные результаты, однако оно слишком универсально, чтобы дать нам точное знание. За ним таится этноцентристский вопрос: “Какие черты средневековых западных обществ имеют существенное значение для универсального определения феодализма?” Большинство специалистов в области социальной и экономической истории подчеркивали четыре таких признака: подчиненное крестьянство, привязанное к земле (серваж); специализированный военный класс (рыцарство); раздробленная политическая власть, находящаяся в руках земельной аристократии (сеньория); и распределение власти и привилегий среди аристократии посредством системы вассалитета и зависимого ленного владения землей (феоды). Затем они искали параллели в других культурах. Это может быть названо формой научного империализма.

Из большинства традиционных определений феодализма опущено всякое упоминание о: 1) системах верований людей, живущих при феодализме; 2) соотношении церковных и светских властей в феодальных системах; 3) типах правовых теорий и правовых институтов, господствовавших в феодальных обществах. Эти пробелы оставляют исследователя без каких-либо ориентиров для оценки общего значения идеологии, политики и права при феодализме. Хотя, по меньшей мере применительно к западному феодализму, нет сомнения, что все три феномена играли важнейшую роль в социальном строе, взятом как целое. Даже если рассматривать идеологию, политику и право в качестве определенной надстройки на экономическом базисе феодального способа производства, остается ключевой вопрос: “Как и почему западный феодализм создал тип надстройки, весьма отличный от японского или русского феодализма?”

Для Маркса существенными элементами феодализма были, во-первых, мелкое сельскохозяйственное производство с зависимым землевладением (мелкое производство) и, во-вторых, подчиненное крестьянство, привязанное к земле (крепостное право). Это позволяло господствующему фео-

дальному классу извлекать прибавочную стоимость из крестьянского труда. Другие аспекты феодального землевладения в том виде, как они существовали на Западе в период его расцвета, такие как вассалитет, рыцарство и раздробленная публичная власть, не являлись для Маркса определяющими чертами феодализма. Он видел феодализм, как и капитализм, сквозь призму его конфликтов, а не внутренних взаимосвязей. Больше того, Маркс не проявлял интереса к тому факту, что важную роль в экономике феодальной эпохи на Западе играли деньги и торговля и что в XII и XIII столетиях наряду с мелким производством существовала процветающая городская цивилизация с тысячами городов. Нынешние марксисты по меньшей мере этого не отрицают (не могут отрицать), но они в общем не признают, что это имеет большое значение. Они продолжают опираться на постулат Маркса о непримиримом антагонизме между более или менее статичными, натуральными формами сельскохозяйственного производства и расширяющимися на основе торговли городскими экономическими формами, что в конечном итоге приводит к свержению первых (феодализма) вторыми (капитализмом).

К несчастью для этого марксистского анализа, феодальный способ производства, т.е. манориальная система, потерпел крах по всей Европе к концу XIV столетия, а капиталистический способ производства, как определял его Маркс, появился только в XVII или самое раннее в XVIII столетии. Тем самым остается “переходный” период продолжительностью около трех или четырех столетий, в течение которого развивалась централизованная государственная власть, а именно абсолютные монархии Европы. Функцией новых национальных государств, согласно марксистской теории, было подавление крестьянства, “поскольку местные органы феодальной власти больше не существовали”³. Таким образом, утверждается, что, хотя политическая система изменилась полностью, социально-экономическая система осталась той же самой. “Господствующий класс, — говорит один из ведущих марксистских историков, — оставался тем же самым, точно так же, как республика, конституционная монархия и фашистская диктатура равно могут быть формами господства буржуазии”⁴. Действительно, при таком подходе история пишется очень размашисто!

В основе марксистской интерпретации феодализма лежит постулат, что политическое господство есть, по существу, орудие, с помощью которого экономически властвующий класс обеспечивает свое доминирование. Следовательно, форма, которую принимает политическое господство, и особенно правовая форма, является лишь инструментом такой классовой власти. Как писал соратник Маркса Фридрих Энгельс, “юрист воображает, что оперирует априорными положениями, а это всего лишь отражение экономических отношений”⁵. Утверждается, что экономика, а точнее, экономические интересы господствующего класса составляют “материальный базис” всякого общества. Политика и право являются лишь частью “идеологической надстройки”, которая создается базисом, отражает его и служит его сохранению.

Эта схема не выдерживает, однако, столкновения с тем фактом, что право при так называемом феодализме не только поддерживало господствовавшие отношения власти и подчинения между господином и крестьянином, но также бросало им вызов. Право было орудием не только укрепления, но

также и ограничения власти феодальных господ. Первые профессиональные юристы Запада — профессора в университетах, судьи, юристы на службе у пап, епископов или императоров, королей и феодальной аристократии — поднимали вопрос, когда и каким образом воля правителя, если она противоречит праву, может не признаваться. Это был не просто философский вопрос. Это был вопрос, заключенный в самой создававшейся тогда системе политической власти, которой было присуще то, что сегодня было бы названо “сдержками и противовесами” и что вытекало из дуализма и плюрализма политических властей в рамках одного и того же социального и экономического строя.

Более искушенные марксистские историки признают существование традиции “законности” и “верховенства права” на Западе, но, за немногими исключениями, утверждают, что она не имеет основополагающего исторического значения⁶. Они, как, например, Родни Хилтон, допускают, что возникновение в Западной Европе в XII и XIII столетиях политически и юридически автономных городских сообществ отличало “европейский феодализм... от других его форм”⁷. Но, добавляет далее Хилтон, было бы ошибочным ассоциировать коммунальную независимость с развитием нового капиталистического способа производства или с какими-либо существенными изменениями в классовых отношениях господ и крестьян. Поэтому, делает он вывод, это не имеет теоретической важности. То же самое он в общем сказал бы и о законности. Право и даже политика, с его точки зрения, являются частью надстройки, частью идеологии, т.е. они отражают, но не определяют состояние экономических сил в обществе. Последние составляют основополагающую реальность (“бытие”), право, по его определению, сюда не относится — оно только часть “сознания”. Эта догма определяет характер всей аргументации.

Однако если различные формы феодализма, по словам Хилтона, обуславливают различные правовые системы, то что же сделало феодальное право в Западной Европе, например, столь отличным от феодального права России или Японии? Что породило на Западе феодальный договор с его взаимностью прав и обязанностей между господином и вассалом; ленничество с его дарованием владения на условиях службы; манориальную курию, в которой хозяин манора, бейлиф и другие должностные лица, с одной стороны, и крестьяне — с другой, регулировали свои конфликтующие классовые интересы? Наверняка это был не феодализм как таковой, ибо феодализм успешно существовал и в других странах без этих правовых понятий и институтов.

Но больше того, само развитие экономической системы в Западной Европе очень отличалось от экономического развития России и Японии. Поэтому не могли ли различия в правовых системах этих трех культур играть важную роль в изменениях в экономических системах, а не наоборот? Если так, то схема базиса и надстройки становится весьма проблематичной. Фактически развитие права на Западе в период существования того, что называется феодализмом, включая конституционное право, право собственности и другие составные части правовой системы, было существенной предпосылкой для экономических изменений с XVII по XIX столетие, которые марксисты отождествляют с капитализмом.

Историография имеет основополагающее значение для теории. Если историография ошибочна, теория терпит крах вместе с ней. Если главные черты современного западного права, главные правовые понятия, институты и процессы возникли в конце XI и в XII столетии — в зените того явления, которое теоретики общества, начиная с Просвещения и Французской революции, называют эпохой феодализма, тогда этот факт сам по себе является веским опровержением традиционного материалистического взгляда как на право, так и на историю.

Для тех, кто не является историческим материалистом, это опровержение может не представлять интереса. Однако речь идет не только об историческом материализме. Различие между феодализмом и капитализмом приобрело важное значение для модернистов вообще и особенно для тех, кто считает Новое время прелюдией к новому и совершенно иному будущему. В этом контексте понятие феодализма переводится в понятие традиционных обществ или доиндустриальных обществ, которые считаются более или менее статичными, более или менее природно-обусловленными, тогда как капитализм, а теперь и социализм ассоциируются с динамичными обществами, характеризующимися “модернизацией” и “индустриализацией”. Так, по-видимому, смотрят сегодня на мир очень многие образованные люди.

Однако в действительности Западная Европа в период с конца XI до начала XVI столетия была традиционным обществом, переживавшим быструю и динамичную экспансию и развитие в экономике, а также во многих других сферах социальной жизни. Это противоречит точке зрения, разделяемой не только многими марксистами и неомарксистами, но также теоретиками общества других школ. Так, антимарксистский историк-экономист Ю. Росту утверждал, что нынешние традиционные общества в Азии и Африке сами по себе неспособны на существенные сдвиги и что они нуждаются во “внешнем толчке” или “стартовой помощи” в виде резкого увеличения капиталовложений и создания новой предпринимательской элиты⁸. Это соответствует распространенной (но ошибочной) точке зрения, что феодальная экономика средневековой Европы оставалась статичной до того, как она получила внешний толчок от расширения городов и торговли в XVI столетии. В действительности в конце XI — начале XII столетия произошел огромный рост сельскохозяйственного производства. Историки ныне говорят о “первом феодальном периоде” и “втором феодальном периоде”⁹. Затем в XIV столетии наступил закат вассальных отношений, отмерла манориальная система, а земельная рента и другие формы отношений собственности были использованы для создания того, что гораздо позже было названо “сельскохозяйственным капитализмом”.

Английский историк-экономист Перри Андерсон попытался объяснить с марксистской точки зрения тот факт, что только в Европе капитализм возник из феодализма. Он связал это развитие с отличительными чертами европейского феодализма, которые другие марксисты часто рассматривали как составную часть скорее надстройки, чем экономического базиса. Андерсон утверждает, что различие между надстройкой и базисом не применимо к феодализму. “В докапиталистических обществах, — отмечает он, — “надстроечные явления” родства, религии, права или государства по необходимости входят в определяющую структуру способа производства”¹⁰.

Как представляется, признание единства права и экономики в феодальной Европе ставит под сомнение весь марксистский анализ. Впрочем, марксистское различие между базисом и надстройкой может быть спасено другим способом, а именно путем ограничения его применимости периодами краха общественной структуры. Думается, марксисты согласятся, что во всех обществах экономические и правовые институты тесно переплетены. Например, собственность (право собственности) естественным образом имеет и экономический и правовой аспекты, которые неразрывно взаимосвязаны. Тем не менее в определенные эпохи может произойти разрыв этих двух аспектов, и, возможно, Маркс имел в виду именно такие эпохи, когда он различал собственность в экономическом смысле, а именно экономическую власть, и собственность в правовом смысле, т.е. право собственности. В самом деле, ключ к правильному пониманию Марксовой социальной философии, возможно, состоит в том, что он интерпретировал всю историю в свете теории, которую следовало бы применять главным образом к революционным эпохам.

Это помогло бы также объяснить, почему Маркс перенес идею причинности, характерную для XIX в. и выведенную из естественных наук, на историческое развитие. Он искал научные законы истории, аналогичные научным законам физики и химии, и нашел такие законы в историческом материализме, например закон, что в каждом обществе способ производства обуславливает классовые отношения между собственниками средств производства и несобственниками, что в свою очередь определяет политическое развитие общества. Эта монистическая формула, которая представляется сверхупрощенным методом объяснения сложных явлений в нормальной социальной жизни, исполняла две важные функции в философии Маркса: объясняла революционные истоки существующих институтов и идеологических представлений и давала основу для революционной атаки на них. Сегодня, однако, теории причинности даже в физике и химии являются более сложными, а в социальной теории стало все труднее говорить о законах причинности вообще. Более уместно и полезно говорить о взаимодействии политики, экономики, права, религии, искусства, идей без расчленения этих нераздельно взаимосвязанных сторон общественной жизни на “причины” и “следствия”. Это не означает, что мы отрицаем тот факт, что какие-то цели и интересы важнее других. Нет необходимости отступать с позиций детерминизма на позиции релятивизма. Истина, по-видимому, состоит в том, что экономические факторы более весомы в одни эпохи и в одних регионах мира, политические факторы — в других, религиозные — в третьих, правовые — в четвертых и так далее и что решающее значение во все времена и во всех регионах имеет способ взаимодействия этих различных факторов.

С этой точки зрения блестящие, хотя часто нечеткие по смыслу, работы по праву крупного немецкого обществоведа Макса Вебера (1864—1920) продвинулись вперед по сравнению с классической марксистской мыслью. Вебер отверг то, что он именовал “эволюционным догматизмом марксизма”¹¹, особенно утверждение Маркса, что все общества проходят через последовательные стадии развития от “азиатского”, или рабовладельческого, способа производства к феодализму, капитализму и социализму. Он также отверг марк-

систский исторический материализм с его экономическим детерминизмом. “Если мы посмотрим на причинные связи, — говорил он в 1910 г., — то увидим, что они ведут в один период времени в направлении от технических факторов к экономическим и политическим, в другой — от политических к религиозным и экономическим (ets). Нет остановки в движении. По моему мнению, часто высказывавшаяся точка зрения исторического материализма, что экономика является в некотором смысле первичным звеном в цепи причин, полностью исчерпала себя как научное положение”¹².

Больше того, Вебер, в противоположность Марксу, подчеркивал уникальный характер современного западного общества и “универсальную важность и значимость направления его развития”¹³. Он объяснял неповторимость и значимость современного западного общества уникальными факторами, которые имели место уже в досовременный, докапиталистический, допротестантский период европейской истории. Для Вебера западный феодализм, средневековый западный город и другие черты “традиционного” (в противоположность “рациональному”) средневекового западного общества заключали в себе силы, которые отсутствовали в традиционных обществах других мировых культур и которые в конечном счете оказались способны трансформировать Запад¹⁴.

Таким образом, Вебер смог осознать неповторимый характер и уникальную важность раннего развития западного права, а также его значения для следующего экономического развития. Только Запад, утверждал он, имел опыт вполне развитой системы народного правосудия, правовое регулирование статусных групп при феодализме, механизм конституционного контроля над властью государя со стороны сословий. Только на Западе произошла замена системы личных законов “естественным правом”, а также имели место последовательные рецепции римского права. “Все эти процессы... имеют в других частях мира лишь самые отдаленные аналогии, — писал он. — Поэтому нигде, кроме Запада, не была вполне достигнута ступень, на которой право в решающей степени формировалось подготовленными специалистами права”¹⁵. Существование высокоразвитых, рациональных правовых институтов было, с точки зрения Вебера, необходимой предпосылкой возникновения капитализма. “Экономические условия, — писал он, — как мы видели, играли огромную роль в развитии общества, но нигде они не были решающими исключительно и сами по себе... Для тех, кто имел интересы на товарном рынке, рационализация и систематизация права в целом и... растущая возможность рассчитать функционирование правовых процессов, в частности, составляли одно из наиболее важных условий для существования... капиталистического предприятия, которое не может действовать без правовых гарантий”¹⁶.

В том, что Вебер отказался от марксистской концепции экономического детерминизма и от универсальной схемы социально-экономической революции или, по крайней мере, внес в них существенные оговорки, подчеркнул уникальность “универсальной важности и значимости” истории Запада, включая историю западного права, проявилось влияние первоначального юридического образования Вебера. Особенно важно было то, что он изучал теорию европейского права. Его первая ученая степень была по праву, он начал свою

деятельность с работы в берлинских судах. Затем Вебер вернулся в университет для получения более высокой ученой степени по праву, написав диссертацию о влиянии коммерческого права на торговые компании и ремесленные цехи в итальянских и других европейских городах с XII по XV столетие. После этого в возрасте тридцати лет он получил должность ординарного профессора экономики во Фрайбургском университете, а двумя годами позже стал профессором социологии в Гейдельбергском университете. Хотя впоследствии он прославился как социолог, и особенно как политолог и религиовед, его социологические теории всегда в большей мере опирались на правовую историю, и среди его наиболее важных работ была книга по социологии права.

Карл Маркс, напротив, хотя он также (на шестьдесят лет раньше Вебера) получил свою первую ученую степень в области права, обучаясь в Берлине у крупнейшего юриста Карла Фридриха фон Савиньи, восстал не только против исторического подхода Савиньи к праву, но и вообще против истории права и науки права¹⁷.

Влияние Вебера как теоретика общества, и особенно как социолога права, обусловлено главным образом его классификацией всех обществ на ряд типов. Каждому типу общества соответствуют определенные типы экономики, политической системы, права, религии и стиля в искусстве. Тем самым Вебер смог создать целостную картину структурных элементов конкретного типа общества и их взаимодействий. Однако различные типы общества описывались не как действительно существовавшие исторические типы, а скорее как “идеальные типы”, т.е. модели или парадигмы. Вебер утверждал, что их не следует искать в истории в “чистом” виде. Они не мыслились и как голые теоретические конструкции, а должны были хотя бы в приблизительной степени соответствовать действительному историческому опыту. Например, в идеальном типе права, характеризующемся как “формальной рациональностью”, право предстает как логически взаимосвязанная система абстрактных норм, на основе которой существенные факты конкретного правового дела или правовые проблемы могут быть квалифицированы, а последние — разрешены. Этот тип права, по Веберу, служит потребностям капиталистической экономики и находит выражение во многих чертах реально существовавших правовых систем капиталистических стран Запада.

Тем не менее, говорил Вебер, праву Англии, ведущей капиталистической страны Европы в XIX столетии, не была присуща формальная рациональность. Оно было примером частично “традиционного” типа права (основанного на унаследованной вере в священность духовных традиций) и частично “харизматического” типа (основывающегося на признании особо выдающихся качеств отдельных личностей, особенно судей). Таким образом, как представляется, различие между тремя идеальными типами права — формально рациональным, традиционным и харизматическим — имело целью, с одной стороны, выделить основные черты действительно существовавших правовых систем. С другой стороны, когда это различие оказывается не соответствующим исторической реальности, веберянцы могут ссылаться на его аналитическую или “эвристическую” ценность. Тот факт, что какая-либо конкретная система может подпадать частично под один и частично под другой идеальный тип, не смущает их.

Неопределенность понятия идеальных типов проявляется также в том, что они хорошо поддаются подтверждению историческими примерами, и плохо — опровержению. Сам Вебер использовал их то как описания действительно существовавших общественных систем, а то как простые аналитические конструкции.

Помимо трех идеальных типов права — формально рационального, традиционного и харизматического — Вебер постулировал также четвертый — “ценностно-(формально)-рациональный”. Формальная рациональность в праве означает формулирование и применение абстрактных норм в процессе логического обобщения и толкования. Ее центр тяжести состоит в сосредоточении и рационализации логическими средствами всех юридически действительных норм и формировании из них внутренне согласованного комплекса правовых установлений. Напротив, ценностная рациональность ставит на первое место не логическую согласованность, а этические соображения, полезность, целесообразность и политические цели¹⁸. То же самое различие между формальной и ценностной рациональностью применялось Вебером к экономической деятельности: первая относилась к расчетам в экономике, вторая — к реализации в ней этических, политических, утилитарных, эгалитарных, гедонистических и других необходимых ценностей или целей. Однако ценностная рациональность в праве или экономической деятельности не соответствует какому-либо историческому типу общества (хотя Вебер усматривал ее возникновение в “антиформалистских тенденциях современного правового развития” и, возможно, в будущем социалистическом обществе)¹⁹, тогда как формальная рациональность как в праве, так и в экономике считалась им присущей социальному действию вообще в капиталистическом обществе, начиная с XVI столетия.

Аналогичным образом традиционное право, говорил Вебер, присуще традиционным обществам, а харизматическое — харизматическим. Он определяет термин “традиционное” как “определяемое укоренившейся обычной практикой”. В праве, во всяком случае, термин “традиционный”, по-видимому, соответствует тому, что называется “обычно правовым”. При “традиционном типе господства” легитимность основывается на “священности вековых норм и властных полномочий”. “Повинуются не законодательным нормам, а лицу, занимающему пост в иерархии власти в силу традиции или выбранному на этот пост традиционным правителем”. Право не заявляет открыто о своей новизне. Нововведения можно легитимировать, только облекая их в авторитетом прошлого. Формами традиционного господства являются геронтократия (правление старейших), патриархализм и патримониализм. Примерами служат древние Китай, Египет и ислам. Феодалная власть, согласно Веберу, имеет многие черты патримониальной, и поэтому традиционной, власти, хотя “западный феодализм является маргинальным случаем патримониализма”²⁰.

Термин “харизматический” определяется как “основанный на благоговейном отношении к святости, героизму или выдающемуся характеру какой-либо индивидуальной личности и к нормативным образцам поведения или порядка, открытым или дарованным им”. Возможно, это наименее четко понимаемый Вебером тип господства. Слово “харизма” означает “дар божьей милостью”, оно использовалось в первые христианские столетия для обоз-

начения способности исцелять, которую дарует христианину Святой Дух. Крупный немецкий историк права Рудольф Зом использовал термин “харизматический” для обозначения понятия священной благодати, которая лежала в основе права церкви до XII столетия. Вебер заимствовал этот термин у Зома и применил его ко всем индивидуальным личностям, “наделенным сверхъестественными, сверхчеловеческими или по меньшей мере особо исключительными способностями или качествами”. Вебер относил к ним не только “спасителей, героев и пророков”, но также магов, шаманов и демагогов, утверждая, что “свободный от ценностных пристрастий анализ рассматривает их всех с одних и тех же позиций”²¹.

Вебер утверждал, что рациональное господство, особенно та его разновидность, которую он называл бюрократической, “подчинено нормам, поддающимся анализу разумом, тогда как харизматическое господство иррационально в том смысле, что оно чуждо всем нормам. Традиционное господство связано прецедентами из прошлого и ориентировано на нормы. Харизматическое господство в своих притязаниях отвергает прошлое и в этом смысле является конкретной революционной силой”²². Следует, видимо, также полагать, что не может быть такого явления, как харизматическое право. Однако Вебер избегает этого вывода, утверждая, что, хотя “в своей чистой форме харизматическое господство имеет характер, чуждый повседневному установившимся структурам”, оно тем не менее может быть трансформировано в такие структуры, может быть “рутинизировано”. Действительно, поскольку оно по своему существу нестабильно, оно должно пережить такую трансформацию, если ему суждено выжить, становясь “либо традиционализированным, либо рационализированным, либо тем и другим”²³. Вебер нашел примеры такой “рутинизации харизмы” в античном римском обществе, буддийском и индуистском обществах, католической церкви, германском родовом и сельском обществе и в других областях. В одном месте он высказал предположение, что все типы господства и права были первоначально харизматическими. Наделенные харизматическими качествами люди открывали не только нормы права для конкретного случая, но также и нормы для всех будущих подобных случаев. “Такое открытие права... является источником всех типов правоустановления”²⁴, — писал Вебер. Более того, “черты харизматической эпохи создания и нахождения права в значительной мере сохранялись во многих институтах периода рационального издания и применения права... Еще Блэкстон называл английский судью разновидностью оракула...”²⁵.

Веберовское понятие рутинизации харизмы вводит динамический элемент в то, что без него является, по существу, статичной моделью. Другой динамический элемент — переход от традиционного к рациональному типу господства и права, при котором слой юридически подготовленных специалистов традиционного общества играет важную роль в систематизации права для удовлетворения потребностей нового рационального и бюрократического общества. Выявляется, однако, что только Запад действительно в силу внутренних импульсов прошел путь от традиционного к рациональному, бюрократическому типу общества. Вебер находит источник и этого развития в неповторимых событиях западной истории, а не в общей тенденции или “законе развития” традиционных обществ.

Вебер заявляет, что “с теоретической точки зрения общее развитие права и правового процесса может рассматриваться как проходящее через последовательные стадии”, и затем он перечисляет несколько стадий, приблизительно соответствующих харизматическому, традиционному и формально-рациональному типам. Однако вслед за этим он тут же утверждает, что “в исторической реальности теоретически сконструированные стадии... не везде следуют в только что приведенной последовательности, даже на Западе”²⁶.

Если абстрагироваться от веберовской социологии и классификации и рассматривать только его описание специфических черт западных правовых институтов, то производит впечатление огромное количество подробной информации, которую он приводит по истории западного права в течение восьми веков его развития. Он подтверждает многие из основополагающих фактов, составляющих фундамент настоящего исследования, а именно что: борьба за инвестирующую конца XI — начала XII столетия заложила основу для разделения церкви и государства; новое каноническое право XII столетия было первой современной западной правовой системой; взаимность прав и обязанностей сеньора и вассала отличала западный феодализм от феодализма в других обществах; западный город, начиная с XII столетия, был уникален, представляя своим гражданам конституционные права. Однако историография Вебера помешала ему сделать верные выводы из этих фактов. Вебер постулировал резкий разрыв в XVI столетии между средними веками и Новым временем и между феодализмом и капитализмом. Для Вебера, как и для Маркса, западное право есть буржуазное, капиталистическое право или, используя специальную веберовскую терминологию, бюрократическое, формальное право.

Если применить веберовскую классификацию идеальных типов права к реально существовавшим правовым системам Запада в том виде, как они возникали в конце XI — начале XII столетия, то бросается в глаза тот факт, что в каждой из этих правовых систем все четыре идеальных типа права были соединены. Новое каноническое, городское, феодальное, манориальное, торговое, королевское право — все они подчеркивали важность норм и логической последовательности в применении. Действительно, если обратиться к праву, преподававшемуся в университетах, то можно увидеть семена теоретической юриспруденции немецких пандектистов XIX в., которая для Вебера была апофеозом формально-рационального, бюрократического права. Все эти виды права подчеркивали также важность прецедента и обычая, которые были для Вебера признаками традиционного права. Кроме того, каноническое и королевское право в особенности имело сильные харизматические элементы, рассматривая папу или короля в качестве богоданного оракула права; другие системы также сохраняли многие связи с божественным и часто магическим. Например, все эти правовые системы активно использовали клятвы. Наконец, веберовское понятие ценностей находило отражение в том, что подчеркивалось значение естественного права и права справедливости, в смысле разума и совести, которые требовали, чтобы нормы истолковывались в свете их целей и в исключительных случаях игнорировали бы “буквальное право”, защищая бедных и нуждающихся в помощи и гарантируя юридическую обязательность доверительных отношений.

По-видимому, такое соединение логического, традиционного, священного и целеполагающего аспектов права было и остается существенным условием для эффективной интеграции права в некоторое органическое единство — совокупность права, которая должна обладать способностью к постоянному росту.

Очевидно, веберовская классификация права на четыре идеальных типа сама по себе не дает адекватной основы для социальной теории права. Она полезна как введение в анализ сходств и различий между различными имеющимися в истории формами правового строя, но не объясняет эти сходства и различия. Она не отвечает на вопрос: “Почему харизматическое право в одном обществе традиционализируется, в другом — нет?” Кроме того, она даже не упоминает, а еще меньше объясняет тот факт, что западная традиция права сама по себе является некоторым сочетанием всех четырех идеальных типов.

Собственное объяснение Вебером уникальности западного права и вообще различий между формами правового строя исходило не из его теории идеальных типов, а из его теории политики. Особенно большое значение сыграла мысль Вебера, что первичной побудительной силой в политической жизни является стремление к господству, а основным средством господства является принуждение. Именно “различие отношений по поводу политической власти” было в первую очередь определяющим для важных различий между формами правового строя. Даже различия в характере и функциях сословия профессиональных юристов в различных культурах, которым Вебер справедливо придавал большое значение, он объяснял как “по большей части зависящие от политических факторов”, под которыми подразумевались факторы, связанные с политической властью²⁷.

Таким образом, Вебер остается в рамках традиции экономической и политической истории, к которой относится и Маркс, но в отличие от последнего он связывал основополагающие причинные факторы в истории, вопреки иногда встречающимся утверждениям, с политикой, а не с экономикой. По этой же причине он придавал больше значения, чем Маркс, роли идей в истории. И по этим же обоим причинам он придавал большое значение роли права, в котором всегда соединяются политические и интеллектуальные элементы. В конечном счете Вебер объяснял и идеи, и право политикой, а саму политику — господством и принуждением. Харизма, традиция и рациональность были для Вебера главным источником легитимации политического господства, с помощью которых принуждение могло осуществляться более эффективно.

Наряду с Марксовой и Веберовой социальными теориями в работах антропологов было разработано третье, гораздо менее сложное направление социоисторического анализа. Ему дали толчок исследования становления “государственно организованных обществ” в различных незападных культурах — у инков в Андах, майя в Центральной Америке, в исламских цивилизациях Ближнего Востока и в Древнем Египте, Индии и Китае. Многие антропологи вернулись к эволюционистским представлениям XIX в., утверждая, что узкие эгалитарные группы семей сложились в племена с иерархией по линиям происхождения и в конечном счете в стратифицированные, дифференциро-

ванные, централизованные государства. Наиболее важными причинами (“движущими силами”) перехода от племени к государству считаются новые технологии ирригации, ведение войн, рост населения и торговля. Кроме того, иногда подчеркиваются два других фактора, гораздо менее конкретных по своей природе: растущие “сотрудничество и конкуренция” среди различных групп в обществе и “интегрирующая сила” великих религий и стилей в искусстве. Характерная точка зрения состоит в том, что не какая-то одна-единственная причина, а окружающая среда и экономика в целом имели решающее значение для появления “иерархической организации членов и классов общества, которая в свою очередь обеспечивает действительную интеграцию в государстве”. “Решающее влияние государственных религий и государственного стиля в искусстве состоит в легитимации этой иерархии, т.е. в подтверждении посредством возбуждения религиозного чувства, что стоящие на вершине иерархии близки к Богу”. Сотрудничество и конкуренция, включая институциональные структуры и процессы права, рассматриваются как совершенно нейтральные: “Они могут равным образом успешно функционировать как в целях сохранения равновесия, так и в целях стимулирования эволюции”²⁸.

Ключевой фактор в возникновении этих государственно-организованных обществ усматривается в стратификации, т.е. дифференциации между правящими и управляемыми. Слой управляемых тоже дифференцируется на различные группы и классы. Вместе со стратификацией появился конфликт, а из этого конфликта родилась политическая организация. Государство, в свою очередь, опиралось на логические систематизированные теории мироздания, в чем особенно помогали наука и теология, а также на организованный социальный контроль в форме права.

Хотя авторы этих антропологических теорий уделяли мало внимания ранней европейской истории, они были склонны считать, что возникновение государства на Западе вместе с его системами теологии, науки и права происходило в русле, аналогичном другим культурам. В действительности, однако, существует несколько важных различий между возникновением государственно-организованного сообщества на Западе и его возникновением в других культурах, и эти различия не поддаются объяснению не только теориями антропологов, но и социологическими теориями Маркса и Вебера.

Первое различие состоит в том, что на Западе в конце XI столетия впервые возникло не государство, а скорее церковь в форме государства. Кроме того, хотя церковь была централизованной и имела централизованное и систематизированное право, она претендовала на контроль лишь над половиной жизни общества. Другую половину контролировали различные светские власти, сосуществовавшие с церковью и друг с другом на одной и той же территории. Политические и правовые учреждения светских властей постепенно централизовывались и систематизировались в течение двух или трех столетий после того, как сложилась централизованная церковь и ее централизованное и систематизированное право. Между государственно-организованной светской властью, а также между разными светскими властями имели место сотрудничество и конкуренция, и последняя иногда была острой.

Второй отличительной чертой западного общества на первой, главной стадии его развития было наличие диалектических противоречий в теологии,

науке и праве, соответствующих диалектическому противоречию между церковными и светскими политическими властями. Противоречия между посюсторонним и потусторонним миром, между разумом и верой и между человеческим и божественным правом угрожали расколоть западный христианский мир. В конце концов это произошло во время протестантской Реформации.

В-третьих, общество сплавилось, а его теологии, науке и праву был придан логичный и системный характер частично благодаря уникальному ощущению развития во времени, продвижения вперед, эволюции в сочетании с памятью о великой революции в прошлом и предчувствием революции в будущем. Опыт диалектического взаимодействия между революцией и эволюцией, длившийся столетиями, является уникальной чертой истории Запада. Церковь помнила о Григорианской Реформации, об основании *jus povicum* Грацианом и сопротивлялась новым реформациям, например таким, к которым призывали Уиклиф, Гус и сторонники консилиарного движения. Города-государства использовали пожалованные им и периодически обновляющиеся хартии свобод и отвергали либо приветствовали политические восстания и реформаторские движения, происходившие в них самих и за пределами; королевства также подчинялись аналогичной диалектике правовой эволюции, медленной или быстрой, с фундаментальными революционными переменами и Страшным судом в перспективе.

Ни антропологическая теории стратификации, ни социологические теории экономического детерминизма или типологии политического господства не могут объяснить эти отличительные черты западной правовой традиции. Они помогают объяснить потребности в какой-то форме правопорядка или желание его иметь, но не потребность или желание иметь тот определенный тип правопорядка, с его особой динамикой, который реально появился на Западе.

Однако теории Маркса и Вебера, касающиеся права, его истории и соотношения с экономикой и политикой, а также антропологические теории становления государственно-организованных обществ заслуживают рассмотрения отчасти потому, что их широко восприняли (хотя обычно в разбавленных вариантах), а отчасти потому, что они пытаются дать ответы на важные вопросы. Нужно либо принять эти ответы, либо найти лучшие. Если право не преимущественно инструмент классового господства, то что же оно такое? Если западное право в эпоху его формирования не было идеологическим отражением феодализма, то что же оно отражало? Если нынешнее западное право не основано на частной собственности, свободе договоров и других институтах капитализма, то тогда на чем? Если характеристики западного типа права как формально-рационального, а общественного строя, которому оно служит, как бюрократического не являются удовлетворительными, то какие характеристики будут более уместными? Если право не является частью идеологической надстройки общества, опирающейся на материальный базис — экономический (согласно Марксу) или политический (согласно Веберу), то не происходит ли возврата к недопустимому гегельянству, которое видит историю в категориях столкновения и синтеза идей? Нужно ли считать, что западные правовые понятия и ценности просто вдруг возникли благодаря интеллектуальному или духовному усилию и сами являлись побуждающим

фактором или движущей силой в формировании западной экономической и политической системы?

Как марксистская, так и веберовская социальная теория служат ценным предостережением против соблазна прибегнуть к чисто идеологическому или идеалистическому объяснению развития права и правовых институтов. Теоретики общества, конечно, правы в своем убеждении, что появление развитых современных правовых систем на Западе нельзя объяснить просто как результат столкновения идей. Конечно, частично оно было обусловлено политической борьбой личностей и групп с конфликтующими идеями, частично оно было результатом революции. Но для социальной теории остается вопрос: “Что обусловило революцию?” Если революцию только пересказывают и не объясняют, то за этим может скрываться мнение, что в действительности она была тем, чем она выглядела внешне — политической и идеологической борьбой элит (папской партии против императорской или королевской). Но не была ли революция также прямо связана с тем, что происходило в массах людей, живших в деревнях, манорах и городах? Если вопросы о власти на вершине социальной иерархии и проблемы официальной идеологии были в действительности прямо связаны с социальной и экономической жизнью на низовом уровне, то тогда новые правовые системы можно объяснить не только как часть политической и интеллектуальной истории, но так же как часть социальной и экономической истории.

Само по себе марксистское включение права в идеологическую надстройку может привести к трактовке правовой истории просто как осуществления официальной правовой политики и правовых представлений, а не регулирования социальной и экономической жизни всего общества. Многие марксисты рассматривают право изолированно от экономического базиса; собственность как правовой институт рассматривается изолированно от собственности как экономического института; невзирая на почтение к основному марксистскому постулату, что право есть отражение экономических классовых интересов, под этой “шапкой” исследуются не способы, которыми право действует в социальной и экономической жизни, а способы, которыми оно выражает господствующие социальные ценности или иным образом демонстрирует свой идеологический характер.

Важные коррективы как в идеалистическое понимание права, так и в эллистическую теорию политико-правовых изменений были внесены теми историками, социологами и антропологами, которые исследовали правовую политику, понятия и вообще правовые институты в том виде, как они проявляют себя в общественной жизни у подножия социальной пирамиды, т.е. в среде огромного большинства членов общества. В эпоху Папской революции это означало массы племенников и сельских жителей, свободных крестьян и крепостных, ремесленников, торговцев, приходских священников, монахов, в отличие от князей, крупных землевладельцев, епископов, аббатов, юристов, ученых. Изучение структуры низших слоев общества в это время свидетельствует, что имелись тесная взаимосвязь и взаимодействие между событиями у подножия социальной пирамиды и у ее вершины.

Говоря конкретнее, система конкуренции и сотрудничества между церковными и светскими властями, сформировавшаяся со времени Папской революции, не могла появиться, если бы в предшествующие столетия не получил

развития на самом низовом уровне групповой плюрализм с опосредующими слоями между массой крестьян и высшими представителями императорской и королевской власти²⁹. Аналогично не могло бы состояться политическое объединение католической церкви под рукой папы, если бы в предшествующие столетия на самом низовом уровне не сложилось сообщество верующих, *populus christianum*, охватывавшее весь западный христианский мир. Кроме того, систематизация права в рамках различных сообществ — церковных и светских — была возможна только потому, что до этого получила развитие несистематизированная, неформальная структура правовых отношений внутри этих сообществ. Возникли отношения помещиков и крестьян выдержали крестьянские восстания и приняли форму манориального хозяйства. Родни Хилтон пишет, что уже в X столетии деревни в Нормандии избирали делегатов от местных сходок на общее крестьянское собрание и, кроме того, что в этот ранний период сложилась практика переговоров между крестьянами и сельскими властями по поводу трудовых повинностей, налогов, сборов и прав³⁰. Начиная с подножия социальной пирамиды, каждый ее слой мог при случае потребовать рациональности от вышестоящих³¹. Это произошло задолго до того, как право стало университетской дисциплиной, задолго до появления профессиональных юристов и судей, задолго до систематизации различных совокупностей права.

Итак, западная правовая традиция выросла частично из структуры социальных и экономических взаимоотношений внутри социальных групп на низовом уровне и между ними. Поведенческие модели взаимоотношений приобрели нормативный параметр: обыкновения трансформировались в обычай. В конечном счете обычай трансформировался в право. Последняя из этих трансформаций — обычай в право — объясняется частично возникновением централизованных политических властей, когда для контроля и направления деятельности медленно изменявшейся структуры на низовом и среднем уровнях была необходима сознательная перестройка на вершине пирамиды. Право, следовательно, есть трансформированный обычай, а не просто воля или разум законодателя. Право распространяется не только сверху вниз, но и снизу вверх.

Поэтому специальная теория должна воспринять более широкое представление о праве, чем имели Маркс и Вебер. Право, полагали они, является орудием господства, средством реализации воли законодателя. Но эта теория права, обычно отождествляемая с позитивистской школой юриспруденции, видит только одну сторону дела. Право является также выражением моральных принципов, как они понимаются человеческим разумом. Этот взгляд на право, ассоциируемый с естественно-правовой теорией, также лишь частично верен. В конечном счете право есть продукт обычая, следствие исторически укоренившихся ценностей и норм сообщества. Этот третий подход, ассоциируемый с исторической школой в правовой философии, также может претендовать, подобно каждой из двух других школ, только на треть истины.

Соединение всех трех подходов, возможно, позволяет ответить на поставленные Марксом и Вебером вопросы лучше, чем они сами. Право частично является инструментом классового господства и идеологическим отражением

интересов господствующего класса. Во всякой правовой системе могут быть найдены примеры для иллюстрации этого. Право на Западе было также защитой против произвольной власти господствующего класса, и то многое в нем, что берет начало в более ранних периодах истории, не обязательно отражает интересы господствующего класса.

Аналогично утверждение, что западное право до XVI столетия было идеологическим отражением феодализма, есть указание лишь на один его аспект. Другие аспекты, например, право коммерческого кредита для финансирования торговли шерстью или пряностями в XIII и XIV столетиях были отражением капитализма. Многие в праве гильдий было социалистическим по природе. Значительная часть канонического уголовного права с его сильным акцентом на возмездие как средство защиты права представляется равно присущей любой социально-экономической системе.

Слишком упрощенно также определение современных западных правовых систем как идеологических отражений капитализма. Многие в современном праве является по своему характеру больше феодальным, чем капиталистическим. Многие вообще не поддаются характеристике в социально-экономических категориях. Нужна более сложная система классификации и характеристики, которая будет опираться не только на типы экономического и политического строя, но также и на философские, религиозные и другие критерии.

На вопрос о том, следует ли рассматривать право как часть материальной надстройки, ответ снова состоит в том, что на западе право является и тем и другим; это значит, что западное право свидетельствует о ложности самой дихотомии. Право является в той же мере частью способа производства какого-либо общества, как и фермерская земля или машины. Последние ничего не представляют собой, пока они не действуют, и право является составной частью способа их использования. Ничто не может быть посеяно и собрано на полях вне прав и обязанностей, связанных с трудом и обменом. Машины не производятся, не поставляются от производителя к потребителю и не используются, а издержки и прибыли от их использования не оцениваются вне определенных форм правового регулирования этих процессов. Такое правовое регулирование само является формой капитала. Маркс отличал собственность как экономическую власть от собственности как юридического права и объявил первое причиной, а второе следствием; но это различие редко имеет место в социально-экономической реальности. В общем, это два взаимосвязанных подхода к одному и тому же явлению.

Однако это не означает, что право является только социально-экономическим фактом, или что юридическое право является только иным способом обозначения экономической власти. Право не только факт, но также и идея, понятие и, кроме того, определенный ценностный критерий. Оно неизбежно имеет интеллектуальный и моральный параметры. В отличие от чисто интеллектуальных и моральных критериев, право должно применяться на практике, но, в отличие от чисто материальных явлений, оно состоит из идей и ценностей. Кроме того, идеи и ценности права должны, как считается, иметь определенную степень согласованности друг с другом, а также с другими, неправовыми идеями и ценностями общества, т.е. с его идеологией в целом.

Тот факт, что право по самой своей природе имеет как материальный, так и идеологический характер, связан с другим фактом — что право одновременно растет снизу вверх, из структуры и обычаев всего общества, и движется сверху вниз под влиянием политики и ценностей людей, стоящих у власти. Право помогает интегрировать и то и другое. Таким образом, по меньшей мере теоретически, конфликт между социально-экономическими условиями и политико-нравственной идеологией, в котором Маркс видел главную причину революции, может быть разрешен посредством права. Частично для того, чтобы уйти от этого, нежелательного для него теоретического вывода, Маркс свел право к идеологии.

Наконец, право на Западе, постоянно со времени Папской революции, имело сильный диахронический элемент и, больше того, сильный элемент традиционности. Традиция — это нечто большее, чем историческая преемственность. Она представляет собой смешение осознанных и неосознанных элементов. Говоря словами Октавио Паса, “это видимая сторона общества — учреждения, памятники, продукты труда, вещи, но это и особенно скрытая от всех взглядов невидимая сторона: убеждения, желания, страхи, сдерживания чувств, мечты”. Право обычно ассоциируется с видимой стороной, с продуктами труда, но изучение истории западного права, и особенно его истоков, показывает, что оно коренится в самых глубоких верованиях и чувствах людей. Без страха перед чистилищем и надежды на Судный день западная традиция права не могла бы возникнуть.

Октавио Пасу принадлежит и эта мысль: “Каждый раз, когда общество оказывается в кризисе, оно инстинктивно обращает свои взоры к истокам и ищет там знамение”³².

Я начал писать эту книгу в 1938 г. Тогда я был аспирантом Лондонской школы экономики в области истории права. Поехать в Лондон меня вдохновил Ойген Розеншток-Хюсси, я хотел изучать влияние Английской революции 1640–1649 гг. на развитие английского права. Т.Ф.Т.Плакетт, глава английских историков права в период после первой мировой войны, сказал мне, что я ни слова не пойму в истории английского права, если не начну с XII—XIII столетий, с Глэнвилла и Брактона. Я последовал его совету, но одновременно слушал лекции Р.Х.Тони по истории Англии XVII в. Все трое были великими европейцами, но при этом людьми очень разных эпох: концепция Плакетта брала свое начало в столетиях с XII по XVII, концепция Тони — в XVII—XX вв., а концепция Розенштока-Хюсси—после того, что он называл революцией мировой войны. Мне хочется думать, что эта книга построена на фундаменте, заложенном всеми троими.

В прошедшие с тех пор десятилетия мне помогли множество моих студентов, коллег и друзей. Я назову только троих, чью работу вы увидите на страницах этой книги: это Кармен Аревало, которая подготовила карты, Роберт Чезлер, который составил таблицу 2, и Джордж Сайз, который составил таблицу 1.

Выражаю признательность компании “Хаугон Миффлин” за разрешение воспроизвести отрывок из стихотворения Арчибальда Маклинша “Метафоры” (“The Human Season”) и Британской библиотеке за разрешение процитировать англосаксонское стихотворение “Maxims” из Коттонской рукописи.

Я хотел бы также поблагодарить Национальный центр гуманитарных наук за создание максимально благоприятных условий для того, чтобы я мог завершить эту рукопись и задумать ее продолжение.

СОКРАЩЕНИЯ

CLS	Серия канонического права (Canon Law Series)
D	Дигесты Юстиниана
Decretum	Грациан, Concordia Discordantium Canonum (Decretum)
Just., C.	Кодекс Юстиниана
Just., I	Институции Юстиниана
Just., Nov.	Новеллы Юстиниана
MGH	Monuments Germaniae Historica: Auctores Antiquissimi, Constitutiones et Acta Publica
Migne, PL	Ж.-П. Минь, Patrologia Latina
TRHS	Записки королевского исторического общества (Transactions of the Royal Historical Society)
ZSS(germ)	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, germanistische Abteilung
ZSS(rom)	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung

Библиографические примечания к пятому изданию

Список работ, опубликованных или попавших в сферу внимания автора после завершения первого издания настоящей монографии. На них даны дополнительные ссылки в примечаниях.

Benson R.L. and Constable G. // Eds. Renaissance and Renewal in the Twelfth Century. Cambridge, Mass., 1982; см.особ.: Kuttner S. The Revival of Jurisprudence, и Knut Wolfgang Norr "Institutional Foundations of the New Jurisprudence".

Nelson B. *On the Roads to Modernity: Conscience, Science and Civilizations.* Totowa, N.J., 1981.

Reynolds S. *Kingdoms and Communities in Western Europe, 900—1300.* Oxford, 1984.

Tierney B. *Religion, Law, and the Growth of Constitutional Thought, 1150—1650.* Cambridge, 1982.

Введение

¹Это движение чаще называют григорианской реформой, а не реформацией. Однако само слово “реформа” — перевод латинского “reformatio”, в других контекстах почти неизменно переводимого как “реформация”.

²Fuller L. *The Morality of Law*, 2nd ed. New Haven, Conn., 1964, p.106.

³Nisbet R. *Social Change and History*. New York, 1969, p.1. В этой работе Нисбет нападает на применение таких метафор к социальным переменам; однако он не затрагивает их применения к сознанию или идеологии общества, в котором те, кто переживает эти перемены, воспринимают их как рост или развитие. В одной из более поздних работ Нисбет принимает несколько смягченную метафору. *Nilbert R. History of the Idea of Progress*. New York, 1980

⁴Pollock F. and Maitland F.W. *The History of English Law*, 2nd ed., 1898 (reprint ed., Cambridge, 1968), II, 561.

⁵“Иск из причинения вреда” (trespass) был мерой исправления вреда, причиненного “прямо” деликтным деянием ответчика; “деликтный иск по конкретным обстоятельствам дела” (trespass on the case) развился позже как мера исправления вреда, причиненного “косвенно”, включая вред, причиненный по небрежности неправильным поведением и небрежным исполнением соглашения. *Kiralfy A.K. The Action on the Case*. London, 1951.

⁶В начале XX в немецкий историк права и социолог Макс Вебер подтвердил тот факт, что Запад разработал такой метод юридического мышления, который отсутствует в других цивилизациях (Weber M. *On Law in Economy and Society* / Ed. by Max Rheinstein. Cambridge, Mass., 1966, pp 304—305). Он определил этот метод по одному из его качеств, назвав “формальной разумностью”. В основе своей это был метод юристов XIX в., в особенности в Германии (хотя, по Веберу, не в Англии), которые заботились о построении логически последовательной структуры абстрактных правовых правил, в терминах которых были бы определены факты данного юридического казуса или данной проблемы, а затем принято решение по нему. Этот метод его противники в XIX в. называли “концептуализмом” (Begriffjurisprudenz). Макс Рейнштейн полагает, что Вебер в своей “Социологии права” поставил задачу определить, было ли построенное таким образом юридическое мышление причиной или следствием возникновения капитализма.

Сам Рейнштейн говорил, что этот метод был характерен для европейского гражданского права (в отличие от английского общего права) “в том виде, как оно сложилось начиная с XII в. в университетах Италии, а затем Франции, Голландии и Германии” (Мах Вебер., р.11). Однако стоит лишь почитать юридическую литературу XII—XIII вв., неважно, будет ли это литература римского права (гражданского права) или же канонического, королевского, феодального, городского, и неважно, где — в Италии, во Франции, в Англии, на Сицилии, в ином государстве Европы, — чтобы понять, что концептуализм (в смысле, придаваемом ему в XIX в.) играл лишь определенную роль, притом не главную, в юридическом мышлении этого более раннего времени.

Во всех правовых системах того времени также делался особый упор на извлечение правил и понятий из дел, что, как справедливо отмечают Рейнштейн и другие, является основным методом рассуждения в традиции английского общего права. Например, папские декреты, которые являлись основным источником канонического права начиная с XII в., были, по существу, решениями по делам, рассмотренным римской курией. Кроме того, были разработаны разнообразные диалектические методы для примирения очевидно противоречащих друг другу авторитетов, включая выявление двусмысленностей и оценку престижа авторов. А сверх всего этого объединение правовых систем было достигнуто с помощью идеи (очевидно выдвинутой монахом Грацианом) иерархии источников права. В первых строках своего трактата “*Concordia Discordantium Canonum*”, написанном около 1140 г., Грациан говорит, что в случае конфликта обычай должен уступить законодательному акту, законодательный акт должен уступить естественному праву, а естественное право должно уступить божественному. Это означало, что обычай, который в то время был самой распространенной формой права, следовало оценивать с точки зрения разума, и если он оказывался неразумным, его следовало отвергнуть. Едва ли это “формальная разумность” или “логический формализм” в веберовском смысле. Однако это создало основу для объединения разных правовых систем в развивающиеся своды права — своды не только правил, но и принципов и стандартов, равно как и процедур и решений. В более общем плане Веберова классификация всех правовых систем на разумные, традиционные и харизматические дает пищу для философских размышлений, но совершенно уходит от исторической и социологической истины, ибо западные правовые системы и западная традиция права в целом сочетают все три типа. Возможно, такое сочетание необходимо для эффективного объединения права в органичное единство — “корпус”, “организм” права, обладающий способностью постоянного роста.

Эти вопросы более полно обсуждаются в заключительной главе настоящей книги.

⁷См.: *Allen C.K. Law in the Making*. 7th ed. Oxford, 1964, pp.65—66.

⁸*Maitland F.W. Why the History of English Law is Not Written // Ed. by A.L.Fisher Collected Legal Papers of Frederic William Maitland*. Cambridge, 1911, I, 488.

⁹На Большой печати Кромвеля (1648—1649) были выгравированы слова: “Первый год восстановленной свободы”. Последующие Большие печати определялись как выпущенные во втором, третьем и т.д. “годах восстановленной свободы” (см. об этом: *Wyon A. and B. The Great Seals*. London, 1887, p.36; *Rosenstock-Huussy E. Out of Revolution: The Autobiography of Western Man*. New York, 1938, pp. 300, 761.

¹⁰То, что в названии “славная революция” содержался оттенок смысла возврата колеса в прежнее положение, очевидно из тех громадных усилий, которые тратились на сохранение преемственности парламентских мер, предпринимавшихся с 1640 г. Так как в тот момент, когда Вильгельм Оранский и его жена Мария прибыли в Англию, чтобы сменить Якова II, то есть в ноябре 1688 г., парламент не заседал, сочли необходимым созвать всех тех людей, которые были членами последнего парламента. Ужасная суета поднялась также вокруг изготовления новой Большой печати взамен той, которую увез с собой Яков и в обиде швырнул в Темзу во время своего бегства. Все должно было быть как когда-то в прошлом, а то это была бы не “революция”.

¹¹Президент Джон Ф. Кеннеди в своей книге “Стратегия мира” (*Strategy of Peace*) перечисляет семь мирных “революций”, которые “сотрясают нашу страну и весь мир”. Это — революция в населении, на ферме, революция техники и энергетики,

революция в уровне жизни, революция в развитии вооружений, революция в слабых странах и в национализме. В 1964 г. Специальный комитет по тройной революции представил президенту Джонсону заявление по кибернетической революции, революции вооружений и революции прав человека. Значительное количество других “революций” перечислено в книге: *Leeuwen van A.T. Development through Revolution*. New York, 1970, chap. 2. Как говорит ван Лейвен, недостаток ясности в употреблении этого термина “сам по себе является характерным феноменом” (с. 32). Перенос этого термина из политической сферы начался с создания термина “промышленная революция” одним британским историком в 1884 г. Он придумал это выражение по аналогии с Французской революцией 1789 г. — надо было изобрести в английской истории аналогичное явление. *Toynbee A. Lectures on the Industrial Revolution of the Eighteenth Century in England*. London, 1884. Быть может, обильное употребление слов “революция”, “революционный” в послевоенный период, распространяющееся даже на простейшие потребительские товары (“революция в чулочном деле”, “революция в дезодорантах”), является сходной языковой реакцией на коммунистические революции XX в.

¹²Это крупная тема книги: *Rosenstock-Huessy E. Out of Revolution*. New York, 1938.

¹³Розеншток-Хюсси насчитывает еще седьмую, Итальянскую революцию XIII в., состоявшую в формировании системы городов-государств на севере Италии (*Out of Revolution...*, p. 562). Я рассматриваю подъем вольных городов как светскую сторону Папской революции, имевшей не только итальянский, а общеевропейский масштаб. Норман Кантор насчитывает только четыре “всемирных революции”: Папскую революцию, протестантскую Реформацию, Французскую революцию и Русскую революцию. Он не дает никакого пояснения тому факту, что он опускает Английскую и Американскую революции. Очевидно, эти две революции не соответствуют его определению всемирной революции — “возникновение новой идеологии, которая отвергает результаты нескольких веков развития, организованные в господствующую систему, и призывает к новому правильному порядку в мире” (*Cantor N.F. Medieval History: The Life and Death of a Civilization*, New York, 1968, p. 300). Данное Кантором описание Папской революции соответствует описанию, данному в настоящей работе.

¹⁴*Kuhn T.S. The Structure of Scientific Revolutions*, 2nd ed. Chicago, 1970.

¹⁵См.: *Brinton C. The Anatomy of Revolution*. Rev.ed. New York, 1965, p. 16: “Мы будем относиться к революции как к своего рода лихорадке... Как только симптомы полностью проявляются... значит, лихорадка революции началась. Она нарастает, но неравномерно, то наступает, то отступает, и приходит к кризису, часто сопровождающемуся бредом... к Правлению Террора. После кризиса наступает период выздоровления, обычно отмеченный одним-двумя обострениями. Наконец, лихорадка заканчивается и пациент приходит в себя, а в некоторых отношениях он, возможно, даже и поздоровел от пережитого... но, разумеется, он не стал новым человеком”. Бринтон применяет эту “концептуальную схему”, как он ее называет, к Английской, Американской, Французской и Русской революциям.

¹⁶*Блок М. Феодалное общество / Пер. Е.М.Лысенко. С.116 // Блок М. Апология истории. М., 1973. Серия “Памятники исторической мысли”.*

¹⁷*Strayer J.R. On the Medieval Origins of the Modern State*, princeton, N.J., 1970, p. 22.

¹⁸*Cohn N. The Pursuit of the Millennium*. 2nd ed. New York, 1972, p. 281.

¹⁹*Ibid*, pp. 10—11, 285—286.

²⁰*Brown N.O. Love's Body*. New York, 1968, pp. 219, 220.

²¹*Rosenstock-Huessy E. Out of Revolution...*

²²*Rosenstock-Huessy E. The Christian Future*. New York, 1946, p. 70.

²³*Sohm R. Weltliches und geistliches Recht*. Munchen; Leipzig, 1914, p. 69. (Там, где не указано иначе, все переводы мои. — *Прим. авт.*)

²⁴См.: *Winstanley G. Platform of the Law of Freedom // Rosenstock-Huessy E. Out of Revolution...*, p.291: “Дух всего предприятия заключался в переделке мира”. См. также проповедь Томаса Кейса перед палатой общин в 1641 г.: “Переделка, реформа должна быть всеобщей. Реформа всех мест, всех людей и призваний; реформа судейства, низших

мировых судов... Реформа университетов, реформа городов, реформа стран, реформа низших школ, реформа воскресенья, реформа таинств, реформа поклонения Богу. Всякое растение, не посаженное моим небесным отцом, должно вырвать" (Цит. по: *Walzer M. The Revolution of the Saints: A Study in the Origins of Radical Politics. Cambridge, Mass., 1965*, pp. 10—11. Реформация XVI в. задумывалась как реформа церкви, веком позже пуритане, по выражению Мильтона, хотели "реформировать саму реформацию", а это означало, как показывает Уолзер, радикальную политическую деятельность, то есть политический прогресс как религиозную цель (с. 12).

²⁵См.: *Lindsay A.D. The Modern Democratic State. New York. 1962*, pp. 117—118; *Little D. Religion, Order, and Law: A Study in Pre-Revolutionary England, New York, 1969*, p. 230.

²⁶Каждый из этих четверых обвинялся в гражданском неповиновении. Каждый защищался на основании высшего закона совести, а также на основании фундаментальных правовых принципов, проистекающих из средневекового английского права (например, Великая хартия вольностей). Процессы Пенна и Хемпдена изложены в документах "6 State Trials 951" (1670) и "3 State Trials 1" (1627) (так называемый "процесс пяти рыцарей").

Отрывок из процесса Удалла вместе с сопроводительной информацией можно найти в кн.: *Neal D. The History of the Puritans. Newburyport, Mass., 1816*, pp. 492—501.

Процесс Лилберна обсуждается в кн.: *Frank J. The Levellers: A History of the Writings of Three Seventeenth Century Social Democrats: John Lilburne, Richard Overton, and William Walwyn. Cambridge, 1965*, pp. 16—18.

²⁷Теория общественного договора обычно возводится к Джону Локку и Томасу Гоббсу. Однако веком ранее Кальвин попросил все население Женевы принять символ веры и дать клятву соблюдать Десять заповедей, а также поклясться в верности городу. Полиция группами вызывала людей для участия в соглашении (См. *McNeill J.T. The History and Character of Calvinism. New York, 1957*, p. 142; см. также гл. 2 и 12 настоящего исследования, где теория общественного договора прослеживается до Папской революции и формирования городов как присяжных коммун.

²⁸См.: *Pound R. Jurisprudence, St. Paul. Minn., 1959*, III, 8—15.

²⁹Моральный кодекс строителя коммунизма являлся частью Программы Коммунистической партии бывшего Советского Союза, принятой XXII съездом КПСС в 1961 г.

³⁰См.: *The Laws and Liberties of Massachusetts. Cambridge, Mass., 1929*.

³¹*Gilmore G. The Death of Contract. Columbus, Ohio, 1974*, pp. 87—94.

³²*Unger R.M. Law in Modern Society. New York, 1976*, p. 194.

³³*Ibid*, p. 196.

³⁴*Блок М. Феодальное общество, I, XVI* (по чикагскому изданию 1961 г.).

³⁵Там же, XVII.

³⁶*Hill C. A Comment // Ed. by R. Hilton. The Transition from Feudalism to Capitalism. London, 1976*, p. 121.

1.

Основа западной традиции права

¹См.: *Loyn H.R. Anglo-Saxon England and the Norman Conquest. New York, 1962*, p. 292. В этой главе слово "феодальный" употребляется в широком, а не техническом смысле; обсуждение феодального права в том виде, в каком оно сложилось в XI и XII веках, оставлено на последующие главы.

²*Levy E. West Roman Vulgar Law. Philadelphia, 1951*, pp. 6—7; *Schulz F. History of Roman Legal Science. Oxford, 1948*, p. 273.

³Вольфганг Кункель доходит даже до того, что называет "Leges Visigothorum" "жидкими и сырыми в качестве произведения законодательства" (*Kunkel W. An Introduction to Roman Legal and Constitutional History. Oxford, 1973*, p. 162). Кункель заявляет, что "даже в Италии юриспруденция упала до самого низкого уровня, какой только

можно себе представить. Современная наука тщетно старалась доказать существование в Италии значимой непрерывной традиции римского права” (Ibid, p.181); см. также: King P.D. *Law and Society in the Visigothic Kingdom*. Cambridge, 1972.

⁴Термины, понятия и правила римского вульгарного права играли некоторую роль в усилении королевской власти в каролингский период. Однако сохранившиеся книги законов каролингской эпохи не отражают правовую культуру, сравнимую с культурой классического римского права или с культурой, порожденной революционными событиями тремя столетиями позже (См.: *McKitterick R. Some Carolingian Lawbooks and Their Functions // Authority and Power: Studies in Medieval Law and Government / Ed. by B. Tierney and P. Linehan*. Cambridge, 1980, pp. 13—28.

⁵Салическую правду можно прочесть в [английском] переводе в книге: *Select Historical Documents of the Middle Ages / Ed. E.F.Henderson*. London, 1912, pp. 176—189. Немного более ранней компиляцией, чем Салическая правда, является Вестготская правда короля Эвриха (правил в 466—484 гг.), от которой сохранились только фрагменты. Другие варварские правды включают: Законы Этельберта, короля Кента, изданные около 600 г.; эдикт Ротари, лангобардского короля Ротари, изданный в 643 г.; а также Рипуарскую правду (рипуарских франков), Алеманнскую правду (алеманнов) и Баварскую правду (баваров), все изданы в середине VIII в. К концу VIII в. посланцами Карла Великого были записаны законы фризов, тюрингов, саксов. Эти и другие законы (шотландские, валлийские и ирландские, норвежские, исландские и русские) обсуждаются в книге: *Diamond A.S. Primitive Law Past and Present*, London, 1971.

⁶Законы Этельберта, разд. 34—42, 50—55, 58—60, 65—66. Законы Этельберта в английском переводе можно найти в книге: *Attenborough F.L. The Laws of the Earliest English Kings*. New York, 1963, pp. 4—17.

⁷См.: *Bona I. The Dawn of the Dark Ages: The Gepids and the Lombards in the Carpathian Basin*, Budapest, 1976, pp. 80—81.

⁸См.: *Diamond A.S. Primitive Law...*, pp. 228, 273. Отношение первобытного права к так называемому архаическому праву индоевропейских народов обсуждается в конце этой главы.

⁹Этот анализ частично основан на исследовании Джеймса Р. Гордли “Англосаксонское право” (*Gordley J.R. Anglo-Saxon Law*. 1970), хранящемся в рукописи в библиотеке юридического факультета Гарвардского университета. Термины этого анализа взяты из англо-саксонского права, которые, однако, почти идентичны терминам других германских правовых порядков этого времени и чрезвычайно сходны с наиболее ранними правовыми порядками всех индоевропейских обществ.

¹⁰Законы Этельберта, разд. 8, 15.

¹¹См.: *Berger R. From Hostage to Contract*. *Illinois Law Review*, 35 (1940), 154, 281.

¹²*Gordley J.R. Anglo-Saxon Law...*, p. 23.

¹³*Levi-Strauss C. Les structures elementaires de la parente*, Paris, 1964, pp. 597, 598.

¹⁴*Brown P. Society and the Supernatural: A Medieval Change // Daedalus*, Spring 1975, p. 135.

¹⁵Цит. по: *Rightmire G.W. The Law of England at the Norman Conquest*, Columbus, Ohio, 1932, p. 37.

¹⁶*Ibid.*, p. 36.

¹⁷Цит. по: *Palgrave sir F. The Rise and Progress of the English Commonwealth*. London, 1832, p. CXXXV.

¹⁸*Grimm J. Deutsche Rechtsalterthumer*, 1828; 3rd ed., 1881, введение; см. также: *Grimm J. Von der Poesie im Recht // Zeitschrift fur Geschichtliche Rechtswissenschaft*, 2, 1816, 25—99.

¹⁹*Huebner R. A History of Germanic Private Law*. Trans. by F.S.Philbrick. Boston, 1918, pp. 10—11.

²⁰*Ibid.*, pp. 11—12.

²¹*Gordley J.R. Anglo-Saxon Law...*, p. 31.

²²“Maxims”, p. 48, Cotton MSS, Британская библиотека. Лондон.

²³“Беовульф”, строки 2140—41; см. также: Cary о Ньяле (англ. перевод “The Icelandic Saga: The Story of Burnt Njal”, trans. Sir G. W. Dasent, new ed. with intro. by G. Turville-Petre, Edinburgh, 1957; рус. пер. “Исландские саги”. М., 1956). В книге дух героизма и мести воплощен в драматических событиях на судебном собрании племени (тинге). Аналогичное мировоззрение можно найти в самом раннем поэтическом произведении германских народов, “Старшей Эдде”, которая полна повествований о насилии, мщениии и отчаянном героизме. Франц Боркенау подчеркивает, что в эдической поэзии господствует мощный дух вины и личной ответственности, в отличие от более поздней истории Зигфрида в “Песни о Нибелунгах”, в которой вина обычно отрицается, а убийца может быть героем. Боркенау находит параллель между сосредоточенностью “Старшей Эдды” на инцесте и семейном убийстве, за которым следует возмездие, и преобладанием (с его точки зрения) инцеста (“в удивительно разнообразных подробностях”) и убийства (особенно убийства внутри семьи) среди преступлений, наказуемых монашескими уложениями о наказаниях VII — VIII вв. и позже (см.: *Borkenau F. Primal Crime and Social Paranoia in the Dark Ages // Ed. by R. Lowenthal. End and Beginning. New York, 1981, pp. 382—391.* Уложения о наказаниях обсуждаются ниже в этой же главе.

²⁴*Loyn H.R. Anglo-Saxon England.., p. 217.*

²⁵*Ibid, p. 300.*

²⁶*Levi-Strauss C. Structural Anthropology // trans. C. Jacobson and B. Schoepf. New York, 1963, p. 132 (рус. пер.: Леву-Стросс К. Структурная антропология. М., 1985. — Прим. перев.).*

²⁷См.: *Watkins C. Studies in Indo-European Legal Language, Institutions, and Mythology // Ed. by G. Cardona, H. M. Hoenigswald and A. Seen, Indo-European and Indo-Europeans. Philadelphia, 1970, p. 321.* Уоткинс приводит несколько примеров сложных правовых понятий, общих для всех индоевропейских народов, включая одно понятие, “ноксальная выдача”, в котором имеется одна и та же лексическая единица (лат. “sarcifere”, хеттск. “sarnikzi”) и которое занимает одно и то же место в правовой структуре двух обществ, которые не имели контактов друг с другом в то время, когда использовали это понятие. (Это понятие относится к выдаче или выкупу раба или предмета, причинившего вред другому.) Уоткинс подчеркивает, что совпадение языкового равенства и одинакового института показывает общее происхождение, когда по хронологическим и географическим причинам невозможно взаимовлияние. Его пример “доказывает, что институт ноксальности в индоевропейском обществе так же стар, как общность латинского и хеттского, то есть на данном этапе наших знаний это означает, что он относится к общему индоевропейскому периоду” (там же. С. 333).

Некоторые из общих черт архаического права индоевропейских народов разделяют современные первобытные общества. Тем не менее антропологи в целом избегали изучения индоевропейского права, отчасти из-за его положительного значения для теории общественной эволюции, а отчасти потому, что его нельзя изучать “в поле”. Даймонд (Primitive Law) является исключением, будучи практически единственным современным антропологом, который попытался сопоставить архаическое право с современным первобытным правом. Однако он не отмечает самой важной отличительной черты архаического права в сравнении его с современным первобытным правом, а именно центральной роли суда, то есть формального судопроизводства (включая как тяжбу, так и вынесение приговора), в правовом порядке.

²⁸*Jolliffe J.E.A. The Constitutional History of Medieval England. 3rd ed. London, 1954, p. 24; см. также: Kern F. Kingship and Law in the Middle Ages, trans. S.B. Chrimes. Oxford, 1939, p. 151: “Закон [в эпоху раннего Средневековья] стар; новый закон — это противоречие в терминах... всякое законодательство и правовая реформа воспринимаются как восстановление доброго старого закона, который нарушался”.*

²⁹О монашеском движении в этот период см. великолепный очерк Кристофера Доусона в книге: *The Making of Europe: An Introduction to European Unity, 1932. New York and Cleveland, 1956, pp. 176—186.* Более подробно см.: *Lehane B. The Quest of Three Abbots. New York, 1968.*

³⁰История, рассказанная англосаксонскими хрониками, касается обращения римского миссионера Паулина к языческому королю Нортумбрии и его последователям в начале VII в. Рассказывается, что, когда Паулин закончил свою речь, через зал пролетел воробей, и тогда заговорил старый советник. Он сказал: “Жизнь человека подобна полету воробья через ярко освещенный зал, когда сидишь за мясом, в очаге пылает огонь, а за дверью ледяной дождь и буря. Воробей влетает через одну дверь и мгновение пребывает в свете и тепле, а потом вылетает через другую и исчезает в зимней мгле. Так мгновение пребывает и жизнь человека, но что прежде нее и что за ней, мы не знаем. Если новое учение нам это скажет, давайте последуем ему” (*Беда Достопочтенный. Historia Ecclesiastica gentis Anglorum* / Под ред. Ч. Пламмера (C. Plummer, Oxford, 1896, II, 13.)

³¹См.: *Boehmer H. Das germanische Christentum // Theologische Studien und Kritiken.* 86, Halle. 1913, 165—280.

³²См.: *Блок М. Феодальное общество / Пер. Е.М.Лысенко. С. 137. // М. Блок. Апология истории. М., 1973. Из серии “Памятники исторической мысли”; Bloch R.H. Medieval French Literature and the Law. Berkeley, Calif., 1978, p. 19.*

³³Беда Достопочтенный через 130 лет сказал об Этельберте, что “среди других благ, которыми он одарил свой народ, он издал законы для него по совету своих советников и по примеру римлян” (“*decreta illi iudiciorum iuxta exempla Romanorum cum consilio sapientium constituit*”). (*Беда Достопочтенный. Historia Ecclesiastica... II, 5.*)

Уоллес-Хедрилл указывает, что не следует считать, что фраза “*iuxta exempla Romanorum*” означает, будто законодательство было принято как у римлян, “скорее Этельберт следовал... Салическому закону и различным бургундским, готским и лангобардским примерам, которые привез из Италии Августин” (см.: *Wallace-Hadrill J.M. Early Germanic Kingship in England and on the Continent.* Oxford, 1971, p. 37. Уоллес-Хедрилл добавляет, что по крайней мере 19 из 90 статей Этельберта имеют параллели в Салической правде и что имеются параллели и с другими германскими кодексами. Он пишет: “Привлечение *exempla* свидетельствовало о связи, существовавшей в умах римлян между обращением и правом, так это было в Галлии, в Испании, в Италии, несомненно, и в Кенте” (с. 39).

Несмотря на это, два ведущих английских историка права, стремясь доказать отсутствие всякого иностранного влияния на английское право, заходят далеко, утверждая, будто бы законы Этельберта были “чисто языческого происхождения” и “вероятно” изданы до появления христианства в Англии в 597 г. (см.: *Richardson H.G. and Sayles G.O. Law and Legislation from Ethelbert to Magna Carta.* Edinburgh, 1966). Опровергая этот взгляд, Уоллес-Хедрилл указывает, что законы Этельберта находились в русле правовой традиции, включавшей право франков, бургундов, других германских племен. Пала Григорий Великий, посылая миссию из 40 человек (плюс переводчики) во главе с Августином для обращения Этельберта в христианство, писал английскому королю, что если он обратится к истинной вере, то будет благословен Богом так же, как сам император Константин. Как пишет Уоллес-Хедрилл, “папа этим хотел дать понять, что новообращенный вступает в семью католических королей, отцом которой является император (в Константинополе). Переписка папы и императора, относящаяся к этому времени, не оставляет на этот счет никаких сомнений... В политическом смысле это может означать мало или не означать ничего. Однако одно последствие было несомненно: новообращенный король вступал в традицию писаного права, первоисточником которого был император. И это одна из причин, почему законы Этельберта следует датировать временем после его обращения в христианство. Своды законов были даром римлян, причем римлян-христиан, королям германцев” (с. 29). (см. также: *Simpson A.W.B. The Laws of Ethelbebert // Arnold M.S., Green T.A., Scully S.A., and White S.D. On Laws and Customs of England: Essays in Honor of Samuel E. Thorne, Chapel Hill, N.C., 1981, pp. 3—17.*

³⁴См.: *Vernadsky G. Medieval Russian Laws.* New York, 1947.

³⁵Альфред также включил в свои законы золотое правило: не делай другим того, что ты не хотел бы, чтобы сделали тебе, с добавлением: “Благодаря одному этому закону человек может помнить, что надо судить всех справедливо, ему не нужно никакой другой книги законов”. Законы Альфреда можно найти в книге Аттенборо на с. 62—93.

³⁶См.: *Dawson C. The Making of Europe...*, pp. 190—201. При Карле Великом Франкское государство “было церковью-государством еще в большей степени, чем Византия... Король был правителем и церкви, и государства, и его законодательство устанавливало строжайшие и мельчайшие правила поведения духовенства, равно как и церковную доктрину и обряды... Правление всей империи носило в значительной степени церковный характер, ибо епископ наравне с двором управлял 300 округами, на которые делилась империя, а центральное правительное было в основном в руках церковников канцлерского суда и королевской капеллы... Контроль и надзор за местной администрацией осуществлялся посредством характерного каролингского института “государственных посланцев” (*missi dominici*), которые по очереди объезжали все страны империи, совсем как [впоследствии] английские судьи ассизов. Здесь тоже самые важные задания доверялись епископам и аббатам” (с. 190). Доусон цитирует великого советника Карла, англосакса Алкуина, который писал, что в мире существуют три великие силы: папство в Риме, империя в Константинополе и королевское достоинство Карла. Из них последняя сила выше других двух, потому что Христос назначил Карла руководителем народа христианского (*populus Christianus*). Алкуин заменил в церковной службе фразу “*imperium Romanorum*” на “*imperium Christianum*”, подразумевая империю Карла, которая мыслилась превосходящей Рим и римлян.

О сакральности королевской власти в Англии и о роли Альфреда как главы церкви см.: *Chaney W.A. The Cult of Kingship in Anglo-Saxon England*, Berkeley and Los Angeles, 1970, особ. гл. 6 *Sacral Kingship in Anglo-Saxon Law*.

Чейни пишет, что “самое фундаментальное понятие в королевской власти у германцев — это нераздельность ее политической и религиозной функций... [Король] не бог и не всемогущ, но он исполнен харизматической силы, на которой основано благополучие его племени. Это мана короля... [которая] пронизывает не одного только короля, а и все “королевское племя”, то есть тот род, из которого народ его избирает” (с. 13, 15). Сакральность королевской власти перешла и в христианский период. Не проводилось различия между светской и духовной сферой, а король был Христовым заместителем в обеих и должен был “законодательствовать по церковным и по светским вопросам, то есть по всеобъемлющему благополучию своего королевства под главенством Бога и короля” (с. 192). “Король продолжал оставаться главой народа под божественной этидой и разделение религии и королевской должности было так же немислимо, как и во времена язычества...От правителя ожидали, что он будет исполнять для своего народа теологическую и эсхатологическую роль” (с. 247).

³⁷*VIII Aethelred II // Ed. by Robertson A.J. The Laws of the Kings of England from Edmund to Henry I. Cambridge, 1925, p. 119.*

³⁸*Ibid, p. 43.*

³⁹*Sohm R. Frankisches Recht und romisches Recht. ZSS (rom), 1 (1880), 1.*

⁴⁰См.: *Levy E. Reflections on the First Reception of Roman Law in Germanic States // Gesammelte Schriften. I, Köln, 1963; Levy E. Vulgarization of Roman Law in the Early Middle Ages // Ibid., pp. 220—247; Levy E. West Roman Vulgar Law: The Law of Property. Philadelphia, 1951; Levy E. Westromisches Vulgarrecht: Das Obligationenrecht. Weimar, 1956.*

⁴¹См.: *Loyn H.R. Anglo-Saxon England...*, p. 292. “Присутствие сородичей, могущих поручиться за хорошее поведение [человека] и отомстить, если его обидят или убьют, имело первостепенную важность... Если человек находился в тюрьме, сородичи кормили его. Если его захватывали враги после того, как он скрылся в убежище, выдержал осаду в собственном доме или в результате добровольной сдачи в чистом поле, его родичей следовало известить об этом в течение 30 дней. Если его ловили на краже, обвиняли в колдовстве или подстрекательстве, родственники могли дать за него залог. Если они отказывались это сделать, то человек был обречен на жизнь в рабстве или смерти. Если

его убивали в течение первого года после того, как забрали в рабство, то сородичи получали его вергельд... Если человек умирал молодым, то сородичи брали на себя заботу о наследнике... Несомненно, родственники имели большую власть над недвижимостью... Однако при том, что все эти общественные вопросы имели важное значение, и родичи обеспечивали положение человека в законе, снабжая его компургаторами, чтобы те присягнули в суде в его невиновности или добром имени, род представлял собой наиболее впечатляющее зрелище и приобретал наибольшую важность в связи с двумя тесно связанными институтами: уплатой вергельда и ведением вендетты. Если человек подвергся насилию и погибал, то его родичи имели право начать кровную месть против рода убийцы. Такую месть можно было уладить путем композиции. Можно было откупиться от копия, вергельд был суммой, уплачиваемой одним родом другому в качестве такой композиции. Это была цена крови". Лойн описывает англо-саксонское право, но его описание равно применимо и к франкскому праву, и к законам всех других народов, населявших Европу между V и VI или X и XI вв.

⁴²Керн пишет: "[Обычное право] незаметно проходит устаревшие законы, которые погружаются в небытие, но само право остается юным, всегда пребывая в уверенности, что оно старое. Однако оно не старо, скорее, на старое право вечно накладывается слой молодого права, свежая струя современного права выбивается из животворных источников подсознания, большей частью еще не заключенных в жесткие границы записанных законов и хартий... Обычное право напоминает первобытный лес, который, хотя его никогда не рубили и едва ли менялись его очертания, постоянно омолаживается и через сто лет будет совершенно иным лесом; а снаружи он остается все тем же "старым" лесом, в котором медленный рост в одной его части сопровождается незамеченным увяданием в другой" (*Kern F. Kingship and Law*, p. 179).

⁴³Существует сравнительно небольшой, но ценный объем литературы на английском языке по уложениям о наказаниях, который включает следующие книги: *McNeill J.T. and Gamer H.M. Medieval Handbooks of Penance: A Translation of the Principal Libri Poenitentiales and Selections from Related Documents*. New York, 1938; *Oakley T.P. English Penitential Discipline and Anglo-Saxon Law in Their Joint Influence*. New York, 1923; *McNeill J.T. The Celtic Penitentiales and Their Influence on Continental Christianity*. Paris, 1923; а также несколько статей Макнейла, перечисленных во введении в "Medieval Handbooks...". Роль уложения о наказаниях в монашеском движении VI—X вв. живо обрисована в книге: *Lehane B. The Quest of Three Abbots*.

⁴⁴См.: *Poschmann B. Penance and the Anointing of the Sick*, trans. Courtney F. S.J. New York, 1964, p. 104.

⁴⁵*Ibid*, p. 64; см.: Уложение Куммеана (ок. 650 г.) в книге: *Medieval Handbooks...*, p. 98.

⁴⁶Бонифаций, англо-саксонский монах, сыгравший главную роль в обращении в христианство той территории, которая ныне является Германией, был против кельтского предпочтения личному, тайному покаянию. Один из капитуляриев Карла Великого от 813 г. содержал требование "открытого греха, открытой исповеди", а в 847 г. Майнцский собор постановил, что за публичные преступления должно быть публичное покаяние. Однако Макнейл (*Celtic Penitentiales*, p. 173) отмечает, что эти условия не соблюдались регулярно. Впрочем, практика публичного покаяния сохранялась, по крайней мере как сугубо добровольное дело. Так, одно франкское уложение X в. постановляет: "В начале Великого поста все кающиеся, которые предприняли или предприняли публичное покаяние, должны предстать перед епископом города перед дверьми церкви, одетые в мешковину, с босыми ногами, с лицами, опущенными к земле" (Церковная дисциплина Регоно, Канон 295 // *McNeill J.T. and Gamer H.M. Medieval Handbooks...*, p. 315).

⁴⁷См.: *Oakley T.P. Penitential Discipline...*, p. 169. В случае убийства в дополнение к обычным видам покаяния преступник должен был удовлетворить друзей убитого (возможно, это относится к вергельду) и оказать услуги отцу и матери.

⁴⁸Ср.: *McNeill J.T. The Celtic Penitentiales...*, p. 185. Более ранние формулы были в сослагательном наклонении: "Ipse te absolvat" или "Absolvat te sanctus Petrus et beatus

Michael archangelus". В первой половине XIII в. обычной была формула декларативная: "Ego absolvo te auctoritate domini Dei nostri Jesu Christi et beati Petri apostoli et officii nostri".

⁴⁹См: *McNeill J.T. and Gamer H.M. Medieval Handbooks*, p. 323. Формула "лекарство для души" относится к более раннему времени. Так, Уложение Куммеана начинается словами: "Здесь начинается Пролог оздоравливающего лекарства душ" (*Ibid*, p. 99).

⁵⁰Это была формула Александра Тралесского (525—605), крупнейшего медицинского авторитета эпохи. (*Ibid*, p. 44).

⁵¹Уложение Колумбана (ок. 600 г.), A. 12 (*Ibid*, p. 251).

⁵²*Ibid*, p. 223.

⁵³*Mortimer R.C. Western Canon Law*. London, 1953, p. 28.

⁵⁴VI Aethelred 50 // *Robertson, Laws of the Kings*, p. 104.

⁵⁵См.: *Dawson C. The Making of Europe...*, p. 190.

⁵⁶"*Leges Henrici Primi*" // Ed. and trans. L. Downer. Oxford, 1972, pp. 81, 101, 143, 173, 177, 271.

⁵⁷Цит. по: *Stenton D.M. English Justice Between the Norman Conquest and the Great Charter, 1066—1215*. Philadelphia, 1964, p. 7.

⁵⁸*Ibid*, p. 8.

⁵⁹*White S.D. Pactum... legem vincit et amor iudicium. The Settlement of Disputes by Compromise in Eleventh-Century France // American Journal of Legal History*, 22, 1978, 301—302.

⁶⁰*Gluckman M. Custom and Conflict in Africa*. Oxford, 1955, pp. 1, 5.

⁶¹*Wallace-Hadrill J.M. Early German Kingship...*, p. 151.

⁶²*Kern F. Kingship and Law*, p. 180. Керн говорит о "средневековом" праве, но он явно имеет в виду обычное право племен раннего Средневековья, то есть периода до конца XI в.

⁶³Эта история рассказана в книге: *Ornstein R.E. The Psychology of Consciousness*.

⁶⁴Об интуитивном (включая мистическое и поэтическое) и аналитическом как двух взаимодополняющих аспектах сознания и их отношении к двум полушариям мозга и двум сторонам тела см.: *Ornstein Psychology of Consciousness*; см. также: *Bruner J. On Knowing: Essays for the Left Hand*. Cambridge, Mass., 1962, pp. 2—5. Брунер соотносит символику правой руки с действием, правом и наукой, а символику левой руки — с чувством, интуицией и сердцем. Он отмечает связь между словом, обозначающим право во французском языке ("droit"), и словом, обозначающим правую сторону. (То же относится и к немецкому слову "Recht", и к русскому "право", и к английскому слову "right", которое когда-то означало право в широком смысле, как в старинном выражении "common Right", и которое все еще означает защищенное законом право, как в выражениях "property right" или "contract right".) Брунер, однако, понимает, что научное знание, а скорее всего и право, нельзя достать одной правой рукой. Он пишет во введении к своей книге: "С детства я был очарован фактом и символикой правой и левой руки: одна — деятель, другая — мечтатель. Правая рука — это порядок и законность, "le droit". Ее красота — красота геометрии и тугого смысла. Стремление достать знание правой рукой — это наука. Однако сказать о науке только это и не более — значит проглядеть один из ее стимулов, ибо великие гипотезы науки — дары, приносимые левой рукой".

⁶⁵См.: *Bohannon P. Justice and Judgment Among the Tiv*. London, 1957.

⁶⁶*Diamond A.S. Primitive Law*, pp. 61, 195, 317 (п. 10), 320.

⁶⁷См.: *Maine H.S. Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society and Its Relation to Modern Ideas*. Boston, n.d., p. 15.

⁶⁸*Diamond A.S. Primitive Law...* p. 47—48. Даймонд также критикует Мэна за утверждение, что ранние кодексы были "простыми сборниками существующих обычаев" (с. 45) и что вообще "право происходит из существующих норм поведения, которые в то же самое время являются по своей природе законными, моральными и религиозными" (с. vii). Даймонд считает последнее положение столь дискредитировавшим себя, что критиковать его "в наше время едва ли стоит". Но Мэн почти неизменно бывал гораздо

точнее в своих утверждениях, чем признают его критики. Во-первых, он говорил не о германских кодексах, а о древних кодексах римлян, греков и индусов (XII Таблиц, Аттический кодекс Солона, Законы Ману). Во-вторых, предположение о том, что исторически “право” (Мэн здесь не говорит “кодексы”) “произошло” от существующих норм поведения. Можно предположить, что первые правовые нормы произошли в законченном виде из головы какого-то законодателя. Даймонд считает абсурдным как раз утверждение, что эти существующие нормы поведения были по природе моральными и религиозными, равно как и законными. Однако его точка зрения основана на смешении понятий “моральный и религиозный” с “священническим” или “церковным”. Взгляды Мэна и Даймонда обсуждаются ниже в примечаниях 69 и 70.

⁶⁹Lloyd D. *The Idea of Law*. London, 1970, p. 235. Ллойд пишет: “Одно время было широко распространено мнение, что в раннем обществе невозможно различить правовые, моральные и религиозные нормы, так как они столь тесно сплетены в единую ткань... Однако тот факт, что соблюдение обычаев может питаться религиозными убеждениями общества и от них приобретать значительную часть своего обязательного характера, не означает, вопреки представлениям более ранних авторов, таких как сэр Генри Мэн, что нет возможности провести различие между религиозными и светскими правилами в первобытном обществе... Правила, составляющие религиозные табу, нарушение которых навлекает на человека прямое наказание от рук сверхъестественных сил, часто отличны от правил, которые регулируют социальную и экономическую организацию общества, и надзор за соблюдением которых находится в руках какой-либо светской власти — самого племени или клана, вождя, группы старейшин, или же ближайших родственников пострадавшего” (с. 232). Ссылка на Мэна неоправдана, так как он никогда не писал, что в ранних обществах нельзя отличить религиозные табу, за соблюдением которых надзирает сверхъестественная сила, от правил социальной и экономической организации, за соблюдением которых следит племя или род. Мэн писал, что “светские” нормы (как называют их Ллойд, Даймонд и другие) питались (это признает и Ллойд) религиозными представлениями общества и от них получали значительную часть своего обязывающего характера; и питались столь обильно, что эти нормы и представления были, по прекрасному выражению Ллойда, “сплетены в единую ткань”.

Различие между Даймондом и Мэном и в меньшей степени между Ллойдом и Мэном проистекает не столько из разного определения характерных фактов, сколько из разных концепций природы и цели права. И Даймонд, и Ллойд считают, что значимый признак права — это наложение правительственными чиновниками санкций за нарушение правил. Так, Ллойд пишет: “В широком смысле... жизненно важный контраст между первобытным обычаем и развитым правом не в том, что первый лишен материальных черт права, или что он не поддержан санкциями, а просто в отсутствии централизованного управления... нет центральных органов ни для создания права, ни для соблюдения его” (с. 235).

Определение права Даймонда, данное в тексте, также в основе своей является позитивистским. Право состоит из правил, установленных государством и соблюдаемых под надзором государства. Однако Мэн считает неотъемлемой чертой права существование группы лиц, по сути, судей, которые “исключительно обладают теми принципами, по которым решаются споры” (*Ancient Law*, p. 11). Мэн один из первых показал, что позитивистское определение права исключает из поля зрения значительную часть первобытного права и что, напротив, определение, которое охватывает всякий обычай, невзирая на его источник и природу, почти ничего не оставляет вне поля зрения. Таким образом, Мэн, написавший в сущности немного о народном праве германцев, возможно, нашел бы его источник не в ранних кодексах (как делает Даймонд), а в тех решениях (“dooms”) фольклотов, которые эти кодексы отражали и направляли. Возможно, Мэн сказал бы, что нормы германских кодексов “произошли” из существующих норм поведения, которые в то же самое время были по своей природе законными, моральными и религиозными. Эти кодексы стали “правом” благодаря тому факту, что они состояли из приговоров и “dooms”, которые отражали и направляли знание тех, кому было по-

ручено объявлять и применять обычай в случае конфликта. Однако показав, что франкские и англо-саксонские “dooms” были неотъемлемой частью религиозной системы — системы “wurgd” и “lof”, судебных испытаний и компургации, я, надеюсь, продемонстрировал, что они не только “произошли” из существующих норм поведения, которые в то же самое время были по своей природе законными, моральными и религиозными, но фактически были “сплетены” с моральными и религиозными представлениями “в единую ткань”.

Из-за своего определения права Даймонд склонен трактовать германские кодексы как сами по себе единственное “право”, вместо того чтобы считать их частью более крупного законного (и в самом деле морального и религиозного) порядка. Он даже доходит до утверждения, что то, чего не было в кодексах, не могло иметь значения и в праве, конкретно имея в виду тот факт, что в ранних кодексах мало что было о процедуре. Так, он заявляет, что “для тогдашнего варвара суть дела была в правилах закона, а не в процедуре. Эта простая истина казалась бы самоочевидной, если бы не широко распространенный взгляд на первобытное право, который и распространился с помощью известных изречений Мэна, а именно, что для раннего человека [слова Мэна] норма процедуры по важности перевешивает норму существа, что материальное право на первый взгляд постепенно вырабатывается в недрах процедуры” (с. 61). Единственное основание говорить, что вопрос “самоочевиден” — так это то, что кодексы содержат мало указаний о процедуре. Однако допущение, что кодексы предназначались для решения всех важных аспектов права, совершенно необоснованно. Кодексы предназначались в основном для тех аспектов права, которые требовали формулировок по материальным правилам, по существу. Подавляющее большинство условий кодексов касались убийств, нанесения ран, половых преступлений (изнасилование, прелюбодеяние и соблазнение), краж. Многие вопросы и помимо процедуры были опущены или едва затронуты. Например, в некоторых кодексах не затрагивалась измена, обычно опускались феодальные отношения. Едва упомянуто земельное право. Истина состоит в том, что формулирование материальных правил, которые устанавливали точные суммы денег, уплачиваемых за разные обиды, было важной частью процедуры улаживания межклановых и межсемейных конфликтов. Итак, мы вместе с Мэном можем сказать, что право кодексов и вправду выглядит так, словно “вырабатывается в недрах процедуры”.

⁷⁰Даймонд в “Первобытном праве” на с. 326 и далее утверждает, что право и религия имеют в первобытных обществах две точки соприкосновения: во-первых, некоторые преступления столь отвратительны, что становятся нарушением и закона, и религиозных норм, а во-вторых, религиозные санкции или вера в магию могут применяться в юридических процедурах для установления истины путем применения испытания или другой формы божьего суда. Иначе, говорит он, право является всецело светским и в основе своей не затронуто религией. Эти выводы, конечно, следуют из его определения права. (См. прим. 68 и 69).

⁷¹См.: *Yu-Lan F. A History of Chinese Philosophy*, trans. Derk Bodde, 2 vols. Princeton, N.J., 1953. Говорилось, что небо, то есть естественная вселенная, взаимодействует с человеческими делами; небо определяет добродетель и наказывает зло (*Ibid.* II, 500—508). Хорошее краткое пояснение значения fa и li можно найти в статье *Bodde D. and Morris C. Basic Concepts of Chinese Law* // Eds. J.T. C. Liu и Weiming Tu, *Traditional China*, Englewood Cliffs, N.J., 1970, pp. 92—108. Небесное li, корнящееся во врожденном человеческом чувстве, предписывает способы поведения в наиважнейших человеческих отношениях: отца и сына, правителя и подданного, мужа и жены, старшего и младшего брата, друга и друга, в то время как fa (право) стирает все эти отношения, навязывая единообразие. Li, созданное мудрецами древности в соответствии с человеческой природой и космическим порядком, имеет универсальную значимость, а fa всего лишь сиюминутное создание нынешних людей. Обряды и церемонии li дают жизни поэзию и красоту, а fa механистично и лишено эмоционального содержания. Я обязан Ю.К.Лю пониманием этих воззрений.

Истоки западной традиции права в Папской революции

¹Концепция Папской революции как фундаментального перелома в исторической непрерывности церкви и как первой из великих революций истории Запада была впервые выдвинута Ойгеном Розеншток-Хюсси в его книгах “Die europäischen Revolutionen”, 1931 (изд. 3-е, испр. и доп.), Stuttgart, 1960 и “Out of Revolution: The Autobiography of Western Man”. New York, 1938. См. также его книгу: Driving Power of Western Civilization: The Christian Revolution and the Middle Ages (предисловие Карла В. Дейча). Boston, 1949. Из историков церкви см.: *Tellenbach G. Libertas: Kirche und Weltordnung im Zeitalter des Investiturstreifes*. Stuttgart, 1936; английский перевод с предисловием Р.Ф. Беннета: *Church, State and Christian Society at the Time of the Investiture Contest*. London, 1959 (перепечатка в серии Harper Torchbooks. New York, 1970). Телленбах утверждает, что движение за освобождение церкви от контроля короля и других мирских властей, начало которого он относит к 1058 г., является “великой революцией всемирной истории” (с.111) и что папа Григорий VII “является величайшим, а с духовной точки зрения, возможно, и единственным, поворотным пунктом в истории католического христианства... Он был по своему духу революционером; реформа в обычном смысле слова... не могла удовлетворить его” (с.164).

В книге: *Knowles D. and Obolensky D. The Christian Centuries Vol.2, “The Middle Ages”*. New York, 1968, — утверждается, что в ходе григорианской реформы “на Западе впервые возник организованый класс, духовенство, то есть клирики, тесно сплоченные под руководством епископов, которые сами были крепко привязаны к епископу Рима, класс, имевший право и интересы, отделявшие его от мирян, которым отводилось низшее место” (с. 169). “Если не придерживаться строгости, — пишут далее авторы, — то можно сказать, что именно григорианская реформа разделила в итоге духовенство и мирян на два разных отряда внутри церкви. Это разделение все больше подчеркивалось, и вскоре понятия “церковь” и “церковник” стали обозначать духовенство как противоположное мирянам понятие” (с.260). Даже такой убежденный сторонник мнения о непрерывной преемственности в католической истории, как Уолтер Уллман, писавший, что Григорий VII пытался “перевести абстрактные принципы в конкретные правительственные действия”, тем не менее характеризовал григорианскую реформу как “первое конкретное применение этих принципов” (*Ullmann W. The Growth of Papal Government*. London, 1955, p.262). Уллман писал, что папство во второй половине XI в. было “не просто папством данной реформы” — оно не “ограничивало свои задачи искоренением определенных пороков и зол”. “Папство пыталось претворить в жизнь принципы священноначалия...” Другими словами, папство хотело не “простой реформы”, а революции.

В своем классическом исследовании “Western Society and the Church in the Middle Ages” (Harmondsworth, 1970) R.W.Southern утверждает, что не прошло и 60—70 лет после 1050 г., как картина экономического положения, религиозных идеалов, форм правления и обрядовых процессов в Европе “изменилась почти во всех отношениях”. “Светский правитель был смещен со своего пьедестала квазибожественного великолетия, папа приобрел новую власть вмешиваться и руководить как духовными, так и светскими делами, бенедиктинский устав лишился своей монополии в религиозной жизни, совершенно новый импульс был придан праву и богословию, было сделано несколько важных шагов в направлении понимания физического мира и даже управления им. Экспансия Европы началась всерьез. То, что всему этому суждено было свершиться за столь короткое время, является самым примечательным фактом истории Средневековья” (с. 34).

В статье Ива Конгара, многое поясняющей, утверждается, что “реформа, начатая Св. Львом IX и с такой энергией продолженная Св.Григорием VII, представляет собой решительный поворот с точки зрения церковной доктрины вообще и понятия авторитета в частности”. Конгар указывает, “что поиск юридических текстов для поддержания

позиции Григория ознаменовал начало науки канонического права и что тайна программы Григория лежит в его переводе абсолютной справедливости, или божественного права, в новую систему церковного права, в сердце которой правовой авторитет папы". "Человек воистину подчиняется Господу, когда он подчиняется его представителю", — пишет Конгар. Он утверждает, что начиная с XI в. авторитет церкви, и в особенности высший авторитет папы, стал оформляться в юридических терминах. Например, именно тогда впервые термин "папская курия" был использован для обозначения папского дома как суда, автоматически обладавшего властью рассматривать или пересматривать любые постановления, принятые епископскими судами (*Congar Y. The Historical Development of Authority in the Church: Points for Christian Reflection // Ed. by John M. Todd Problems of Authority: An Anglo-French Symposium. London and Baltimore, 1962, pp. 139—140*).

Великий французский историк общества и экономики Марк Блок пишет: "Григорианская реформа была чрезвычайно мощным движением, к которому можно без натяжки приурочить окончательное формирование латинского католицизма, именно тогда и не по случайному совпадению навсегда отделившегося от восточного христианства. Как ни различны проявления этого духа, более нового, чем думалось его ревнителям, его существо можно выразить в нескольких словах: в мире, где до той поры священное и светское были почти неотделимы, григорианское течение стремилось утвердить изначальность и превосходство духовной миссии, носителем которой является церковь, стремилось выделить священника и поставить его над простым верующим" (*Блок М. Феодальное общество / Пер. Е.М.Лысенко. М., 1973. С. 157—158*). Блок также выдвигает мнение, что этот революционный дух внутри церкви был связан с происходившей в это время крупной общественно-экономической переменой, которая отделила "первый феодальный период" от "второго феодального периода" (выражение Блока). Он пишет: "К середине XI в. наблюдается ряд очень глубоких и очень широких перемен", которые "охватили одну за другой почти все кривые общественной жизни" (с. 116). В дополнение к духовным и общественно-экономическим переменам Блок также указывает на "огромный расцвет культуры" в это время и на новый образ мышления в отношении общества. Здесь он подчеркивает важность возрождения юриспруденции во второй половине XI в., интерес к которой "побуждал видеть в социальных реальностях нечто такое, что может быть методично описано и истолковано" (с. 158). Новая юридическая образованность давала результат и в другом направлении. "Каков бы ни был предмет рассуждения, он прежде всего приучал умы мыслить последовательно" (с. 158). В результате к концу XII в. "люди действия обычно располагали более совершенным, чем прежде, инструментом логического анализа" (с. 159). Во время недавнего реформаторского движения, начатого папой Иоанном XXIII, все большее число католических сторонников радикальных перемен обращается к папе Григорию VII как к зачинателю новой эры в истории церкви, эры, которая ныне, как они видят, близится к концу (см. об этом: *Kung H. The Church. New York, 1967, p.384*).

Среди светских историков значение Папской революции отчасти высвечивалось, а отчасти затемнялось новым открытием "XII века" как периода формирования западных институтов, мысли, искусства нового времени. Англоязычная литература на эту тему уходит корнями в книгу: *Haskins C.H. Renaissance of the Twelfth Century. Cambridge, Mass., 1927*; см. также: *Claggett M., Post G. and Reynolds R. Twelfth-Century Europe and the Foundations of Modern Society. Madison, Wis., 1961*; *Morris C. The Discovery of the Individual, 1050—1200. New York, 1972*; *Packard S.R. Twelfth-Century Europe: An Interpretive Essay. Amherst, Mass., 1973*; *Cantor N.F. Medieval History: The Life and Death of a Civilization. New York, 1963*. Автор последней работы говорит о григорианской реформе как о "первой из великих революций в истории Запада" и ставит ее в один ряд с Реформацией, Французской революцией, Русской революцией. Этим он правильно определяет период фундаментальной перемены промежутком между 1050 и 1150 гг., а не между 1100 и 1200 гг..

Как писал Марк Блок, “появление во Франции XI в. больших эпических поэм можно рассматривать как один из симптомов могучего культурного расцвета последующего периода. Нередко говорят: “Возрождение XII века”. При всех оговорках, касающихся этих слов, буквальный смысл которых, казалось бы, должен означать отнюдь не изменение, а всего лишь воскресение, формулу можно сохранить, с условием, однако, что мы не будем слишком точно соблюдать ее хронологические рамки. Если это движение и развернулось во всю ширь именно в тот век, с которым его обычно связывают, то первые проявления его, а также соответствующих демографических и экономических изменений относятся к поистине решающему периоду в два-три десятилетия накануне 1100 г.” (Блок М. Феодальное общество. С. 154).

Джозеф Стрейер приписывает Григорию VII и связанным с его именем событиям в конце XI и в XII столетии происхождение идеи государства нового времени (*Strayer J. On the Medieval Origins of the Modern State. Princeton, N.J., 1970, p.22*). Это одна из основных тем моей книги.

Революционные перемены в устройстве и правовой структуре европейских государств в период после борьбы за инвеституру в деталях прослеживаются в важной книге: *Mittels H. Der Staat des Hohen Mittelalters: Grundlinien einer vergleichenden Verfassungsgeschichte des Lehnzeitalters. 4nd ed. Weimar, 1953.* Англ. перевод (автор H.F.Orton) *The State in the Middle Ages: A Comparative Constitutional History of Feudal Europe. Amsterdam, 1975.* Миттайс не колеблясь говорит о “конституционной революции” в этот период и о “революции в политической мысли”, а также о “революционных переменах” в праве. Значительная часть этого материала охвачена также в книге: *Ullmann W. Law and Politics in the Middle Ages. London, 1975.* Хотя Уллман и не проводит такого резкого различия между периодами до и после борьбы за инвеституру.

См. также: *Brown P. Society and the Supernatural: A Medieval Change, Daedalus, Spring 1975, p.133,* где приводится каталог фундаментальных изменений, который может служить разделом “Содержание” для данной главы. Браун пишет о “внезапном появлении новых взаимоотношений между духовенством и мирянами во время борьбы за инвеституру (борьбы, связываемой с именем великого папы — Григория VII (1073—1085), а на самом деле это процесс в западном обществе, столь же широкий и неотвратимый, как прилив). На протяжении XI в. феодальный рыцарский класс становится четко очерченной группой, а в XII в. факты городской жизни и торгового профессионализма нового стиля уже утвердились... Появляются новшества и в формах права и организации: возникновение письменных кодексов после веков обычного, устного, права, рецепция римского права в Болонских школах, кодификация канонического права и теологии христианской церкви (в “*Decretum*” монаха Грациана около 1140 г. и в Сенденциях Петра Ломбардского около 1150 г.)... Бесчисленные нововведения в управлении и постоянное экспериментаторство в области новых форм социальной организации определяют лицо Европы в XII в. Наконец... мы обнаруживаем поиски в области способностей самовыражения” (с. 133—134).

Несмотря на такой набор авторитетных мнений, традиционная точка зрения все так же скептически относится к фундаментальному разрыву в исторической непрерывности Европы во время так называемого Средневековья. Сидней Р.Пакард пишет: “Хотя сравнение европейских правительств в 1100 и в 1200 гг. обнаруживает много важных различий, попытки некоторых авторов выдумать еще одну “революцию” в этой области опираются, по всей очевидности, на очень шаткие основания” (*Packard S.R. Twelfth-Century Europe, p.321*). Возможно, даже такая вера в вечную постепенность изменений все-таки может быть опрокинута весьма существенными свидетельствами, приведенными здесь, возникновения новых правовых систем по всей Европе на протяжении полутора веков с 1075 по 1225 г.

²*Brown P. Society and the Supernatural...*, p.134.

³Император Генрих III оправдывал низложение трех пап в 1046 г. тем, что он (Генрих) — Христов викарий (см. *Southern R.W. Western Society... p. 104—105*). Генрих IV позже писал папе Григорию VII: “Ты осмелился тронуть меня... который, согласно

традициям Святых отцов, может быть судим одним Богом" (*Barraclough G. The Investiture Contest and the German Constitution // Ed. by Williams S. The Gregorian Epoch: Reformation, Revolution, Reaction? Lexington, Mass., 1964, p.63*).

⁴См.: *Rosenstock-Huessy E. Out of Revolution...*, p.506. Дэвид Ноулз пишет, что аббатство Ключи стало полностью централизованным не ранее XI в. и что на практике оно было организовано значительно слабее, чем впоследствии, в XII в., орден цистерцианцев (цит. по: *Williams S. The Gregorian Epoch...*, p.39).

⁵См.: *Ganshof F.L. The Imperial Coronation of Charlemagne. Glasgow, 1971*.

⁶*Tierney B. The Crisis of Church and State, 1050—1300, with Selected Documents. Englewood Cliffs, N.J., 1964. P.13—14. Документы, подтверждающие значительную часть этой главы, можно найти в книге Тирни (см. также: *Tierney B. and Painter S. Western Europe in the Middle Ages, 300—1475. New York, 1978*).*

⁷*Tierney B. The Crisis of Church and State, p.227*.

⁸Предисловие Р.Ф.Беннета к книге: *Tellenbach G. Church, State... p.XIV—XV*.

⁹Цит. по: *Prescott O. Lords of Italy: Portraits from the Middle Ages. New York, 1972, p.43*.

¹⁰*Leysner K.J. The Polemics of the Papal Revolution // Ed. by B. Smalley. Trends in Medieval Political Thought. Oxford, 1965, p.53*.

¹¹*Ibid.*, p.42; см. также: *Morrison K.F. Tradition and Authority in the Western Church, 300—1140. Princeton, N.J., 1969, pp.294—295*: "Лев IX был свидетелем яростных протестов против своих запретов [на симонию и николаизм] на синодах в Риме и Мантуе. Но постановления Григория против симонии вызвали аналогичное сопротивление по всей Европе... Такая же реакция последовала на его постановления о celibate духовенства. В 1059 г. попытка Петра Дамиани настоять на celibate клириков в Милане привела к народному восстанию, а римское духовенство при Стефане IX считало воздержание клириков "тщеславным и легкомысленным". Когда епископ Брешии прочел своему духовенству постановление Николая II о запрете брака священников, он был избит до смерти. Постановления Григория были встречены так же. За выступление в защиту запрета, наложенного Григорием на одного аббата, накинулись окружающие на Парижском синоде, а клир архиепископа Руанского камнями выгнал его из церкви. Духовенство Камбре бунтовало в открытую. Такое же положение было в некоторых германских церквях".

¹²Латинский текст Диктатов папы содержится в книге: *Hofmann K. Der Dictatus Papae Gregors VII. Paderborn, 1933, p.11*. Диктаты папы в английском переводе приведены в книге: *Ehler S.Z. and Morrall J.B. Church and State through the Centuries. London, 1954, pp.43—44*: воспроизведены в книге: *Tierney B. The Crisis of Church and State... p.49—50*.

¹³См.: *Fliche A. La reforme Grigorieenne, II. Paris, 1933. 202*. В настоящее время большинство исследователей считает, что эти двадцать семь условий были написаны в качестве указателя содержания для последующего документированного текста, который, однако, так и не был написан.

¹⁴Это письмо приведено в книге: *Tierney B. Crisis of Church and State. P. 59—60*.

¹⁵Это постановление воспроизведено в книге: *The Correspondence of Pope Gregory VII: Selected Letters from the Registrum // Ed. and trans. Ephraim Emerton (1932; reprint ed. New York, 1969), p.133*.

¹⁶Григорий писал Вильгельму Завоевателю: "Если я, следовательно, должен буду ответить за тебя в страшный судный день перед праведным Судией, который не лжет, создателем всякой твари, подумай, не должен ли я очень тщательно обеспечить твоё спасение, и не должен ли ты для своей собственной безопасности без промедления подчиняться мне, чтобы ты смог обладать землей живых". (Цит. по: *Bryce J. The Holy Roman Empire. New York, 1886, pp.157—158*).

¹⁷*Le Bras G. Canon Law // Eds. C.G.Grump and E.F.Jacob. The Legacy of the Middle Ages. Oxford, 1926, pp.333—334*.

¹⁸См.: *Bernheim E. Politische Begriffe des Mittelalters im Lichte der Anschauungen Augustins // Deutsche Zeitschrift für Geschichte, n.s. 1 (1896—1897), 7*. (Папа в качестве

Христова викария на земле является “debitor iusticiae in omnibus qui in Christo sunt — curia totius christianitatis”).

¹⁹Это крупная тема в книге: *Rosenstock-Huussy E. Out of Revolution...*

²⁰Сазерн указывает, что “и греческая, и исламская система были неизмеримо богаче, мощнее, интеллектуально утонченнее, чем западноевропейская. Запад был бедным родственником Византии” (*Southern R.W. Western Society...*, p.27).

²¹Начиная с 1074 г. папа Григорий VII пропагандировал идею организованной под эгидой папства армии, которая освободит восточных христиан от угнетения неверных турок. Начав первый крестовый поход, папа Урбан II считал, что идет по начертанному Григорием пути (см.: *Erdmann C. Die Entstehung des Kreuzzugsgedankens. Stuttgart, 1936*, pp.149—153, 210—211, 285—286, 308—309). Книга Эрдмана переведена на английский язык под названием “The Origin of the Idea of Crusade” [Princeton, 1977]). Одной из целей крестовых походов, кроме освобождения от мусульман места захоронения Христа, был экспорт Папской революции в мир восточного христианства. В ряде случаев крестоносцы втягивали в бой православных христиан. Папа объявил свое верховенство над Константинополем и всем христианским миром. Однако в итоге эта цель не была достигнута. В 1099 г. крестоносцы основали Иерусалимское королевство, подчиненное папскому престолу, но второй крестовый поход (1147—1149) был безрезультатным. Во время же третьего крестового похода (1189—1192) хотя и удалось взять Акру, не удалось отбить Иерусалим, захваченный Саладином в 1187 г. Четвертый крестовый поход, начатый в 1199 г., достиг своего апогея в штурме Константинополя в 1203 г. и низложении и замене императора крестоносцами. (К Иерусалиму даже не подходили.) В XIII в. было еще четыре крестовых похода, причем все принесли ощутимую неудачу (хотя Фридрих II короткое время удерживал Иерусалим в 1228—1229 гг.). Несмотря на это, крестовые походы дали важные результаты во внутренней политике. Они отразили и сохранили идеологию Папской революции, они расширили торговлю и способствовали развитию великих итальянских торговых городов — Венеции, Генуи и Пизы. Они укрепили власть папского престола. Наконец, они помогли создать класс военной аристократии — рыцарей, который по своему характеру был христианским и европейским.

²²*Southern R.W. Western Society...* p.34—35. Сазерн добавляет: “За этим движением экспансии не стояло какое-то одно выдающееся достижение техники, а было сочетание многих обстоятельств: растущее накопление капитала, рост населения, возвращение Средиземноморья под контроль Запада, политический упадок греческой и мусульманской империй. Все это способствовало открытию для Запада все новых перспектив”. Более конкретно Сазерн называет освоение невозделанных земель, улучшение рек, дорог и каналов, организацию рынков и кредит. “Колонизация началась на всех границах Западной Европы, а с колонизацией начался знакомый процесс военной агрессии. Впервые в истории Западная Европа стала областью избыточного населения и избыточного производства... Два столетия после 1100 г. Запад был охвачен такой жадной властью и господства, которой не видно было предела”. Мнение Сазерна, что за этим не стояло какое-то одно выдающееся достижение техники, оспаривается Линн Уайт (см. прим.23).

²³*White L. Medieval Technology and Social Change. Oxford, 1961*, pp. 57—69. Уайт указывает на важное значение изобретения хомута, благодаря которому впервые стало возможным использовать лошадиную силу в широком масштабе (с. 72—76). Более широкое использование лошадей в сельском хозяйстве было связано с введением весеннего сева и трехпольной системы, благодаря чему удалось значительно увеличить запас пищи. М.-Д. Шеню пишет о технических достижениях XII в.: “Производство энергии сделало огромные шаги с усовершенствованием и распространением машин для использования силы воды и создания кругового движения: мельничных колес; гидравлических колес, позволивших одной лошади делать работу, на которую раньше требовалось двадцать пять; ветряных мельниц, впервые появившихся в Европе в 1105 г.; машин, которые могли накапливать энергию через систему противовесов и колес... Новые средства для

перевозок и поездов дали людям большую свободу: давнее изобретение тяглового хомута для лошадей и быков преобразило сельскую жизнь; использование кия и руля относится к 1180 г.; благодаря компасу стали возможны долгие путешествия морем... Механические часы начали рационализировать время..." (*Chenu M.-D. Nature, Man, and Society in the Twelfth Century / Ed. and trans. J.Taylor and L.K.Little. Chicago, 1968, p.43* (впервые опубликована в 1957 г. под названием "La theologie au douzieme siecle").

²⁴См. главу 3 об истоках западной науки права. Шеню в своей книге на с. 16—17 указывает, что Абельяр в первые десятилетия XII в. проводил "жесткую границу" между теми вещами, которые объяснялись творческой деятельностью Бога по устройению мира, с одной стороны, и с другой — "естественными причинами", которые "объясняют устройство или развитие тех вещей, которые происходят без всяких чудес". Он говорил об этих последних как о *vis naturae* ("сила природы") и *naturales causae* ("естественные причины").

²⁵См.: *Блок М. Феодальное общество. С. 145, 154.* Первопроходческое исследование связей между новой литературой конца XI и XII в. и одновременного развития права можно найти в книге: *Bloch H.R. Medieval French Literature and Law. Berkeley, 1977.*

²⁶Карл Великий исправил принятый Никейским собором символ веры, вставив слова "и от Сына" (*filioque*) после слов "...верую и в Духа Святого, Господа, Иже от Отца исходящего". Это было обидой для восточной церкви потому, что представляло новую концепцию Троицы, и потому, что было сделано в одностороннем порядке. Это была поправка к важнейшему постановлению важнейшего в истории церкви вселенского собора. См. главу 4 прим. 28.

²⁷Цит. по: *Trends...*, p.11.

²⁸*Ibid.*, p.12.

²⁹"*De Civitate Dei*" 1.35.46; см.: *Markus R.A. Saeculum: History and Society in the Theology of St. Augustine. Cambridge, 1970, pp. 20—21.* "Одна из фундаментальных тем в его размышлениях об истории та, что с момента пришествия Христа до конца мира вся история гомогенна и что нельзя составить ее план по образцу, взятому из священной истории".

См. также: *Keyes G.L. Christian Faith and the Interpretation of History. Lincoln, Nebr., 1966, pp. 177—178.* Христианин "не имеет надежды на царствие земное, которое с христианской точки зрения было бы намного лучше того, которое он сейчас видит перед собой, и уж тем более не имеет надежды на постепенное воплощение Царствия Господнего на земле".

³⁰Цит. по: *Tierney B. Crisis of Church and State...* p. 68—69, 71.

³¹Цит. по: *Rosenstock-Huussy E. Soziologie, II. Stuttgart, 1958, p. 663.*

³²*Ibid.*, p. 662.

³³См.: *Policraticus: The Statesman's Book of John of Salisbury, trans. John Dickinson (New York, 1963), p.9.*

³⁴*Leyser K.J.* Цит. по: *Trends...*, p. 60.

³⁵См.: *Chenu M.-D. Nature, Man, and Society, pp. 162—201.* Шеню утверждает, что "не последним из великолепных достижений латинского христианства в XII веке было пробуждение в человеке активного чувства истории" (с. 162). См. также: *Southern R.W. Aspects of the European Tradition of Historical Writing. 2. Hugh of St. Victor and the Idea of Historical Development, TRHS, 5th ser., 21 (1971), 159.* Вальтер Фрейнд подчеркивает использование понятия современности в произведениях Петра Дамиани, Иоанна Солсберийского, Вальтера Мапа и других писателей XII в. (*Freund W. Modernus und andere Zeitbegriffe des Mittelalters. Koln, 1957*). Он частично прослеживает это понятие и убеждает григорианских реформаторов конца XI в. в том, что они вступают в совершенно новые и небывалые времена (с. 60).

³⁶См.: *Barraclough G. The Origins of Modern Germany. Oxford, 1947, p. 114:* "Отвернувшись от старой теории Геласия о гармоничном сотрудничестве двух великих властей [духовной и светской], партия Гильдебранда искала разделения церкви и госу-

дарства, что включало и полное изменение положения короля в христианском обществе. Это не обязательно означало его подчинение папе, хотя Григорий скоро сделал этот положительный вывод из своих же собственных аргументов, но это с необходимостью означало, что священноначальнический характер и положение короля ставились под сомнение. Для Григория король был чиновником, без которого вполне можно было обойтись”.

В 1302 г. папа Бонифаций VIII пошел еще дальше, заявив: “Тот, кто отрицает, что мирской меч во власти Петра, не понимает слов Господа”. Этот взгляд соответствует доктрине “полноты власти” (*plenitudo potestatis*) папы как Христова викария на земле. Однако если духовным мечом папа владел непосредственно, то светским мечом он владел через посредство королей и князей (*Southern R.W. Western Society...*, p. 143; см. также: *Tierney B. Crisis of Church and State...* p. 183, 188—189. См. главу 7).

³⁷О трансформации природы епископской власти в результате борьбы за инвеституру см.: *Benson R.L. The Bishop-Elect: A Study in Medieval Ecclesiastical Office. Princeton, N.J., 1968.* Бенсон анализирует многие из источников, составляющих основу этой главы.

³⁸Первая фраза — из книги Розенштока “*Europaischen Revolutionen*” (1931). Вторая — из книги Телленбаха “*Libertas: Kirche und Weltordnung*” (1936). Реформаторы XI в. говорили просто “правильный порядок”.

3.

Происхождение западной юридической науки в европейских университетах

¹См.: *Thorne S.E., ed. and trans, Bracton on the Laws and Customs of England, I. Cambridge, Mass., 1968, p.XXXVI.* Торн убедительно опровергает взгляд Мейтленда на Брактона как “дурного специалиста римского права”.

²Хаскинс пишет: “Были другие центры изучения права до Болоньи, например, Рим, Павия и Равенна, были болонские юристы до Ирнерия, в частности Пепо, “яркий сияющий свет Болоньи”, возникающий возможно в 1065 и наверняка в 1076 г. в решении того самого дела, в котором впервые вновь появляются Дигесты...” (*Haskins C. The Renaissance of the Twelfth Century. Cambridge, Mass., 1927, p.199.*) Тем не менее, как указывает Хаскинс, именно Ирнерий “отделил наконец право от риторики и придал ему полноправный статус как независимому предмету изучения, теперь уже основанному не на извлечениях и очерках, а на тексте Свода гражданского права, который теперь можно было использовать в целом для объяснения каждой из частей”. Последняя фраза — ключ к настоящей главе.

Самый лучший очерк на английском языке о школе права в Болонье содержится в книге: *Rashdall H. The Universities of Europe in the Middle Ages. Oxford, 1936. I. 87—267.* Классической работой по этому предмету до сих пор остается книга: *Savigny F.G. Geschichte des romischen Rechts im Mittelalter. 2nd ed., III. Heidelberg, 1834, pp. 137—419.* Отличный краткий очерк написал Дэвид Ноулз: *Knowles D. The Evolution of Medieval Thought. New York, 1962, pp. 153—184.* Бесценное исследование не только преподавания права в Болонье, но и переноса болонской системы в другие европейские университеты содержится в книге: *Coing H. ed., Handbuch der Quellen und Literatur der neuen europaischen Privatrechtsgeschichte, I. Munchen, 1973. S. 39—128.*

³Одофред в начале XIII в. писал, что в Болонье учатся 10 тысяч студентов. Некоторые ведущие исследователи сомневаются в этой цифре, а Коинг в своем справочнике дает цифру в 1 тысячу (с. 81). Однако цифру 10 тысяч не подвергают сомнению другие ведущие исследователи (*Denifle P.H. Die Entstehung der Universitaten des Mittelalters bis 1400. Berlin, 1885, p. 138; Sorbelli A. Storia della Universita di Bologna, vol. I, II Mediodievo: Secc. XI—XV. Bologna, 1944, p. 209.*

⁴*Rashdall H. Universities of Europe...* p. 159—160.

⁵*Ibid, pp. 50—54, 275—278; см. также. прим. 7.*

⁶Ibid, pp. 159—160.

⁷Парижский университет получил ряд привилегий от короля Филиппа в 1200 г., а свой первый статут от папского легата в 1215 г. Происхождение университета уходит корнями во время Абельяра, начало XII в.

⁸См.: S.P.Scott, ed., *The Civil Law*, 17 vols. Cincinnati, Ohio, 1932. Рукописи Кодекса, Новелл и Институций Юстиниана сохранялись на Западе, но Дигесты, самая важная часть из всех, исчезли.

⁹D. 42.16, О запрете *Vi et Armata* ("Силой и вооруженной силой"). Латинский текст кодификации Юстиниана можно найти в книге: *Krueger P., Mommsen T., Schoell R., Kroll W.* // Eds. by *Corpus Juris Civilis*. Berlin, 1954—1959.

¹⁰*Dawson J.P.* *The Oracles of the Law* (Ann Arbor, Mich., 1968), pp. 114—115.

¹¹Ibid, pp. 116—117.

¹²*Vinogradoff P.* *Roman Law in Medieval Europe*. Oxford, 1929, p. 29.

¹³Одофред. Цит. по: *Savigny F.G.* *Geschichte...*, p. 553.

¹⁴В современном значении понятие диалектики как метода синтеза противоположностей исходит от Гегеля. Однако традиция этой мысли уходит к Абельяру.

¹⁵*Haskins G.* *The Renaissance...*, p. 53.

¹⁶См.: *Knowles R.* *The Evolution...*, p. 162.

¹⁷*Abailard P.* *Sic et Non: A Critical Edition* / Ed. Blanche Boyer and Richard McKeon. Chicago, 1976. В прологе Абельяр указывает на несколько возможных путей примирения противоречий (например, одни и те же слова могли быть употреблены в различных значениях). Но если не он сам, то его последователи поняли, что механическое примирение может оказаться невозможным и что значение противоречащих друг другу мест часто можно найти только во взаимосвязях и задачах всего свода литературы Писания и патристики. Оригинал: *Abelard P.* *Dialectica* / Под ред. L.M. de Rijk. Assen, Nederlands, 1956; *Grabmann M.* *Die Geschichte der scholastischen Methode*, II. Freiburg, 1911, 168—229.

¹⁸*Randall J.H.* *Aristotle*. New York, 1960, p. 33.

¹⁹Ibid., p. 54.

²⁰*Аристотель*. Тописка, 1.1. 100a25—100b23; 1.12.105a10—19, в книге: Ed. by R. McKeon. *The Basic Works of Aristotle*. New York, 1941, pp. 188, 198.

²¹См.: *Wittgenstein L.* *On Certainty* / Ed. by G.E.M. Anscombe and G.H. von Wright. New York, 1969.

²²См.: *Kunkel W.* *An Introduction to Roman Legal and Constitutional Law*, trans. J.M. Kelley, 2nd ed. Oxford, 1973, pp. 98—103.

²³*Friedrich C.J.* *Transcendent Justice: The Religious Dimension of Constitutionalism*, Durham, N.C., 1964, p. 5.

²⁴*Kunkel W.* Introduction, pp. 84—86, 95—124.

²⁵*Schulz F.* *History of Roman Legal Science*. Oxford, 1946, pp. 57—58.

²⁶*Schulz F.* *Principles of Roman Law*. Oxford, 1936, p. 53; *Stein P.* *Regulae Iuris: From Juristic Rules to Legal Maxims*. Edinburgh, 1966, p. 36.

²⁷*Schulz F.* *History of Roman...*, p. 94.

²⁸Ibid., p. 95.

²⁹*Stein P.* *Regulae...*, p. 36.

³⁰Ibid, pp. 45—46.

³¹Ibid, p. 37.

³²Ibid, p. 41.

³³Ibid, p. 48.

³⁴Ibid.; см. также: *Behrens D.* *Begriff und Definition in den Quellen*. ZSS (rom), 74 (1957), 352.

³⁵D. 19.1.11.1.

³⁶*Stein P.* *Regulae...*, p. 118.

³⁷Так, согласно D. 50.17.67, "когда предложение имеет два значения, следует принять то, которое лучше приспособлено к данному делу". Согласно D. 50.17.125,

“ответчики рассматриваются более благоприятно, чем истцы”, а по D. 50.17.126. “когда возникает вопрос относительно притязаний двух лиц, позиция владельца предпочтительнее”.

³⁸*Sten P. Regulae...*, p. 70.

³⁹*Viehweg T. Topik und Jurisprudenz. 5th ed. Munchen, 1954, p. 74.*

⁴⁰Цит. по: *Schulz F. Principles...* p. 51—52; *Weber M. Economy and Society / Ed. by G. Roth and C. Wittich, II. New York, 1968, p. 787; см. также: Viehweg T. Topik... p. 46—61. (Но см.: Stein P. Regulae... p. 74—89.)*

⁴¹*Schulz F. History of Roman... p. 43—48.*

⁴²*Ibid*, p. 65.

⁴³См.: Цит. по: *Stein P. Regulae...*, p. 157.

⁴⁴*Abelard P. Dialectica*, p. 263.

⁴⁵См.: *William and Kneale M. Introduction to Logic. Oxford, 1968.* Авторы этого ведущего исследования считают, что Абельяр — одно из четырех наиболее важных лиц в развитии логики; другие трое — Аристотель, Лейбниц и Фреге (с. 202—203, 245, 320 и 511). Я в долгу перед Мануэлом Лоренсу за то, что он направил меня к этой работе и руководил мною в тонкостях сущностного обобщения.

⁴⁶Например, если тексты Юстиниана походя ссылались на “природу договора” в очень ограниченном смысле, то глоссаторы переводили слово “*natura*” (природа) как “естество” и спорили, можно ли специальным соглашением исключить “*naturalia*” договора. В XIV в. Бальд развил сложную теорию, проводившую разграничения между “*substantialia*”, то есть теми условиями договора, которые дают ему “бытие” и без которых он не может существовать (например, в договоре купли-продажи — продаваемая вещь и цена), и “*naturalia*”, то есть теми элементами, которые выводятся из договора и могут быть изменены специальными условиями, и “*accidentalialia*”, то есть теми элементами, которые происходят сугубо из специального назначения сторон (*Бальд D. 2, 14, 7, 7. no 1; Gl. “Extra naturam” D. 2, 14, 7, 5; Ср.: Coing H. Zum Einfluss der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des Romischen Rechts. ZSS (rom), 69 (1952), 24—59.* Хотя он цитирует этот отрывок из Бальда, профессор Коинг не проводит различия между средневековым европейским и византийским правовым мышлением, а скорее прослеживает влияние Аристотеля так, как если бы оно двигалось по прямой.

Великолепный пример того, как глоссаторы использовали максимум для выведения определенных конкретных результатов, можно найти у Герхарда Отте: *Otte G. Dialektik und Jurisprudenz. Frankfurt am Main, 1971, pp. 214—215.*

⁴⁷Даже сегодня ученые спорят, был ли Аристотель реалистом, номиналистом или чем-то средним, что иногда именуют концептуалистом. Концептуалист рассматривает сущности вещей (универсалии) как существующие в этих вещах, а не отдельно от них (реализм) и не как не существующие вообще (номинализм). Эта позиция довольно близка к позиции Абельяра и заключена в воззрении, что правовые нормы являются обобщением отдельных решений

⁴⁸Все, что мы знаем о биографии Грациана, изложено в статье: *Kuttner S. The father of the Science of Canon Law // The Jurist, 1, 1941, 2—19.*

⁴⁹*Decretum*, в книге: Ed. by E. Friedberg *Corpus Iuris Canonici. Vol. I (1879; reprint ed. Graz, 1959).*

⁵⁰См. *Migne. PL 140. 539—1058.* Бурхард умер в 1025 г.

⁵¹*Migne, PL 166. 47.* Ивон жил с ок. 1040 по ок. 1115 г.

⁵²Другие канонисты и богословы, на которых он опирался в своем диалектическом методе, перечислены в книге: *Chodorow S. Christian Political Theory and Church Politics in the Mid-Twelfth Century: The Ecclesiology of Gratian’s Decretum Berkeley, 1972, p. 2, n. 3.*

⁵³См.: *Kuttner S. Harmony From Dissonance: An Interpretation of Medieval Canon Law. Latrobe, Pa., 1960.*

⁵⁴*Decretum, Dist. 9, C. 1.*

⁵⁵Ibid. Dist.9, dict.post. C.11.

⁵⁶Ibid. Dist.1, C.2.

⁵⁷Ibid. Dist. 9, C.2.

⁵⁸Возможно, Фриц Шульц прав, утверждая, что такие классические римские тексты, как “Угодное князю имеет силу закона” и “Князь освобождается от законов”, следует понимать узко и что только в послеклассическую эпоху император встал выше закона вообще (*Schulz F. Bracton on Kingship // English Historical Review, 60 (1945), 136*). Однако с той эпохи до нас не дожило ни одного утверждения римского юриста, где говорилось бы, что император связан законами (а вполне возможно, что, как сказал Питер Банос, не выжил ни один юрист, делавший подобные утверждения). Выраженная в этих текстах мысль скорее подкрепляется, а не отрицается условием Кодекса Юстиниана I.14.4: “Достоинно величия царствующего князя, если он объявляет, что подчиняется законам; ибо Наш авторитет зависит от авторитета закона”.

⁵⁹Decretum, Dist. 10, c.1 и Pars II.

⁶⁰Ibid. Dist. 11, Pars I. Анализ оригинальности изложения Грацианом источников права можно найти в статье: *Gaudemet J. La doctrine des sources du droit dans le Decret de Gratien // Revue de droit canonique, 1 (1951), 6*. Стэнли Чодорю безусловно прав, подчеркивая, что ключ к применяемому Грацианом подходу к иерархии законов в том, что Грациан рассматривал церковь как юридическое сообщество, аналогичное прочим юридическим сообществам (*Chodorow S. Christian Political Theory, p. 97*). По этой причине он для определения места закона или правового принципа в иерархии обращался прежде всего к политическому авторитету автора этого закона или принципа.

⁶¹*LeBras G. Canon Law // Eds. C.G.Crump and E.F.Jacob. The Legacy of the Middle Ages. Oxford, 1926, pp. 325—326.*

⁶²Decretum, Dist. 9 c.1.

⁶³Ibid. Dist. 37, цит. по англ. переводу: *Norton A.O. Readings in the History of Education. New York, 1971, pp. 60—75.*

⁶⁴Иной род синтеза, включающий простой выбор одного из двух противоречащих друг другу решений, характерен для философского метода Фомы Аквинского (конец XIII в.), который в этом отношении сделал шаг назад.

⁶⁵См.: *Russell F.H. The Just War in the Middle Ages. Cambridge, 1975.*

⁶⁶См.: *Kantorowicz H. The Quaestiones Disputatae of the Glossators // Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Solidus Revue d'histoire du droit, 16 (1939), 5.*

⁶⁷Ibid, p. 23.

⁶⁸Ibid, pp.55—56. Вот список Канторовича: *titulus, rubrica, summaria, exordium, casus, causa, materia, thema, ponere, queritur, questio, controversia, disputatio, actor, argumentum, decisio, definitio, determinatio, iudicium, sententia, responsum, distinctio, divisio, problema, solutio* и др. Но см.: *Pringsheim F. Beryt und Bologna // Festschrift fur Otto Lenel. Leipzig, 1921, pp. 204.252*. Канторович указывает, что Прингсхайм (писавший двумя десятилетиями ранее) ошибался, приписывая многие из этих терминов римскому праву, развившемуся на Востоке после Юстиниана.

⁶⁹*Kantorowicz H. The Quaestiones Disputatae... p. 1—6.*

⁷⁰Ibid, p. 43.

⁷¹Ibid, pp. 5—6.

⁷²См.: *Schulz F. Bracton on Kingship, pp. 43—44.*

⁷³Ранний, возможно первый, пример применения методов современной науки, разработанных в праве, к явлениям природы, можно увидеть в творчестве Роберта Гроссетеста (1168—1253), который преподавал в Оксфорде в первое десятилетие XIII в. и с 1235 г. до своей смерти был епископом Линкольнским. В своих экспериментальных исследованиях оптики, звука, тепла, астрономии, других природных явлений Гроссетест в особенности опирался на Аристотелевское различие между “фактом” (*quia*) и “причиной этого факта” (*propter quid*). К этому он добавил метод разложения наблюдаемого явления на составные элементы, затем теоретически реконструируя это явление и сравнивая эту теоретическую реконструкцию (“композиция”) с составными

элементами (“резолуция”) с целью проверить справедливость примененных принципов. Вот как говорит об этом один из авторов, писавших о месте Гроссетеста в истории науки: “Грациан использовал тот же логический метод для переделки канонического права” (*Crombie A.C. Grosseteste's Position in the History of Science // Ed. by A.D.Callus. Robert Grosseteste, Scholar and Bishop: Essays in Commemoration of the Seventh Centenary of His Death. Oxford, 1955, p.100*). Ученик Гроссетеста Роджер Бэкон (ок.1220—ок.1292) писал, что Гроссетест и многие современные ему ученые “знали, что сила математики способна раскрыть причины всех вещей и дать достаточное объяснение человеческим и божественным вещам” (*Stevenson F.S. Robert Grosseteste, Bishop of Lincoln: A Contribution to the Religious, Political, and Intellectual History of the Thirteenth Century. London, 1899, p. 51*). Стивенсон добавляет, что под словами “сила математики” Бэкон, вероятно, подразумевал то, что сегодня (в 1899 г.) было бы названо “правление закона” и что “в трудах Гроссетеста содержится сколько угодно свидетельств этому” (*Crombie A.C. Grosseteste, Bacon, and the Birth of Experimental Science, 1100—1700. Oxford, 1953, p. 10*).

⁷⁴*Causa est civilis disceptatio de certo dicto vel facto certae personae. Giuliani A. The Influence of Rhetoric on the Law of Evidence and Pleading // Juridical Review, 62, 1969, 231.*

⁷⁵*Ibid*, pp. 234—235. Эти нормы относимости впервые были применены к утверждениям (положениям, *positiones*), в которых присягали стороны и свидетели, а позже к заявлениям (*articuli*), доказанным через свидетелей и документы, которые постепенно заменили более старую форму вместе с обесцениванием присяг.

⁷⁶*Ibid*, p. 237.

⁷⁷*Koyre A. From the Closed World to the Infinite Universe. Baltimore, 1976.*

⁷⁸Джозеф Нидэм в поисках ответа на вопрос, почему наука нового времени не развивалась в традиционной цивилизации Китая (или Индии), а появилась только в Европе, подчеркивает важность, с одной стороны, вавилонской, стоической, иудейской концепции совокупности законов, установленных трансцендентным Богом, под действие которых подпадают и люди, и вся остальная природа, и с другой стороны, резкого разделения, проведенного только в конце XVI и в XVIII в., между человеческим естественным законом и нечеловеческими законами природы. (Китайцы, напротив, не имели концепции закона, применимого к нечеловеческим феноменам.) Нидэм объясняет произошедший на Западе сдвиг к вере в отдельную совокупность законов природы преимущественно подъемом королевского абсолютизма в конце феодализма и начале капитализма. Тот факт, что Роджер Бэкон употребил выражение “законы природы” в XIII в., лишь поддерживает это утверждение, говорит Нидэм, ибо решающим здесь является то, что концепция Бэкона “оставалась в спячке до тех пор, пока в эпоху Возрождения новый политический абсолютизм и вновь рожденная экспериментальная наука снова не поместили ее в фокус обсуждения” (См.: *Needham J. The Grand Titration: Science and Society in East and West. London, 1969, pp. 310—311*). Объяснение Нидэма справедливо лишь отчасти. Не подлежит сомнению, что действительно в XVI—XVII вв. на Западе произошло нечто новое как в науке, так и в обществе. Также верно, что в это время начали рассматривать физическую природу как имеющую свои собственные законы, которые мыслились совершенно отличными от моральных законов человеческой природы. Однако мы уйдем очень далеко от истины, если скажем, что идея Бэкона (а до него Гроссетеста) о том, что имеются законы материи и света, а также и другие законы природы, “попросту не получила широкого признания в то время” (там же. С.310). Теории Гроссетеста и Бэкона были характерны для научной мысли того времени (см. прим. 73). Они были частью научного мировоззрения, которое было совершенно не таким, как у древних вавилонян, греков и евреев, и вовсе не таким, как у христиан — и восточных, и западных — до XII в. Это было научное мировоззрение, которое, путем аналитического отделения мира от Бога, брэнного от вечного, “естественных причин” (по выражению Абеляра) от чудесного (см. главу 2, прим. 24), позволило, даже более того, потребовало — систематизации законов, применимых в

каждой из этих двух сфер. Это проложило путь последующему аналитическому отделению природы от человека внутри мира, что в свою очередь позволило и потребовало систематизации законов, применимых к каждой из этих двух сфер. Методы систематизации были в основном одинаковы. Так, возникновение научной мысли нового времени можно проследить в первую очередь к разделению церковной и светской власти в конце XI и в XII в. и лишь во вторую — к событиям XVI—XVII вв. (включая появление абсолютных светских монархий).

⁷⁹*Cournand A.F. and Zuckerman H. The Code of Science: Analysis and Some Reflections on Its Future // Studium Generale, 23 (1970), 941, 954—961.* Я в долгу перед Грейс Гуделл за то, что она привлекла мое внимание к этой бесценной статье.

⁸⁰*Ibid.*, p. 945.

⁸¹*Berman H.J. The 'Right to Knowledge' in the Soviet Union // Columbia Law Review, 54 (1954), 749.*

⁸²См. главу 4. Церковь осуждала ересь начиная с первого столетия, и ее время от времени преследовали и церковные, и светские власти. Однако ересь не носила характера преступления против закона вплоть до того момента, как Папская революция сделала западную церковь юридическим лицом (см.: *Grundmann H. Ketzergeschichte des Mittelalters.* Gottingen, 1963). Ценные документальные источники приводятся в английском переводе в книгах: *Moore R.I. The Birth of Popular Heresy.* London, 1975 и *Russell J.B. Religious Dissent in the Middle Ages.* New York, 1971.

⁸³*Merton R.K. Science and Democratic Social Structure, 1942; reprint.ed. New York, 1957, pp. 550—561.*

⁸⁴Историки идей иногда поворачивают вещи с ног на голову. (A Scholastic Miscellany: Anselm to Ockham / Ed. and trans. E.R.Fairweather. New York, 1956: "Поистине, всю историю средневековой мысли можно характеризовать с точки зрения постепенного открытия заново Аристотеля". Фактически же главные труды отцов-основателей и новой теологии, и нового правопедения, особенно Абеляра и Грациана, увидели свет до перевода основных работ Аристотеля по логике. Это не значит, что Аристотелевы теории логики, переложенные Бозцием в VI в., не были важны. Однако все равно остается вопрос: а почему они вдруг приобрели такое значение? Почему это вдруг стало совершенно необходимо перевести важнейшие труды Аристотеля по логике?)

⁸⁵Европейские евреи в конце XI, в XII и XIII вв. жили в условиях, которые резко менялись в зависимости от места и времени. В некоторые времена в некоторых местах они становились объектом ужасного преследования и официального изгнания. В других местах и в другое время они жили в мире с соседями, достигали процветания и даже политического влияния. В течение всего этого времени евреи сохраняли свое собственное право и суды и подлежали также королевскому праву. Часто их защита особо оговаривалась в королевских мирных статутах и городских хартиях вольностей.

Хотя прямого влияния еврейского права на западное проследить нельзя, еврейская мысль тем не менее внесла вклад в общий интеллектуальный климат эпохи. Это происходило двояким образом. Во-первых, ощущалось прямое влияние еврейской мысли, в частности, аллегорической традиции мышления Мидраша, которая широко использовалась еврейскими мыслителями, а также и рациональной школы, центром которой был Раши (1040—1105) в Северной Франции. Веком позже ее центром стал Моисей Маймонид (1135—1204). Как отметила Берил Смолли, можно непосредственно проследить влияние Раши на нескольких выдающихся мыслителей конца XI — начала XII в., а Фома Аквинский (1225—1274) и Альберт Великий (ок.1200—1280) оба находились под влиянием Маймонида (см.: *Smalley B. The Study of the Bible in the Middle Ages.* Notre Dame, 1978. Особ. p. 149—172, о влиянии Раши; о Маймониде см.: *Kluxel W. Die Geschichte des Maimonides im lateinischen Abendland als Beispiel eines chrislichjudischen Begegnung // Judentum im Mittelalter, Miscellanea Mediaevalia, IV.* Berlin, 1966.

Второй вид влияния был менее заметным. Когда христианские ученые вступили в общение с еврейскими интеллектуалами с целью прояснить свое понимание Ветхого Завета, они обнаружили, что евреи часто иначе переводили отдельные слова и фразы и истолковывали некоторые места в совершенно ином смысле. Это заставило христиан пересмотреть свои источники и аргументы, а часто и придумать новые объяснения, чтобы противопоставить их еврейскому знанию и критике (*Smalley B. The Study of the Bible...* р. 364—365). Таким путем, как выразился Роберт Чезлер, “само существование отдельной интеллектуальной традиции наряду с традицией христианской Европы вызвало такой поворот лицом к слабостям и такое возбуждение идей, которое иначе могло бы и не состояться”.

Тем не менее ни еврейская мысль, ни еврейское право, похоже, не оказали никакого существенного влияния на правовые системы Запада, по крайней мере, насколько можно судить по сохранившейся литературе (*Smalley B. P. 157. N.2. Цит. по: Rabinowitz L. The Social Life of the Jews in Northern France in the XII—XIV Centuries as Reflected in the Rabbinical Literature of the Period. London, 1938*). “Известны случаи, когда христиане становились учеными в области еврейского права”. Однако Рабинович приводит всего один пример, когда христианин изучал еврейское право во время своего обращения в иудаизм.

Одной из основных причин этому положению может быть отсутствие в иудаизме разделения между духовным и светским правом, ибо для евреев XII в. все части еврейского закона уходило корнями в Библию как священное слово Божье и в характер еврейской общины как избранного сосуда Божьей воли. Усиленная казуистика Талмуда тоже, возможно, придавала ему чуждый западной мысли вид и подчеркивала систематизацию правовых принципов.

Возможно, по сходным причинам ничтожным было и влияние ислама на западное право в XI—XII вв. Хотя европейцы интересовались исламской цивилизацией, они ограничивали свое изучение ее в то время в основном астрономией, астрологией, математикой, медициной. Приведу лишь один пример: в конце XI в. Константин Африканский, тунисский христианин на службе у графа Апулии Роберта Гвискара, перевел с арабского на латынь труды по медицине и подарил их Салернскому университету. Только в конце XIII в., после того, как определились главные направления западного права, арабская философия приобрела влияние на богословов вроде Фомы Аквинского и Роджера Бэкона (*Fueck J. Die arabischen Studien in Europa, bis in den Anfang des 20. Jahrhunderts. Leipzig, 1955; Southern R.W. Western Views of Islam in the Middle Ages. Cambridge, Mass.; Wuestenfeld F. Die Uebersetzungen arabischer Werke in das Lateinische seit dem XI Jahrhundert. Göttingen, 1877*).

Одно исключение — Петр Достопочтенный (1092—1157), аббат Клюни. Однажды Петр ездил в Ибернию, чтобы уладить ссору между Кастилией и Арагоном, и познакомился там с двумя знающими арабский людьми, которые занимались астрологией. Они вернулись с Петром в Клюни, где один из них, хотя и с ошибками и пропусками, перевел Коран на латинский язык, а другой перевел трактат об учении Мохаммеда. Петр отправил эти труды Бернару Клервоскому, но его усилия не привели к более широкому изучению Корана. Как писал Р.У.Сазерн, перевод Корана “был скорее концом, чем началом. Серьезное изучение ислама не стало предметом, привлекающим современников или прямых потомков Петра Достопочтенного” (*Southern R.W. Western Views...* р. 33—37).

Только в следующем столетии благодаря трудам арабистов, таких, как Раймунд Мартини и Раймунд Луллий, арабская философия стала широко доступна и впоследствии оказала влияние на разных ученых. Даже тогда западные правовые системы, по-видимому, почти не испытали влияния исламской мысли (см.: *Geanakoplos D.J. Medieval Western Civilization and the Byzantine and Islamic Worlds. Lexington, Mass., 1979*, р. 159).

⁸⁶ Knowles D. Evolution..., pp. 80—81.

⁸⁷Роберто Ангер считает, что возникновение понятия права как автономной системы в европейской истории обусловлено сочетанием теологии трансцендентности, веры в групповой плюрализм и идеи либерального светского государства (см.: *Unger R.M. Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory. New York, 1976, pp. 66—76, 83—86, 176—181*). Имеются поразительные параллели между его анализом и данным изложением, несмотря на резкий контраст между его более философской и моей более исторической интерпретацией. Однако, относя истоки западной концепции автономной правовой системы к XVII в., а также связывая ее с возникновением позитивистской политической и юридической теории, профессор Ангер избегает острейших вопросов политического и правового характера церкви и взаимоотношений церкви и государства, вопросов, которые находились в центре западной политической и правовой мысли с конца XI до XIX в. и которые, облачаясь в другие одежды, продолжают преследовать светские религии Запада, включая либерализм и социализм (см.: *Berman H.J. The Interaction of Law and Religion. New York, 1974*).

⁸⁸Аналогичное убеждение во взаимозависимости формы и содержания в правовой мысли, но иной взгляд на природу того и другого было представлено Дунканом Кеннеди в статье: *Kennedy D. Form and Substance in Private Law Adjudication // Harvard Law Review, 89, 1976, 1685*. Профессор Кеннеди утверждает, что в современном американском частно-правовом судопроизводстве все формы права распадаются на две противоположные категории, а именно, “нормы”, которые относительно узки и конкретны и должны действовать объективным и общим образом, и “принципы”, такие как справедливость, разумность, должная процедура, которые относительно широки и позволяют решать проблемы лиц и ситуаций на основе конкретного подхода. Профессор Кеннеди далее утверждает, что все материальные цели права распадаются на две противоположные категории, а именно, “индивидуализм”, который он отождествляет с личной заинтересованностью, самостоятельностью сторон и взаимностью, и “альтруизм”, который отождествляется с участием, жертвой и вовлеченностью в сообщество. Завершая этот круг, профессор Кеннеди утверждает, что предпочтение, отдаваемое юридической аргументации в форме норм, связано с материальной целью индивидуализма, тогда как предпочтение, отдаваемое юридической аргументации в форме принципов, связано с материальной целью альтруизма. В какой-то момент эти два вида аргументации накладываются друг на друга, пишет он. Однако “на более глубоком уровне... индивидуалист-формалист и альтруист-неформалист действуют, исходя из четко противоположных взглядов на мироздание”. Этот анализ резко расходится с традиционным западным предположением, что противоположные нормы и принципы (равно как и другие формы правовых высказываний, например доктрины, понятия и аналогии) можно в конечном счете примирить с правовой системой в целом. Этот анализ также порывает и с традиционным западным убеждением, что противоречащие друг другу цели права, включая не только индивидуализм и альтруизм, но и другие полярные ценности (например, многообразии и единство, изменение и преемственность, свобода и равенство) в конечном итоге примиримы в рамках ценностей всей правовой системы. Более того, в традиционной правовой мысли Запада существует постулат, что степень, в которой конкретная правовая форма служит какой-либо конкретной цели права, может быть определена не абстрактно, а только в историческом контексте. В некоторых обществах (например, коммунистических) и в некоторых областях даже так называемого частного права (например, права собственности сообществ) нормы могут быть более альтруистическими, а принципы более индивидуалистическими — в том смысле, какой употребляет профессор Кеннеди.

Сводя рамки анализа к ряду дуалистических противопоставлений, которые сами в итоге сводятся к одной-единственной дилемме, профессор Кеннеди драматически порождает широко распространенный скептицизм в отношении правовых норм и широко распространенную веру в то, что называют “адhocрасу” (“сиюминутность”) решений, основанных на правовых принципах. Современный человек Запада с трудом верит в нормы, так как он склонен рассматривать их в отрыве от цельной системы, частями

которой они являются. Он легко верит в ценности, так как он видит, что они не обременены нормами, необходимыми для их реализации в разных типах дел. Роберто Ангер разоблачил эту “антиномию норм и ценностей” как тупик либеральной мысли нового времени (*Unger R.M. Knowledge and Politics. New York, 1975, pp. 88—100*).

Цель исследования истоков правовой мысли Запада в XI—XII вв. состоит в том, чтобы опосредованно показать контраст между синтезирующей наукой права, в которой коренится западная традиция права девятивековой давности, и той фрагментирующей юриспруденцией, которая в XX в. заняла на Западе заметное, если не господствующее положение.

4.

Теологические источники западной традиции права

¹Encyclopedia Britannica, 1969 (статья “Миф”).

²Книга пророка Иезекииля, 18:23.

³См.: Псалтирь 98:8—9; Книга пророка Иеремии 23:5; Книга пророка Михея 4:3; Книга пророка Амоса 5:18; Книга пророка Захарии 3:8—11 и 1:15.

⁴Никейский символ веры (325 г.). Англ. перевод в книге: *Kelly J.N.D. Early Christian Creeds. New York, 1950, pp. 215—216*.

⁵Евангелие от Матфея 25:31—46.

⁶См. преамбулу к Эклоге (*Ecloga* — собрание законов, опубликованное византийскими императорами ок. 740 г.).

В начальном абзаце сказано: “Свод законов, изложенных в сжатой форме Львом и Константином, мудрыми и благочестивыми императорами, взятых из Институций, Дигест, Кодекса и Новелл Великого Юстиниана и пересмотренных в направлении большей человечности, опубликованных в месяце марте, девятого эдикта, в году мира 6234” (*Freshfield E.H. A Manual of Roman Law: The Ecloga. Cambridge, Mass., 1926*).

⁷См.: *Pelikan J. The Christian Tradition. Vol. 2. The Spirit of Eastern Christendom: 600—1700. Chicago, 1974, pp. 279—280*. Православие так и не разработало теорий заслуг, возмещения, чистилища и превышения долга в добрых делах. Некоторые православные богословы ввели идеи, схожие с идеями чистилища, но они никогда широко не принимались в православной церкви. Доктрина вечного проклятия отвергается, и в целом правовое мышление играет в православной теологии меньшую роль.

⁸*Rosenstock-Huussy E. Out of Revolution: The Autobiography of Western Man. New York, 1938, pp. 509—510*.

⁹Это были “частичные индульгенции”, обычно дававшиеся на срок в несколько лет, месяцев, дней или “карантинов” (периодов Великого поста). Срок индульгенции относился не к времени наказания, а к времени покаяния. Например, индульгенция на шесть лет соответствовала по цене шести годам, прожитым с соблюдением дисциплины покаяния ранней церкви.

¹⁰*McNeill J.T. and Gamer H.M. Medieval Handbooks of Penance. New York, 1938, p. 17*; см.: *Poschmann B. Penance and the Anointing of the Sick. New York, 1964. Chap. 1. N. 41a, pp. 147—149*. Пошман пишет, что слово “отпущение” (*absolutio* от *absolvere*) вошло в литургию покаяния довольно поздно и что на протяжении долгого времени под ним понимали собственные покаянные труды грешника. Он усматривает “основную трудность” более ранней практики в том, что “прощение грехов считалось (до XI в.) результатом личных трудов покаяния”, так что не оставалось “места... для реального отпущения грехов” и в “конечном счете церковное отпущение грехов оказывалось лишним содержанием” (с. 148). Эта интерпретация более ранней практики прекрасно отражает точку зрения реформаторов XI—XII веков.

¹¹*De Vera et Falsa Poenitentia, Migne, PL 40.1113*, трактат, написанный ок. 1050 г. и ошибочно приписывавшийся Августину. Этот трактат широко использовался в следующем столетии Грацианом и другими канонистами. В XVI в. его широко комменти-

ровали Эразм и другие, Лютер опровергал его. Цитируемый отрывок находится на с. 1129.

¹²Ibid.

¹³*De Vera et Falsa Poenitentia*. Migne. PL 40.1122, 1128. Б.Пошман утверждает, что отождествление полномочий налагать временные муки с полномочиями налагать вечные муки не добавляет ничего нового к традиционному учению. Но эта точка зрения упускает из виду то, что хотел сказать автор трактата, а именно, что имеется в виду временное наказание в этом мире, а не в следующем (чистилище) (см.: *Roschmann B. Penance...* p.158).

¹⁴См.: *Williams G. Anselm: Communion and Atonement*. St. Louis, 1960, p. 18.

¹⁵*Poschmann B. Penance...* p. 156—183. Esp. P. 178—179.

¹⁶О споре между Ланфранком и Беренгаром имеется большая литература, в частности, полезное обсуждение со ссылкой на авторитеты: *Hofmann H. Repräsentation: Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*, Berlin, 1974; см.: *Ghellinck J. Le Mouvement theologique du douzieme siecle*. Bruges, 1948, p. 72; см. также: *Southern R.W. Saint Anselm and His Biographer*. St. Louis, 1960, p. 21. Беренгар в конце концов отказался от своих взглядов в 1080 г., примерно через 21 год после их официального осуждения.

¹⁷Слово “пресуществление” (которое было неизвестно восточной церкви) стало общеупотребительным только в середине XII столетия. Учение о пресуществлении не было официально принято вплоть до Четвертого Латеранского собора в 1215 г. Однако обряд вознесения даров появился в широких масштабах в начале XII в. (См.: *Morris C. The Discovery of the Individual, 1050—1200*. New York, 1972, p. 142). В XIII в. вино уже не предлагалось мирянам, кроме самых достойных.

Превращение “сущности” хлеба и вина в мистическое тело и кровь Христа происходит, по Фоме Аквинскому, “в последний момент произнесения слов [*Nos est corpus meum*]”. (*Summa Theologica*, pt. III, qu. 75, art. 7, reply obj. 3). “Совершенство этого таинства заключается не в участии верующих, а в освящении составляющих элементов”. (*Ibid.*, pt. III, qu. 80, art. 12, reply obj. 2). Этим оно отличается от всех других таинств. (*Ibid.*, pt. III, qu. 73, art. 1). Неподнесение чаши мирянам не уменьшает его действительности, лишь бы совершающий освящение священник вкусил и гостию, и вино. (*Ibid.*, pt. III, qu. 80, art. 12, reply obj. 2).

¹⁸В 1264 г. папа Урбан II учредил праздник Тела Христова (*Corpus Christi*), отмечающий вознесение даров. Розеншток-Хюсси называет его “церковным праздником Папской революции” (*Rosenstock-Huessy E. Die europaischen Revolutionen*. 2nd ed. Stuttgart, 1951, p. 168). До сих пор это один из популярнейших праздников в областях, где преобладает католическое население.

Великий немецкий историк Ранке писал о доктрине пресуществления: “Прерогативы священства также по существу связаны с этим догматом веры” (*Ranke von L. Deutsche Geschichte im Zeitalter der Reformation*. Leipzig, 1867, p. 157).

¹⁹Как показал Г.Уильямс, до Ансельма теория спасения в основном связывалась с тайной крещения, посредством которого человек освобождался от смерти и всего демонического, отождествляясь с воскресением Христа. При крещении акцент делается на новое рождение и отречение от демонов докрещеной жизни. Однако Ансельм и его преемники соотносили искупление в первую очередь с тайной евхаристии, которая, в отличие от крещения, является повторяющимся таинством и которой в XI в. стало предшествовать таинство покаяния. Отсюда евхаристия считалась освобождением от греха. “Основная забота уже не об отречении от демонов докрещеной жизни человека, а об исполнении покаяния за грехи, совершенные после крещения” (*Williams G. Anselm...* p. 13). Уильямс указывает, что по новой теории евхаристия “делает возможной большую степень участия в спасении в той же мере, в какой реальное священное приобщение ко Христу выше священного нового рождения” (с. 24). Однако следует отметить, что священное приобщение ко Христу понималось как отождествление с Христом на кресте, а не с Христом воскресшим. Таким образом, центральное место причащения во втором

тысячелетии церковной истории в противоположность центральному месту крещения в первом ее тысячелетии связано с позднейшим акцентом на вочеловечение Христа в царствии земном по контрасту с более ранним акцентом на обожествление человека в царствии небесном.

²⁰См.: *Pelikan J. The Christian Tradition*, II, 138. Пеликан утверждает, что центральное значение воскресения Христа в православной доктрине искупления подчеркивалось и в литургии, и в произведениях богословов: “Сами слова облечения духовной властью были дополнены наставлением: ‘Ибо всякий раз, как ты вкушаешь этот хлеб и пьешь эту чашу, ты провозглашаешь мою [Христа] смерть и ты признаешь мое воскресение’... Воскресение представлялось в литургии как решающая часть искупления, состоявшего в победе Христа через распятие и воскресение над силами смерти и преисподней”. Пеликан утверждает, что православные “литургические богословы” развивали эти темы и дальше: “Язык литургии сделал темы битвы и победы естественным способом описания пути спасения”.

²¹*Lombardus P. Sententiarum Libri Quatuor*. Migne. PL 192.519. В книге четвертой, Dist. II (col. 841), автор просто заявляет: “Теперь мы подходим к таинствам нового закона, которыми являются крещение, конфирмация, благословение хлеба, то есть евхаристия, покаяние, соборование, посвящение в сан, брак”. Он не ссылается на авторитет и не поясняет свой список, который с тех пор стал приниматься как полный список таинств. Следует также отметить, что Петр Ломбардский (col. 839) определяет таинство не только словами Августина как “знак милости Божьей”, но и как “причину” той благодати, которую оно означает. В православии, напротив, вплоть до очень позднего времени, а в какой-то степени и сегодня, не проводится резких различий между разными способами, которыми божественная благодать может проявиться. Присутствие святых на иконах, возжигание свечей, да и вся служба являются мистерией (и поэтому таинством) с чудесной благодатной силой. Сама церковь — таинство: ее здание — это дом, где пребывает сам Господь и где можно ощутить его присутствие. На Западе, однако, такие мистерии стали называть “сакраменталиями” в отличие от “таинств”, и только некоторые особые обряды, осуществляемые особым образом, считались действующими как таинства, то есть *ex proprio vigore* (“в силу самих себя”).

²²Августин был источником мудрости на все последующие века. Однако неверно, как иногда делается, ставить знак равенства между ним и схоластикой, хотя и Ансельм, которого часто называют основателем схоластической теологии, и Фома Аквинский, самый знаменитый ее представитель, считали себя его учениками. Главная разница между ними и Августином в том, что последний не проводил четкой границы между разумом и верой и всегда стремился к знанию не ради него самого, а ради соединения с Богом. В этом отношении он находился в русле православной богословской традиции, которая “никогда не разграничивала мистицизм и теологию, личное переживание божественных тайн и утвержденную Церковью догму” (*Lossky V. The Mystical Theology of the Eastern Church*. London, 1957, p. 8). Лосский утверждает: “Теология православной церкви... никогда не вступала в союз с философией в попытке создать доктринальную систему. Несмотря на все ее богатство, религиозная мысль восточной церкви никогда не имела схоластики. Она содержит отдельные элементы христианского гнозиса... в рассуждении всегда доминирует центральная идея единения с Богом и оно никогда не приобретает характер системы” (с. 104). С этой точки зрения Лосский причисляет Августина к авторитетным отцам церкви первых пяти столетий христианства, теология которых господствовала и в западной, и в восточной церкви до XI в.

Сам Августин следует греческой традиции, определяя теологию как “описание или объяснение божественного” (см.: О граде Божьем, (англ. пер. Marcus Dods) 8.1 и 6.8). Однако это описание или объяснение он дает в категориях философии, которую отождествляет с мудростью и истины которой поверяет откровением. Так, он пишет, что из всех философов последователи Платона достигли выдающихся успехов “в той части теологии, которую они называют физической, то есть естественной”, и он в особенности

ссылается на аргумент платоников, что за изменчивыми формами тела и разума должна существовать первоформа, неизменяемая и не допускающая степеней сравнения, то есть Бог (О граде Божьем, 8.6). Августин высоко оценивает эту мысль, считая, что она соответствует описанию в книге Исхода: Моисей спросил Бога о его имени, и получил ответ: “Я есмь Сущий... так скажи сынам Израилевым: Сущий [Иегова] послал меня к вам” (Исх. 3:14). Августин находит столь большое сходство между Богом Моисея, который есть, и Платоновой неизменяемой формой, которая стоит за всеми явлениями, что он “почти склонен” думать, что Платон читал Библию (О граде Божьем, 8.11).

Ив Конгар писал, что Августин был убежден в том, что “истинная теология” приведет язычников к христианству. “Но для него эта истинная теология все еще только философия, подобная платонизму... Похоже, придется нам дожидаться Абельяра, чтобы термин “теология” принял привычное нам значение” (*Congar Y. A History of Theology. New York, 1968, p. 32*). Этьен Гилсон также подчеркивает, и даже слишком, роль платонизма в учении Августина. Однако когда он обращается к Ансельму, неоднократно повторявшему, что его цель только в повторении того, что изложил его учитель Августин, то Гилсон сталкивается с огромной разницей в методах мышления этих двух ученых. Гилсон пишет, что Ансельм и его ученики “остались знамениты в истории теологии своей отчаянной решимостью найти рациональные доказательства всех истин откровения... Столь смелая мысль снабдить все догмы откровения необходимыми обоснованиями, никогда не приходила в голову Августину” (*Gilson E. Reason and Revelation in the Middle Ages. New York, 1938, p. 27*).

Не только Св.Августин, а практически все теологи первого тысячелетия церковной истории и на Западе, и на Востоке, согласились бы с Лосским в том, что следует любой ценой избегать “теологии понятий”, ибо она уничтожает саму цель теологии, которая состоит в “восхождении к бесконечности”. Православная ментальность “отказывается создавать понятия о Боге”, — пишет Лосский. Эта ментальность “полностью исключает всякую абстрактную и чисто интеллектуальную теологию, которая приспосабливает тайны Господней мудрости к человеческому образу мыслей. Это — экзистенциальное представление, которое имеет в виду всего человека: нет теологии вне опыта. Необходимо измениться, стать новым человеком... Путь к познанию Бога неизбежно является путем обожествления” (*Lossky V. The Mystical Theology... p. 39*).

Западные теологи начиная с конца XI в. отражали иное представление. Они пытались концептуализировать теологию, встроить в человеческие способы мышления свойства божества. Для них теология должна была быть разведена с мистицизмом и с личной духовностью. Например, Ансельм был и мистиком, и поэтом, однако он отложил все это, вознамерившись доказать божественные тайны “одним лишь разумом”. Он стремился облечь божественное в человеческие категории — свести Бога на землю, а не возвести человека на небо. Для схоластов конца XI и XII в. путь к познанию Бога лежал через вочеловечение, а не через обожествление.

Об Ансельме как “создателе схоластической теологии” и об Абельяре как человеке, ответственном за введение в обиход слова “theologia” в “новом смысле”, см.: *Ghellinck J. Le Mouvement theologique... p. 83*.

²³*Anselm. Prosligion, seu Alloquium de Dei Existentia. Migne. PL 158.225 (Charlesworth M.J. St.Anselm's Prosligion. Oxford, 1965, включает текст с английским переводом). Об Ансельме в целом см.: Southern R.W. Saint Anselm... Августин писал, что “ты должен понимать то, во что веруешь” (“quod credis intelligans”), и цитировал пророка Исаию, который сказал: “Если ты не будешь веровать, не будешь и понимать” (“nisi crederitis, non intelligentis”) (Schoop L. The Fathers of the Church: A New Translation / Ed. by II. New York, 1953, pp.300, 301—302). Однако Августин говорил о том, чтобы пролить свет разума, или понимания, на познанное с помощью веры, тогда как Ансельм делал упор на рациональное доказательство, или демонстрацию, истин откровения. “Intelligere” Августина ближе к мудрости; “intelligere” Ансельма ближе к науке. А Исаия вкладывал в это понятие совершенно другой, третий смысл.*

²⁴*Anselm. Cur Deus Homo. Migne. PL 158.359—431 (McIntyre J. St. Anselm and His Critics: A Reinterpretation of the Cur Deus Homo. Edinburgh, 1954.*

²⁵“Своей смертью на кресте Он удовлетворил Господню справедливость, освободил нас от греха, разрушил власть Сатаны и восстановил нас в благодати. С того времени небеса были открыты для всех. Но чтобы войти, мы должны участвовать в искуплении... Воскресение Христа связано в Писании с Его смертью: оно является составной, хотя и не главной, частью Искупления. Своей смертью Христос освободил нас от греха и открыл врата рая; Своим Воскресением он показал нам и вернул нам жизнь, которой мы лишились из-за Адамова греха... Разумеется, верно, что Христос заслужил для нас Своей смертью прощение греха, оправдание и славу, но по плану Божественного провидения только после Воскресения апостолы должны были пойти проповедовать веру, через которую мы только и можем быть оправданы” (*Considine Rev. J.S. The Passion, Death, and Resurrection of Christ // Ed., trans. St. Thomas Aquinas, Summa Theologica, 1st complete Amer. edition, trans. Fathers of the English Dominical Provinc. New York, 1948, III, 3426, 3436 [курс. мой]; см. также: Williams J. Anselm... p. 9, где автор убедительно объясняет “Cur Deus Homo” как теорию евхаристии).*

²⁶*William J. Wolf. No Cross, No Crown: A Study of the Atonement. New York, 1957, pp. 19—20.*

²⁷*Williams J. Anselm... p. 25. Параллельно происходили изменения в формах богослужения. Так, Моррис утверждает, что “была принята новая поза молитвы, потом ставшая общепринятой: на коленях, со сложенными руками. Это была поза [вассального] преклонения, символизировавшая личную верность, которую чувствовал верующий по отношению к своему Господу” (Morris G. Discovery of the Individual... p. 142). До того верующие простирались ниц, как это до сих пор делается в православии.*

²⁸См. главу 2, прим. 26. В 809 г. Карл Великий использовал дополнение о филиокве как часть символа веры в своей собственной часовне, папа Лев III отказался принять эту поправку к исповеданию веры в Риме, хотя он принял отражаемую ею доктрину. Только в 1014 г. в литургию в соборе Св. Петра в Риме было включено дополнение о филиокве. Это дополнение стало главной причиной раскола между западной и восточной частями церкви в 1054 г. и продолжает оставаться препятствием к их воссоединению (*Latourette K.S. A History of Christianity, I. New York, 1975, pp. 303; см. также: Pelikan I. The Christian Tradition, II, 183—198).*

²⁹См. также “*Prosligion*”, гл. 9—11, Migne, PL 158.231—234.

³⁰*De Vera et Falsa Poenitentia*, гл. 10, Migne, PL 40.1122.

³¹*Ibid.*

³²*Ibid.*

³³*Southern R.W. Saint Anselm... p. 98.*

³⁴См.: *Crouse R.D. The Augustinian Background of St. Anselm's Concept of Justitia // Canadian Journal of Theology, 4 (1958), 111.*

³⁵В “*Cur Deus Homo*” Ансельм спрашивает, подобает ли Богу отпускать грехи одним лишь милосердием, не требуя ни удовлетворения, ни наказания. Он утверждает, что “не подобает Богу отменять что-либо в Своем царстве вне установленного порядка (*inordinatum*)” и что относится одинаково к виновному и невинному “не приличествует Богу”. Затем он добавляет: “Заметь и это. Каждый знает, что справедливость людей подчиняется закону... Следовательно, несправедливость, если она устраняется одним лишь милосердием, будет иметь большую свободу, чем справедливость, а это крайне неприлично” (*Cur Deus Homo. Кн.1, гл. 12. Migne. PL 158.377*). Ансельм возвращается к этому вопросу в главе 24 1 книги, утверждая, что для Бога просто простить слушание человеку значит сделать его благословенным благодаря его греху. “Поистине такая милость со стороны Бога была бы противна ему самому, невозможно милосердием быть таким”. Это приводит ученика Ансельма к такому высказыванию: “Если Бог следует норме справедливости, то нет спасения несчастному; и милосердие Господне, кажется, исчезло”. На это Ансельм отвечает: “Ты просил разума, так прими же его. Я не отрицаю, что Бог милосерден... Но мы говорим о том высшем милосердии, которым он делает людей благословенными после сей жизни. И я думаю, что достаточно

показал тебе приведенными выше рассуждениями, что эту благодать нельзя давать тому, чьи грехи не полностью отпущены, и что это отпущение не следует получать иначе как уплатой долга, накопившегося из-за греха, [и] согласно величине греха" (Migne. PL 158. 397—398).

³⁶См.: *Sohnen G. Grundfragen einer Rechts-theologie*. Munchen, 1962; *Rectitudo bei Anselm von Canterbury als Oberbegriff von Wahrheit und Gerechtigkeit* // Ed. by H.K.Kohlenberger, *Sola Ratione: Anselm-Studien fur Pater Dr. H. e. F. S. Schmitt*. Stuttgart, 1970.

³⁷О пост-Реформационных теориях замещающего наказания см.: *Wolf. No Cross, No Crown*. P. 109. И Лютер, и Кальвин разделяли многие мысли Ансельма об искупительной жертве. Однако Кальвин перенес акцент с необходимости искупить нанесенное Богу бесчестие на необходимость искупить нарушение закона Бога. Поэтому распятие рассматривалось у Кальвина как перенос на Христа всей вины и наказания человека. Затем последователи Кальвина постепенно свели его воззрения к взгляду на Бога как Бога "полностью и совершенно справедливого, откуда следует, что Он не одобряет никакого беззакония и никакого не оставляет безнаказанным" (см.: *Beza T. Confessio, Theol. Tract., II, 2*, цит. по: *Grotius H. A Defence of the Catholic Faith concerning the Satisfaction of Christ against Faustus Socinus* / Trans. with notes and hist. intro. by F.H. Foster. Andover, Mass., 1889, p. XIV). В ответ на аргумент Социна, что Бог является обиженной стороной, а не судьей, который применяет изданный другими свод права, и поэтому может просто простить нанесенные ему обиды, Гроций проводил различие между Богом, действующим как частное лицо, и Богом, действующим как лицо официальное; именно как суверенный государь Бог и требует наказания. Фостер указывает, что эта "правительственная" теория перешла к английским кальвинистам и от них к американским колониатам; например, Джонатан Эдвард подчеркивал, что, "когда есть нравственные существа, должно быть и нравственное правительство... Чтобы существовало нравственное правительство, должно быть наказание... Если наказанием только грозят, но никогда не применяют его, то закон перестает быть законом... Если Бог поддерживает авторитет Своего закона применением наказания, то очевидно, что Он последовательно действует в законодательной и исполнительной частях Своего правительства... Но если авторитет закона не поддерживается, он будет скорее поощрять и побуждать ко греху, чем удерживать от него". Таким образом, считается, что распятие продиктовано божественным правом. Мучения грешников замещаются страданиями Христа, чтобы дать таким образом пример, который сделает людей более послушными, чем наказание (*Grotius H. Defence... p. li*). Эту "субъективную" теорию, или теорию "примера", защищал Абельяр, но она в основном отвергалась до Реформации.

³⁸*Cur Deus Homo*, кн. 1, гл. 13—14, Migne, PL 158.379, 381.

³⁹См.: Аквинский Ф. *Summa Theologica*. Ч. II—II, qu. 62, arts. 3, 6.

⁴⁰См.: *Ranulf S. Moral Indignation and Middle Class Psychology*. New York, 1964.

⁴¹*De Vera et Falsa Poenitentia*. Гл. 20. Migne, PL 40. 1129—30.

⁴²Это фраза судьи Оливера Уэнделла Холмса, в которой он выразил то, что хотел бы сказать идущему на казнь преступнику (см.: *Berman H.J. The Interaction of Law and Religion*. New York, 1974, p. 168, n. 18).

⁴³"Non enim consisteret peccatum, si interdictio non fuisset" (*Lombardus P. Sententiarum Libri Quatuor*. Migne. PL 192. 734).

⁴⁴*Abelard P. Ethica, seu Scito Te Ipsum*. Гл. 5—7, 12. Migne. PL 178. 647—653; *Peter Abelard's Ethics* / Ed. by D.E.Luscombe. Oxford, 1971, pp. 38—49, 55; см.: *Kuttner S. Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX*. Vatican City, 1935, pp. 4—6, 19—20. О Грациане см.: *Kuttner S. The Father of the Science of Canon Law* // *Jurist*, 1, 1941, 2. Признано, что монументальный трактат Грациана "Согласование разноречивых канонов" ("*Concordatia Discorcondatum Canonum*") знаменует собой первое отделение канонического права от теологии. Интересно, что монах Грациан был преподавателем "практической внешней теологии" (*theologia practica externa*) в Болонье (*Feine*

Н.Е. Kirchliche Rechtsgeschichte, I. Weimar, 1950, 228). Грациан испытал сильное влияние Абельяра, а на того оказал большое влияние Ансельм.

⁴⁵В большинстве систем уголовного права нового времени часто содержится условие, что для того, чтобы деяние было наказуемым, оно должно представлять угрозу некоему интересу, который общество желает защитить. Советская система уголовного права пошла в этом направлении дальше других, обусловив наказуемость деяния его “социальной опасностью”. Это близко напоминает концепцию канонистов о том, что для того, чтобы составлять церковное преступление, данное деяние должно составлять scandalum против церкви. Если, чтобы деяние было наказуемым, достаточно, чтобы его социальная опасность (или scandalum) представляла собой общественный вред, то не имеют особого значения формулировки социальной опасности (или произвола). Если же самого стремления причинить вред (или ощущения его неприятности для общества) достаточно для признания деяния наказуемым, возникает вопрос, оправданно ли вмешательство уголовного права; см.: *Berman H.J. Soviet Criminal Law and Procedure: The RSFSR Codes*, 2nd ed. Cambridge, Mass., 1972, pp. 21, 37).

⁴⁶См.: *Kuttner S. Kanonistische Schuldlehre...* p. 189.

⁴⁷Взгляды Абельяра на грех были осуждены папой Иннокентием II на Санском соборе в 1140 г. (см.: *Luscombe D.E. Peter Abelard's Ethics*, p. 9n, 15n, 21n, 24n, 38n, 46n, 63n, 126n). Однако осуждение было направлено на отдельные положения, вырванные из контекста или преувеличенные. Главный же вклад Абельяра, а именно, его акцент на намерении как факторе, делающем деяние нравственно хорошим или дурным, был в целом воспринят каноническим правом. Так, если палач вешает осужденного из послушания закону, он не совершает греха, хотя если повесит его из личной вражды — он грешен. (Канонисты изобрели категорию “malum in se” для описания действий, которые греховны независимо от намерения, однако на деле все это действия, цели которых неизменно греховны.) Было принято и Абельярово разграничение между наклонностью к совершению греха и внутренним согласием на его совершение. Дурная наклонность, говорил Абельяр, не обязательно включает презрение или пренебрежение к божественному праву. Однако даже внутреннее согласие, или решение, совершить грех, хотя и наказуемо небесным форумом церкви, не должно наказываться судом, если оно не проявляется в поступке. Так утверждал Абельяр, и в этом с ним были согласны большинство канонистов (хотя и не полностью). Абельяр утверждает, что на земле наказываются дела греха, а не сам грех. Это ведет не только к более высокому критерию виновности, как указано в тексте, но и к более низкому, когда бытовые соображения диктуют более суровое отношение. Так, мать, по небрежности убившая свое дитя, должна быть сурово наказана “не за совершенную ошибку, а для того, чтобы она или другие женщины впредь тщательнее следили за такими вещами”. Также и мелкие грехи, совершенные публично, могут наказываться более сурово, чем более крупные грехи, оставшиеся в тайне, ибо первые способны своим примером побудить ко греху других. “Ибо все, что может способствовать общей гибели или общественному ущербу, должно наказываться с большей суровостью... и чем больше scandalum вызвано среди людей, тем больше и влекомое им наказание, даже если ему предшествовало легкое нарушение... Эта практика согласуется не столько с обязательствами справедливости, сколько с нуждами правительства, чтобы предотвратить, как мы уже говорили, к общей пользе нарушение общественных интересов” (Ibid, pp. 38—39, 42—43, 44—45).

⁴⁸*Kuttner S. Kanonistische Schuldlehre...* p. 25—28. Автор постоянно возвращается к этой теме. Самое лучшее доказательство справедливости утверждаемого в тексте — огромное внимание к contemptus. (См. обсуждение к прим. 50).

⁴⁹Ibid, pp. 377—379.

⁵⁰Ibid, pp. 28—38.

⁵¹*Le Bras G. Canon Law // Eds. C.G. Grump and E.F. Jacob. The Legacy of the Middle Ages. Oxford, 1926, p. 357.*

⁵²Быть может, наилучшим описанием культа Девы Марии в XI—XII вв. остается книга: *Adams H. Mont-Saint-Michel and Chartres. New York, 1913.*

⁵³См. (с XII в.): *The Art of Courtly Love* by Andreas Capellanus, with intro., trans., and notes by J.J. Parry (New York, 1941).

⁵⁴См.: *Wolter U. Ius Canonicum in Iure Civili*. Köln, 1975, p. 45; см. также: *Coing H. English Equity and the Denunciatio Evangelica of the Canon Law // Law Quarterly Review*, 71 (1955), 223.

5.

Каноническое право: первая западная система права нового времени

¹См. Мф. 18:15—17, 1 Кор. 5:1—5, 7:12—8:13, 11:5—16; Деян. 1:23—26, 2:44—45, 4:32, 15:5—29, 16:4.

²Англ. переводы см. в книгах: *The Didache* / Ed. and trans. J.A. Kleist. Westminster, Md., 1948; *Connolly R.H. Didascalia Apostolorum* / Ed. and trans. R.H. Connolly. Oxford, 1929; *The Statutes of the Apostles or Canones Ecclesiastici* / Ed. and trans. G.W. Horner. London, 1904. Комментарий и библиографию можно найти в книгах: *Quasten J. Patrology*, I. Westminster, Md., 1950, 29—39, and II (1953), 119—120, 147—152; *Tidner E. Sprachliches Kommentar zur lateinischen Didascalia Apostolorum*. Stockholm, 1938.

³Североафриканские церковные соборы в III в. решали, среди прочих вещей, что именно следует делать с “оступившимися” христианами, которые дрогнули под преследованиями, но впоследствии раскаялись. Арльский собор (314 г.) постановил, что никто не может быть крещен заново. В Никее епископы осуществили гораздо более широкие полномочия, включая власть подтверждать старые обычаи (например, канон 4 об избрании епископов и канон 6 о прерогативах патриарших престолов Александрии и Антиохии), упразднить старые обычаи (например, канон 15 об отмене обычая странствующих епископов, священников и диаконов) и издавать новые нормы в соответствии с новыми ситуациями (например, канон 18 о литургической роли диаконов и канон 17 о перекрещении паулинистов, желающих вернуться в лоно церкви) (см.: *The Disciplinary Decrees of the General Councils* / Ed. and trans. H.J. Schroeder. St. Louis, 1937, pp. 8—58).

⁴Первое собрание канонов, составленное епископом Антиохийским Мелетием (ум. 381), содержало каноны пяти поместных соборов V в. На Халкидонском соборе 451 г., который был четвертым по счету вселенским собором (второй состоялся в 381 г. в Константинополе, а третий в 431 г. в Эфесе), был одобрен сборник из 104 канонов, который включал каноны, изданные в Никее и Константинополе, а также каноны из компиляции епископа Мелетия. В начале VI в. император Юстиниан постановил: “Мы принимаем религиозные учения этих четырех синодов [I Никейского, Константинопольского, Эфесского и Халкидонского] как священное писание и соблюдаем каноны [принятые ими] как законы”. (Just., Nov. 131). Впоследствии на Востоке состоялись еще четыре вселенских собора: в 553 г. (II Константинопольский), в 680 г. (III Константинопольский), в 787 г. (II Никейский) и в 869 г. (IV Константинопольский). Вселенский характер последнего, однако, спорный. В 692 г. Пято-шестой собор, иначе называемый Трулльским, издал сборник канонов, которые дополняли решения пятого и шестого вселенских соборов, т.е. II и III Константинопольских (отсюда название “Пято-шестой”). Трулльский сборник оспаривался на Западе, но на Востоке стал основой для последующих собраний канонов, включая каноны V Константинопольского собора, созванного для отмены решений IV Константинопольского собора против патриарха Фотия. Собрание Фотия считается конечной точкой классического восточного канонического права (см. P.A. de Lagarde, *Reliquae Iuris Ecclesiasticae Antiquissimae Graecae*. Leipzig, 1856; *Zallinger J.A. Des canons et des collections canoniques de l'Eglise grecque*. Paris, 1858; *Pitra J.B. Iuris Ecclesiastici Graecorum Historia et Monumenta*, I. Rome, 1864. См. также прим. 5).

Восточнохристианские сборники стали фундаментом ранних западных собраний канонов, первым по значению из которых было "Collectio Dionysiana", составленное в Риме около 500 г. Потом это собрание воспроизводилось и распространялось в разных версиях, одна из которых, известная как "Hadriana", была послана папой Адрианом в 774 г. Карлу Великому. Другое важное собрание, известное как "Hispana", было составлено в Испании в VII в. Позднее его приписывали Св. Исидору Севильскому. Это собрание содержало галльское и испанское синодальное законодательство. Его не следует путать с Лжеисидоровыми, или Фальшивыми, декреталиями, франкской подделкой IX в., которая также была приписана Св. Исидору Севильскому (см. гл. 2). Лжеисидоровы декреталии были также частично основаны на "Hispana". Одной из главных целей автора была борьба с подчинением епископов светским властям и архиепископам, которые в свою очередь были привязаны к светским властям. В связи с этим и были подделаны древние каноны: Фальшивые декреталии должны были укрепить авторитет епископа Рима и как таковые были подняты на щит партией папы в XI—XII вв. как манифест папского верховенства. Хотя подлинность Лжеисидоровых декреталий и ставилась время от времени под сомнение, они оставались авторитетным собранием вплоть до XVI в., когда Эразм и другие ученые наконец доказали его поддельность. И "Hispana", и Лжеисидоровы декреталии являются шагом вперед по сравнению с предшествующими канонами, так как в них все тексты, хотя и организованы хронологически, помещены также под некоторыми предметными рубриками. Однако первым сборником канонов, построенным по предметному принципу (таинства, литургия, нравственные проступки и пр.), стал "Decretum" Бурхарда, Князя-Епископа франкско-германского города Вормса, относящийся к 1010 г. (см.: *Fournier P. and Le Bras G. Histoire des collections canoniques en Occident*, I. Paris, 1931; *Hove van A. Prolegomena ad Codicem Iuris Canonici*. Rome, 1945).

⁵Часто забывают, что значительная часть римского права, и не только в древний, но и в классический и послеклассический периоды, носила религиозный характер. Постепенно греческое слово "nomos", обозначающее закон и соответствующее латинскому слову "lex", слилось с "sacrum" в слове "nomosacrales" (так назывались сборники, которые периодически издавались византийскими императорами в VI—X вв. и включали и светские, и церковные нормы). Исследователи древнего канонического права часто отвергают их, как и каноны, изданные императором Западной империи в VIII—X вв. В книге: *Mortreuil J.A.B. Histoire du droit Byzantin*, I. Paris, 1843, обсуждаются "Номоканон в пятьдесят титулах" и "Номоканон в четырнадцать титулах" (217, 481); см. также: *Lingenthal von Z. Die griechische Nomokanon // Memoires de l'academie imperiale de sciences de S. Petersburg*, VII, St.Petersburg, 1977, 2. Эклога, опубликованная императором Львом III около 726 г., воспроизведена по-гречески и в английском переводе в книге: *Freshfield E.H. Roman Law in the Later Roman Empire; The Isaurian Period: The Ecloga*. Cambridge, 1932; см. также: *Mortreuil J.A.B. Histoire...* I, 357—372.

⁶*Sohm R. Das altkatholische Kirchenrecht und das Dekret Gratians*, Leipzig, 1914.

⁷*Kuttner S. Some Considerations on the Role of Secular Law and Institutions in the History of Canon Law // Доклад на конференции по праву и гуманитарным наукам, проведенной Американским Советом ученых обществ, Думбартон-Оукс, 12—13 апреля 1950 г., р. 356.* Профессор Куттнер добавляет: "Противоположность, на которую Зом должен был указать, — это противоположность между двумя различными способами правового мышления, т.е. между диалектическим рационализмом XII в. и линейным традиционализмом предшествующих веков".

⁸*Dictatus papae*, гл. 7. См. гл. 2 у прим. 12.

⁹См.: *Le Bras G., Lefebvre C., Rambaud J. Histoire du droit et des institutions de l'Eglise en occident*, vol. 7 // *L'Age classique: Source et theorie du droit*, 1140—1378. Paris, 1965, p. 133.

Мы здесь вовсе не предпринимаем попытку спасти другую важную часть тезиса Зомы, а именно, что трактат Грациана принадлежит к более ранней эпохе "старокатолического права", что он в сущности является изложением права таинств и что только

после Грациана было проведено четкое различие между властью таинств (то есть властью священнического сана) и юрисдикционной властью. Напротив, Грациан подчеркивает законодательную и судебную юрисдикции папы и епископов как нечто, происходящее не столько из их полномочий совершать таинства, сколько из их должности. Стэнли Чодороу пишет, что согласен на этот счет с Зомом (*Chodorow S. Christian Political Theory and Church Politics in the Mid-Twelfth Century*. Berkeley, 1972, pp. 8—16). Но и он подчеркивает тот факт, что Грациан рассматривает церковь как “юридическое сообщество” и приписывает папе всю законодательную и высшую судебную власть (с. 65, 137).

¹⁰См.: *Stein P. Legal Evolution*. New York, 1980. Стайн утверждает, что “эволюция права имеет свою собственную историю, которая начинается в XVIII в”. (р. IX). В своем исследовании, во всех прочих отношениях великолепном, он игнорирует тот факт, что “историческая школа” философии права (Берк, Савиньи и др.), проповедовавшая эволюцию права, опиралась на осознанную традицию, берущую начало в XII—XIII вв.

¹¹“*Corpus Juris Canonici*”, как его называли начиная с XIII в., окончательно был официально оформлен в 1580 г. Тогда было установлено, что он состоит из следующих частей: 1) “*Decretum*” Грациана (ок. 1140 г.); 2) “*Liber Extravagantium*” (обычно называемый “*Liber Extra*”), собрание декреталий, изданных папой Григорием IX (1234); 3) “*Liber Sextus Decretalium*” (“*Liber Sextus*”), собрание декреталий, изданных папой Бонифацием VIII (1298); 4) “*Clementinae*”, собрание декреталий папы Климента V (1305—1314) и Венского собора (1311—1312), изданное в 1314 и переданное в университеты папой Иоанном XXII в 1317 г. В дополнение к этому частью “*Corpus Juris Canonici*” считаются (хотя они не включены в него официально) еще два текста, неофициально составленные вскоре после правления папы Иоанна XXII; 5) “*Collectio Viginti Extravagantium*” Иоанна XXII (1316—1334); и 6) “*Extravagantes Communes*” (термин “*extravagantes*” относится к декреталиям, “бродящим за пределами” основных текстов — “*decretales extra decreta vagantes*”). Кроме этих основных текстов классического канонического права, имелись авторитетные стандартные глоссы, комментарии и суммы, из которых наиболее важными были “*Summa*” Гугуччио (ок. 1190 г.) и “*Glossa Ordinaria*” Иоанна Германца (*Ioannes Teutonicus*) (ок. 1215—1217 гг.).

“*Clementinae*” 1317 г. были последним официальным сборником канонического права до Трентского собора (1545—1563), который (вопреки общему ожиданию) не привел к изданию общей кодификации канонического права, но принял несколько важных совокупностей правил, например, об обязанностях клириков, о бенефициях, о религиозных орденах, о браке, о дисциплине покаяния и уголовном процессе. Общим следствием Трентского собора был резкий рост централизации папской власти и расширение правовой юрисдикции римской курии.

Формальные структуры и нормы канонического права не претерпели существенных изменений за века, прошедшие с Трентского собора. В 1904 г. папа Пий X создал комиссию для разработки нового Кодекса канонического права. К 1914 г. работа была завершена и в том же году папа Бенедикт XV издал новый “*Codex Juris Canonici*”, который должен был вступить в силу 19 мая 1918 г. Новый кодекс был по сути дальнейшей систематизацией канонического права XII—XIV вв. в редакции Трентского собора.

25 января 1959 г., вскоре после вступления на престол, папа Иоанн XXIII (1958—1963) объявил, что он созывает новый вселенский собор с целью реформирования римско-католической церкви и достижения более глубокого единства среди разделенных христианских церквей мира (которые все были приглашены прислать представителей на предстоящий собор. Более того, папа объявил, что собирается учредить комиссию для “ожидаемой и желаемой [всеми] модернизации Кодекса канонического права” (Иоанн XXIII, Обращение от 25 января 1959 г., “*Acta Apostolicae Sedis*”. Рим, 1959. С. 51—68). Комиссия была учреждена 28 марта 1963 г. и получила задачу создать новую редакцию кодекса в духе реформаторского пафоса постановлений Второго Ватиканского собора 1962—1965 гг.

¹²*Sherman G.P. A Brief History of Medieval Roman Canon Law // Canadian Law Times*, 39 (1919), p. 638. Следующее утверждение Шермана отражает распространенную в XIX в. западную концепцию (к сожалению, у нее еще много сторонников, хотя она убедительно опровергнута буквально всеми современными специалистами): “*Corpus Juris Canonici*” — старшая дочь “*Corpus Juris Civilis*” римского императора Юстиниана... Великие проблемы права и юриспруденции были раз навсегда продуманы римскими юристами, и их труды были записаны в “*Corpus Juris Civilis*”; канонисты воплотили многие из их решений, прямо или косвенно, в “*Corpus Juris Canonici*”, и тем самым спасали цивилизацию в Европе, пока Европа не стала готова [начиная с XVI века] приложиться к чистому источнику римского права” (с. 649).

¹³См.: *Rodes, Robert E., Jr., Ecclesiastical Administration in Medieval England: The Anglo-Saxons to the Reformation. Notre Dame, Ind., 1977, p. 66.* В книге, содержащей ценные наблюдения, но совершенно ошибочной по данному вопросу, профессор Роудс утверждает: “Описание [канонистами] того, как действует закон, их теоретические рассуждения о природе права, их способ классификации правоустановлений по предметным рубрикам или источникам — все это было прямо или косвенно заимствовано у римских юристов”. Роудс приводит как самый важный принцип главенства папы, который, как он утверждает, “приобрел юридическую форму в “*plenitudo potestatis*” по аналогии с местом императора в римском праве”. Конечно, верно, что канонисты отчасти опирались на римские тексты о верховенстве “*princes*” для того, чтобы обосновать верховенство папы как “князя” церкви. Однако как раз “теоретические рассуждения о природе права” и “полноте власти” и отсутствовали в “*Corpus Juris Civilis*”. Они были добавлены канонистами.

¹⁴См.: *Wolter U. Ius Canonicum in Iure Civili. Köln, 1975.*

¹⁵Первый император франков, Карл Великий, был коронован в 800 г. с титулом “Карл, светлейший Август, коронованный Господом, великий и миротворящий император, правящий Римской империей”. На Западе в то время выражение “Римская империя” было лишено яркого территориального оттенка и относилось прежде всего к народам западного христианского мира. Выражение “Христианская империя” употреблялось чаще, чем “Римская империя”. Правитель восточных франков Оттон II (ум. 983) был первым, кто назвал себя “римским императором”, а после основания Франконской династии саксонцем Конрадом II в 1024 г. выражение “Римская империя” впервые было использовано в 1034 г. для обозначения подвластных ему земель. При императоре Фридрихе I (Барбароссе) (1152—1190) впервые была упомянута “Священная империя”, но само выражение “Священная Римская империя” появилось только в 1254 г. Только через двести лет при Фридрихе III (император с 1452 по 1493 г.) сложилось название “Священная Римская империя германской нации”. Можно с уверенностью сказать, что “Римская империя” Франконской и Штауфенской династий была по сути германской, а не римской. См. прим. 16 и 17.

¹⁶Некоторые все еще придерживаются того взгляда, что рецепция германскими народами Запада римского права в XI—XII вв. произошла в результате убеждения, что мантия римской императорской власти легла на плечи императора франков Карла Великого и его преемников. Даже Пауль Кошакер утверждает, что для глоссаторов авторитет текстов Юстиниана основывался на том факте, что “*imperium Romanum*” продолжает жизнь в империи саксонского государя Генриха IV и его преемников (см.: *Koschaker P. Europa und das römische Recht. 3rd ed. München und Berlin, 1958, pp. 70—71*). Однако на деле даже внутри Римской империи германских королей римское право прямо господствовало только постольку, поскольку его истолковывали как латентное, вспомогательное право, которое “вступало в действие там, где ему оставляли место территориальные статулы и обычаи”. В остальном влияние его на светское право было косвенным, через использование его терминологии и понятий для толкования статулов и обычаев (см.: *Kuttner S. Some Considerations on the Role of Secular Law... p. 353*). Как указывает Куттнер, инструментом рецепции римского права служило прежде всего каноническое право. Это не означает, что римское право не считалось живым правом или что импе-

раторы не любили время от времени делать вид, что Древняя Римская империя все еще жива в их лице. См. прим. 17.

¹⁷ Император Фридрих Барбаросса в 1152 г. в Ронкальских постановлениях провозгласил новый закон о правах университетов и приказал, чтобы его внесли в соответствующий раздел Юстинианова “*Corpus Juris Civilis*”. Действительно, все Ронкальские постановления составлены в форме, напоминающей римское императорское законодательство. Однако это пример редкий, если вообще не единственный, и Фридриху Барбароссе в конце концов пришлось отказаться от своей мечты восстановить византийский образ правления. См. гл. 14.

¹⁸ В одном поразительном замечании “про себя” Мейтленд говорит: “*Decretum*” наводит грусть рядом с Дигестами”. Он имел в виду, что интеллектуальные качества труда Грациана едва ли могут сравниться с юриспруденцией классических римских юристов (*Pollock F. and Maitland F.W. History of English Law. 2nd ed. 1898; reprint ed., Cambridge, 1968, 24*). Несомненно, что Мейтленд имел в виду не Дигесты как таковые, а Дигесты в том виде, как их реконструировали средневековые романисты, создав из них набор тесно переплетенных, интегрированных понятий и определений, установленных раз и навсегда, содержащих сложные решения интригующих проблем юридической логики. При таком стандарте любая система права будет “наводить грусть”, если цель ее заключается в том, чтобы отразить реальные условия общества и так измениться, чтобы соответствовать новым ситуациям. Замечание Мейтленда столь необычайно потому, что он был не из тех, кто высоко ценит юридическую логику ради нее самой. Он никогда не принял бы подобное суждение на счет своего любимого английского общего права.

¹⁹ “Трудно точно установить тот момент, когда произошло [формальное] признание [plenitudo potestatis папы], но несомненно, что оно уже началось, когда Симон Бизиньянский писал свою “*Summa*” (1177—79)... и завершилось в понтификат Иннокентия III. Эволюция самого термина в тот период раскрывает в микрокосме весь процесс формирования канонистских доктрин” (*Watt J.A. The Theory of Papal Monarchy in the Thirteenth Century: The Contribution of the Canonists. New York, 1965, p. 78*).

²⁰ *Decretum, Dist. 19. C. 9*, включает древний текст, где говорится, что папа Анастасий был повержен волей Бога за ересь. См. прим. 21.

²¹ *Ibid. Dist. 29, ante c. 1*. Грациан поднял вопрос, следует ли предпочесть слова таких великих “толкователей священного писания”, как Св.Иероним и Св.Августин, декреталиям папы. Он заключил, что отцам церкви следует отдать предпочтение в толковании священного писания, но не в решении юридических вопросов, где требуется “не только знание, но и власть”. Грациан не употреблял слово “*jurisdictio*” для обозначения юридической власти папы, а пользовался вместо этого выражением “*executio potestatis*” (“исполнение власти”), которому он придавал в сущности то же значение, что его преемники — слову “*jurisdictio*” в анализе власти папы решать споры, включая доктринальные. Как говорит Брайан Тирни, “та власть, которой канонисты наделяли папу в вопросах веры, была властью верховного судьи, а не непогрешимого учителя. [Преемник Грациана] Гугуччио рассмотрел случай папы, который является ученым богословом. Если он возражает другому богослову, его папская должность не придает никакого дополнительного веса взглядам, которые он выражает в качестве учителя; однако все обязаны соблюдать то, что он постановляет как папа в решении дел. Если папа заблуждался по поводу дела, касавшегося веры, то канонисты были уверены, что ошибка будет исправлена самим папой или одним из его преемников (как в случае с Анастасием [см. прим. 20]) прежде, чем вся церковь будет введена в заблуждение” (*Tierney B. Origins of Papal Infallibility, 1150—1350. Leiden, 1972, p. 42*). Тирни показал, что до конца XIII в. не существовало теории папской непогрешимости, и что когда она возникла, то была выдвинута как ограничение папской власти. Она означала, что непогрешимые высказывания предыдущих пап не могут быть по желанию изменены папой, находившимся у власти (см. также: *Tierney B. The Foundations of the Conciliar Theory. Cambridge, 1955*).

²²Титул “кардинал” имел различные значения вплоть до середины XI в. Затем папы-реформаторы поручили “кардинальным” (т.е. главным) епископам и священникам 28 соседних церквей, которые обслуживали четыре великие базилики Рима, административные (а не только литургические, как раньше) функции в римской церкви. Неримляне также были возведены в сан кардинала, среди них, например, один из ведущих реформаторов Гумберт из Сильвы Кандиды. Таким образом, кардинальные епископы впервые составили административный корпус папства. Постановлением папы Николая II от 1059 г. им также было поручено выбирать папу (см.: *Kuttner S. Cardinalis: The History of a Canonical Concept // Traditio*, 3, 1945, 129—214; *New Catholic Encyclopedia*, 1967 ed., s.v. “cardinal”).

²³*Renouard Y. La Papauté a Avignon. Paris, 1954, p. 29* (англ. перевод: *The Avignon Papacy, 1305—1403. Hamden, Conn., 1970*). 1378 — год начала Великого раскола (1378—1417), когда правили два (а одно время даже три) соперничающих папских двора. С 1309 по 1377 г. папский престол располагался в Авиньоне, городе на юге Франции. Этот период известен как авиньонское пленение пап, или вавилонское пленение Божьей церкви.

²⁴См.: *Le Bras G. Institutions ecclesiastiques de la Chrétienté médiévale. Paris, 1964, pp. 346—348*.

²⁵Власть папского легата впервые была провозглашена как общий принцип в “*Dictatus papae*”, где Григорий VII постановил (*Dictatus IV*): “Его [то есть римского понтифика] легат, даже если он низшего ранга, на соборе имеет превосходство над всеми епископами и может вынести приговор о низложении против них”. Впоследствии полномочия папских легатов стали определяться их конкретными поручениями.

²⁶*Le Bras G. Institutions... p. 414*.

²⁷*Ibid*, p. 419. Ле Бра утверждает: “Духовенство с недоверием взирало на включение в свою сферу светского управления этого органа, обычно состоявшего из мирян. Как будто бы нарушался фундаментальный принцип канонического права [а именно, канон, что “миряне, как бы они ни были набожны, не имеют права распоряжаться церковной собственностью”]. Некоторые [поместные] соборы запротестовали. Тем не менее, древний обычай участия прихожан в светской жизни приходской общины в конце концов обеспечил признание коллегии “*fabriciens*”, которая к XIV в. стала одним из обычных учреждений христианского мира.

²⁸Мейтленд утверждает, что церковь была федеральной структурой, в которой имело место двойное подчинение епископии: она подчинялась архиепископии, с одной стороны, и папскому престолу — с другой. Аналогично каждый приход тоже имел двойное подчинение: епископии и папскому престолу. Таким образом, каждая архиепископия была, по сути, государством внутри федерального союза государств (*Maitland F.W. Roman Canon Law in the Church of England. Cambridge, 1898, pp. 101—105*).

Такой анализ трудно принять из-за того обстоятельства, что центральная власть, то есть папский престол, была всеполномочна. Не было никаких вопросов, оставленных в исключительной компетенции “государств”. Однако, если рассматривать церковь XII—XIII вв. как унитарное государство, в противоположность федерации, то оно было составлено из очень уж большого количества разнородных подразделений, причем каждое обладало значительной автономией.

²⁹*Size G. Thoughts on the Government of the Church in the Classical Period, (рукопись во владении автора), 1978, p. 4*.

³⁰*Glossa Platina ad Dist. 19. C. 19. Цит. по: Tierney B. Origins of Papal Infallibility... p. 32*. Латинское слово “*arbitrium*”, здесь переведенное как “воля”, Тирни переводит как “приговор”.

³¹*Hinschius P. Das Kirchen recht der Katholiken u. Protestanten in Deutschland, III. Berlin, 1883, p.769*.

³²*Decretum... Dist. 40. C. 6*.

³³*Tierney B. The Foundation of... p. 57*. В начале XIII в. канонист Алан, предвосхищая более крайние теории соборности XIV—XV вв., писал: “Верно, что только за ересь папа может быть судим против его воли... но это потому так в этом преступлении,

что в вопросах, относящихся к вере, он меньше коллегии кардиналов или общего собора епископов” (*Glossa ad. Dist. 40. C. 6. Цит. по: Tierney B. Origins of Papal Infallibility... p. 52*).

³⁴На теорию Гугуччио ссылается Тирни в “*Papal Infallibility*”. Она не была признана в “*Glossa Ordinaria*”. Гугуччио утверждал, что Грациан упоминал ересь только в качестве примера, или иначе потому, что папа мог быть обвинен в ереси даже в том случае, если она не была общеизвестна.

³⁵*Tierney B. Origins of Papal Infallibility, p. 48.*

³⁶*Ibid, pp. 51, 53, 89.*

³⁷*Tierney B. The Foundation of... p. 97.*

³⁸Сжатый обзор римского права можно найти в книге: *Buckland W.W. A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian. 2nd ed. Cambridge, 1932, p. 175.* Великолепный анализ отношения римских правовых понятий о корпорации к современным западным понятиям содержится в книге: *Duff P.W. Personality in Roman Private Law. Cambridge, 1938.*

³⁹*Gierke von O. Das deutsche Genossenschaftsrecht, 4 vols. Berlin, 1868—1913.*

⁴⁰См.: *Gillet P. La personnalite juridique en droit ecclesiastique specialement chez les Decretistes et les Decretalistes et dans le Code du droit canonique. Malines, 1927, p. 61.* Жилле анализирует теории глоссаторов, то есть романистов, но теории эти были в основе своей такие же, как у канонистов, а многие из них были извлечены из трудов канонистов. Жилле утверждает, что термин “корпорация” применялся ко всем видам ассоциаций, церковным и светским, которые были “созданы, чтобы дать каждому причитающееся”. Разные латинские слова “*universitas*”, “*collegium*”, “*corpus*” и “*societas*” употреблялись как синонимы. Религиозные и гражданские “фонды” тоже считались корпорациями. Чтобы претендовать на звание корпорации, ассоциация должна была иметь как минимум трех членов. Не требовалось ни устава, ни какой-либо особой формы организации.

По мнению Плехля, в этот период не было дано однозначного ответа на вопрос, в какой степени необходимо согласие вышестоящих церковных властей для надления отдельных церковных единиц юридической личностью. *Plochl W.M. Geschichte des Kirchenrechts. I. Wien, 1953. S.175.*

⁴¹*Plochl W.M. Geschichte... S. 73.*

⁴²См.: *Von. Gierke P. Genossenschaftsrecht... vol. III.* Гирке, несомненно, преувеличивает данную противоположность. Про него говорили, что он “художник, который обожает подчеркивать зависимость римских корпораций от Государства, чтобы резче обозначить контраст со свободным немецким *Genossenschaft* (товариществом), историком и пророком которого он является” (*Duff P.W. Personality... p. 118*).

⁴³*Gillet P. La personnalite juridique... p. 76.*

⁴⁴*Ibid, pp. 77—78; см.: Ullmann W. The Delictal Responsibility of Medieval Corporations // Law Quarterly Review, 64, 1948, 77.*

⁴⁵Тезис Гирке, что “фиктивная” теория корпорации (а именно, что корпорация — искусственная личность, берущая свое существование и полномочия от политической власти), появившаяся в XIII в., в декреталии папы Иннокентия IV, ныне полностью опровергнута (см. *Gillet P. La personnalite juridique... p. 163; Duff P.W. Personality... p. 221—224; Tierney B. The Foundations of... p. 98*). Жилле показывает, что канонистская теория фикции — не то, что думал Гирке. Канонисты говорили, что члены корпорации (*universitas*) рассматриваются законом (*funguntur*) как одно лицо. Знаменитый текст папы Иннокентия IV, который Гирке считает формулировкой теории фикции, гласит: “*Collegium in causa universitatis fingatur una persona*”, то есть “коллектив” в вопросах, касающихся корпорации, участвует так, “как если бы это было” одно лицо. Однако из этого не следует, что корпорация ведет отвлеченное существование независимо от своих членов или что “сущность” корпорации в коллективе, а “побочные свойства” — в отдельных членах. Ни Иннокентий IV, ни другие канонисты таких теорий не развивали, и они вовсе не подразумеваются представлением о том, что можно наделять “юридической

личностью” коллектив, группу или, если уж на то пошло, фонд. Канонисты XII—XIII вв. отнюдь не были, вопреки мнению Гирке, “гипертрофированными реалистами”. Напротив, разработанное ими право корпораций отражает умеренно-номиналистские взгляды (см. прим. 48). И что не менее важно, это право отражает взгляд, что правоспособность и юридические права и обязанности группы, как и правоспособность и юридические права и обязанности индивида, вытекают из того же источника, что и все право, включая божественное и естественное право и действующее право церкви и светских государств. Иннокентий IV сказал бы, что наделение группы способностью иметь собственность, заключать договоры, предъявлять иски и отвечать по ним в суде не более искусственно или “фиктивно”, чем наделение такой способностью индивида.

⁴⁶Этот вывод сделан Тирни (*Tierney B. The Foundations of...* p. 101).

⁴⁷*Ibid.*, p. 96, 101.

⁴⁸Тирни называет это “умеренно-реалистской” позицией (*Ibid.*, p. 102). В этой связи, однако, он цитирует утверждение великого юриста XIV в. Бартола: “Все философы и канонисты [убеждены], что целое реально [realiter] не отличается от своих частей”, а это классическое изложение номиналистского взгляда. См. гл. 3.

⁴⁹*Ibid.*, p. 108.

⁵⁰*Ibid.* Тирни отмечает, что сначала имела тенденция смешивать два термина “совет” (“*consilium*”) и “согласие” (“*consentio*”).

⁵¹*Ibid.*, p. 111.

⁵²*Ibid.*

⁵³*Ibid.*, p. 117. Отличный пример юридического метода канонистов приводит Тирни (*Ibid.*, pp. 103—104). Это отрывок из Бернарда Пармского по поводу того, может ли епископ подать иск или отвечать перед судом без согласия своего капитула. “Сначала он выдвигает неизбежную органическую метафору: прелат и капитул не могли бы действовать по отдельности, так как они — один орган... Но дальше он переходит к ссылкам на целый ряд римских юридических текстов, которые, казалось бы, указывают на противоположный вывод... Затем он переходит к своему собственному выводу, предполагая, что прелат может действовать один в определенных случаях, где никак не могли бы быть задеты интересы его церкви, и заодно отмечает, что нормы римского права не носили обязывающего характера в церковных делах: “*Nec in rebus ecclesiasticis stamus legibus illis sed canonibus*”. Он словно бы выдвинул римские положения для того, чтобы показать, что органическая метафора — не единственный подход к этой проблеме, но потом шагнул вперед, к решению, которое казалось ему наиболее подходящим для благополучия Церкви”. Тирни справедливо заключает, что метод обращения с понятиями и текстами, показанный в этом примере, “приводит нас в самое сердце достижения канонистов”. “Поддержание упорядоченной жизни в Церкви, и не меньше, вот что было настоящей задачей канонистов. Они решали ее, занимаясь потоком судебных дел, обычно мелких, касавшихся полномочий церковных корпораций и прав их членов. Они решили текущие вопросы и одновременно, в процессе работы, создали тонкую и гармоничную теорию структуры корпораций, а это было значительное интеллектуальное достижение”. Кстати, именно Бернард Пармский первый установил тройную классификацию прав, принадлежащих прелату, прав, принадлежащих капитулу, и прав, принадлежащих капитулу и прелату совместно.

⁵⁴Эта максима — “*Quod omnes tangit omnibus tractari et approbari debet*” — относилась к норме, что когда несколько опекунов (*tutores*) имеют неразделенное опекунство (*tutela*), то их совместное управление нельзя прекратить без согласия всех. Романисты и канонисты XII—XIII вв. соединили эту норму с другими содержащимися в Дигестах нормами, требующими согласия всех лиц, которые разделяют общие права, в особенности нормами процессуального характера, когда одно из таких лиц было истцом или ответчиком. Что характерно, канонисты применили затем принцип, который они обнаружили в основе всех этих разнообразных норм, к сделкам, в которых участвует корпорация или иное сообщество, в тех случаях, когда сделка заключается для общей пользы и, следовательно (говорят они), требуется согласие всех или большинства, или

“здоровой части” (*sanior pars*). Широта применения этой доктрины была, однако, несколько ограничена тем, что она была выведена из процессуальных требований и постоянно связана с ними. Интересное обсуждение содержится в книге: *Post G. Studies in Medieval Legal Thought*. Princeton, 1964. Chap. 4 // *A Romano-Canonical Maxim, Quod Omnes Tangit*, in *Bracton and in Early Parliaments*.

6.

Структурные элементы системы канонического права

¹О каноническом брачном праве в XII—XIII вв. см.: *Esmein A. Le mariage en droit canonique*. 2 vols. Paris, 1891; *Le Bras G. La doctrine du mariage chez les theologians et les canonistes depuis l'an mille // Dictionnaire de theologie catholique*, IX (1926), 2123—2317; *Plochl W.M. Geschichte des Kirchenrechts*, II. Wien, 1955, 267—298.

²*Le Bras G. Canon Law // Eds C.G.Grump and E.F.Jacob. The Legacy of the Middle Ages*. Oxford, 1926, p. 345. Этот очерк остается чрезвычайно полезным резюме основных черт канонического права, включая брачное право, в период до XVI в.

³О каноническом праве наследования XII—XIII вв. см. *Auffroy H. Evolution du testament en France des origines au treizieme siecle*. Paris, 1899; *Hannan J. The Canon Law of Wills*, Washington, D.C., 1934.

⁴*Pollock F. and Maitland F.W. History of English Law*. 2nd ed. 1898 (reprint ed., Cambridge, 1968), I, 314. Дарение “post obitum” было не только англо-саксонским институтом, оно было известно норманнам и имело аналогии среди других германских народов.

⁵*Just.*, Nov. 131.9 и 131.11.1. и 2ю. См.: *Hannan J*, p.334; *Lawson F.H. The Roman Law Reader*. New York, 1969, pp. 81—83, 234; см. также: *Constantelos D. Byzantine Philanthropy and Social Welfare*. New Brunswick, N.J., 1968.

⁶*Pollock F. and Maitland F.W. History...*, I, pp. 338—339.

⁷См.: *Hannan J. The Canon Law of Wills*, pp. 274—275.

⁸*The Treatise on the Laws and Customs of England Commonly Called Glanvill / Ed. and trans. G.D.G.Hall. London and Edinburg*, 1965, p. 70.

⁹О каноническом праве собственности в XII—XIII вв. см.: *Plochl W.M. Geschichte...* p. 396; *Feine H.E. Kirchlche Rechtsgeschichte*, I. Weimar, 1950, 310, 327.

¹⁰*Decretum*, C. 3 q. 1 c. 2.

¹¹См.: *Ruffini F. L'Actio Spolii*. Turin, 1889, p. 327.

¹²*Ibid*, p. 244.

¹³См. *Just.*, C. 8.4.1.

¹⁴См. *D.* 48.16.1.

¹⁵*Just.*, I. 4.15.6.

¹⁶О каноническом праве договоров в XII—XIII вв. см.: *Plochl W.M. Geschichte...* p. 399; *Lynch T. Contracts between Bishops and Religious Congregations: A Historical Synopsis and a Commentary*. Washington, D.C., 1947; *Sollner A. Die Causa im Konditionen-und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanoniken*, ZSS (rom), 77 (1960), 182—269.

¹⁷*D.* 2.14.7.1.

¹⁸*Gordley J.R. The Search for a General Theory of Contract* (рукопись во владении автора), 1979, p. 48.

¹⁹*Ibid*.

²⁰*Sollner A. Die Causa...* p. 240.

²¹*Just.*, C. 4.44.8. Полный текст на латинском языке и в английском переводе с комментарием приведен в книге: *Cahn K.S. The Roman and Frankish Roots of the Just Price of Medieval Canon Law // Studies in Medieval and Renaissance History*, 6, 1969, 1.

²²Corpus Legum sive Brachylogus Iuris Civilis // Ed. by Ed. Bocking. Berlin, 1829, pp. 98—99; цит. по: *Cahn K.S. Roman and Frankish Roots...*, p. 18, n. 15.

²³В декретальном письме папы Александра III (1159—1181) постановлялось, что в деле о продаже леса канониками Бове аббатству Шали (по которому епископ Аррасский присудил, что лес был куплен менее чем за половину справедливой цены) от покупателя не требуется брать назад уплаченное и возвращать покупку (как решил епископ), а ему предоставляется возможность доплатить столько, сколько недостает до справедливой цены (Григорий IX, Декреталии 3.17.3. Цит. по: *Cahn K.S. Roman and Frankish Roots...* p. 25, n. 40).

²⁴См.: *Gordley J.R. Equality in Exchange // California Law Review*, 69, 1981, p. 1640.

²⁵*Ibid.*; см. также: *Gilchrist J.T. The Church and Economic Activity in the Middle Ages*. New York, 1969, p. 274.

²⁶См.: *Noonan J. Jr. The Scholastic Analysis of Usury*. Cambridge, Mass., 1957, p. 11.

²⁷*Ibid*, p. 506.

²⁸Decretum, C. 14. Q.4 и 46., с. 9 и 10.

²⁹*Gilchrist J.T. The church and Economic Activity...* p. 107.

³⁰О каноническом процессуальном и доказательственном праве XII—XIII вв. см.: *Plochl W.M. Geschichte...* I, 88—90 и II, 311—338; *Clune R.B. The Judicial Interrogation of the Parties*, CLS, no. 269. Washington, D.C., 1948; *Giuliani A. The Influence of Rhetoric on the Law of Evidence and Pleading // Juridical Review*, 62, 1969, 231—251.

³¹*De Vera et Falsa Poenitentia*, Migne, PL 40.1129.

³²*Giuliani. Rhetoric.*

³³См.: *Coing H. English Equity and the Denunciatio Evangelica of the Common Law // Law Quarterly Review*, 71, 1955, 233.

³⁴*Cappelletti M. and Perillo J.M. Civil Procedure in Italy*. The Hague, 1965, pp. 35—36.

³⁵Канонисты заявили, что бремя доказывания утверждения лежит на той стороне, которая это утверждение сделала. Возможно, это один из источников доктрины презумпции невиновности. Однако при фактической замене устной процедуры письменной судьи стали требовать от обвиняемых лиц давать объяснения в ответ на обвинения против них, что привело (по словам М.Дж.Иссейда) практически к презумпции виновности" (см. *Essaid M.J. La presumption d'innocence*. Rabat, 1971, p. 26. n. 15).

7.

Бекет против Генриха II

¹См.: *Brooke Z.M. The English Church and The Papacy from the Conquest to the Reign of John*. Cambridge, 1952. Chap. 12, "Stephen. The 'freedom of the Church'".

²*Ibid*, pp. 188—190.

³См.: *Smalley B. The Becket Conflict and the Schools*, Oxford, 1973, p. 122; *Duggan G. The Becket Dispute and the Criminous Clerks // Bulletin of the Institute of Historical Research*, 35, no. 91 (May 1962), 1—28; *Alexander J.W. The Becket Controversy in Recent Historiography // The Journal of British Studies*. (Hartford, Conn.) 9 no. 2. (May 1970), 1—26. Александер убедительно опровергает более старую антибекетовскую позицию, которую занимали авторы в книге: *Richardson H.G. and Sayles G.O. The Governance of Medieval England*. Edinburgh, 1963.

⁴*Greenaway G. ed. and trans. The Life and Death of Thomas Becket Chancellor of England and Archbishop of Canterbury Based on the Account of William Fitzstephen His Clerk with Additions from Other Contemporary Sources*. London. 1961, p. 22 (Гринэуэй всей душой на стороне Генриха).

⁵*Packard S.R. Twelfth Century Europe: An Interpretive Essay*. Amherst, Mass., 1973, p. 286.

⁶*Pollock F. and Maitland F.W. The History of English Law, 2nd ed., 1898 (reprint ed. Cambridge, 1968), I, 449.*

⁷Представленную здесь точку зрения разделяют многие авторитетные ученые, включая и тех, на которых дана ссылка в прим. 3, но она непопулярна среди английских историков политики и права, включая и тех, на которых дана ссылка в прим. 4 и 5. Хорошо известная биография Генриха II, которая без обиняков возлагает вину за конфликт на несгибаемость Бекета, сильно не договаривает истинный масштаб требований Генриха и соответственно приуменьшает уступки, сделанные Генрихом после гибели Бекета (см.: *Warren W.L. Henry II. Berkeley and Los Angeles, 1973, pp. 462—464, 477—482, 538—548*).

Не соглашаясь с “прогенриховской” позицией, мы вовсе не хотим сказать, что готовность Бекета к компромиссу не оставляла желать много лучшего. И Бекет, и Генрих замкнулись в крайних взглядах, из которых они не смогли вырваться. Однако утверждать, как это делает Уоррен, что Бекет был запоздавшим григорианцем, который не попал в ногу со временем и был обречен на неудачу, значит игнорировать тот факт, что революция папы Григория VII была полна жизни на протяжении всего XII столетия. Не только Бекет, но и папа Александр III резко осудил Кларендонские постановления, обвинив Генриха в “узурпации... полномочий, принадлежащих Иисусу Христу” и “смешивании церкви и государства” (*Ibid, pp. 524, 527*).

⁸См. *Smalley D. The Becket Conflict... p. 124—125.*

⁹*Knowles D. Thomas Becket. London, 1970, pp. 18—84.*

¹⁰*Pollock F. and Maitland F.W. History..., I, 454, 455, 443, 447.*

¹¹*The Life and Death of Thomas Becket... p.19.*

¹²Специфической английской доктрине привилегии духовенства мы обязаны мученической смерти Бекета. Ее последующее развитие было, мягко выражаясь, любопытным. Обычной проверкой на духовное звание было умение читать, так что со временем все больше людей стали пользоваться иммунитетом. Чтобы прекратить злоупотребления, было принято правило, что привилегией можно воспользоваться только один раз, вне зависимости от того, был ли осужденный клирик лишен своего звания после первого проступка. Чтобы легче было соблюсти эту норму, в 1490 г. было введено клеймение осужденного клирика на большом пальце. (Говорят, эта практика послужила источником выражения “правило большого пальца” [“the rule of thumb”].)

“Реформация, — пишет Плакнетт, — на первый взгляд была удобным случаем для упразднения такого обременительного римского реликта, но на практике отношение к нему колебалось”. В 1547 г. привилегия духовенства была распространена на двоеженцев (раньше клирик низшего звания, хотя и имел право жениться, лишался духовного звания, совершив грех второй женитьбы или женитьбы на вдове и исключался из привилегии духовенства) и пэров королевства независимо от их умения читать. (Пэры также были избавлены от клеймения.) В XVII в. привилегия была распространена и на женщин. “В 1707 г. ею пользоваться мог уже кто угодно, так как была упразднена проверка умения читать, или “neck verse” (первый стих 51 псалма, который давался для проверки).

“Фактически, — пишет Плакнетт, — все это означает, что природа привилегии духовенства претерпела радикальные изменения. В 1576 г. было установлено, что осужденные духовные лица не должны больше передаваться в суд епископа, а должны быть отпущены. Так прервалась последняя связующая нить привилегии и с Церковью, и с духовенством. Одновременно закон разрешал заключение в тюрьму сроком на один год по усмотрению суда. Даже до Реформации парламент осмелился исключить нетяжкую измену из привилегии духовенства... После Реформации длинным рядом статуты то же самое было сделано в отношении убийства, пиратства, разбоя, изнасилования, кражи со взломом и множества других преступлений. Результат был весомым. Пропаша между фелонией (тяжкими преступлениями) и мелкими преступлениями была чересчур велика. При помощи привилегии духовенства парламенту удалось сделать некоторые преступления наказуемыми смертной казнью уже за совершение их впервые (они

не подлежали привилегии духовенства), а другие — за повторное их совершение (они оставались в привилегии духовенства). Так стала возможной приблизительная классификация преступлений на более мелкие разряды, чем два средневековых. Этот процесс пошел дальше, когда была продолжена политика статута 1576 г., и лица, осужденные за поджог с привилегией духовенства, приговаривались к семилетней ссылке. Так сохранение привилегии духовенства в значительной степени способствовало смягчению суровости уголовного права и создало возможность для разработки градуированной шкалы наказаний". Привилегия духовенства была наконец отменена в Англии в 1827 г. (*Plucknett T.F.T. A Concise History of the Common Law. 5th ed. Boston, 1956, pp. 439—441*).

¹³*Maitland F.W. Roman Canon Law in the Church of England. London, 1898, pp. 56—57.*

¹⁴Хотя теория королевской прерогативы настаивала, что король всегда имеет право запретить церковным судам рассматривать дела королевской юрисдикции, тем не менее запретительный ордер как юридический инструмент всегда иницируется тяжущимся" (*Flahiff G.B. The Writ of Prohibition to Court Christian in the Thirteenth Century, part II // Medieval Studies, 7, 1945, 232*).

¹⁵*Ibid.*, p. 257.

¹⁶*Ibid.*, p. 237.

¹⁷*Ibid.*, p. 241, п. 71.

¹⁸*Ibid.*, pp. 243—244.

¹⁹*Ibid.*, pp. 244—245.

8.

Концепция светского права

¹Латинский текст *Policraticus*, под редакцией С.С. Webb, был опубликован издательством "Oxford University Press" в 1909 г. Имеется английский перевод, под названием "The Statesman's Book of John of Salisbury, Being the Fourth, Fifth, and Sixth Books, Selections from the Seventh and Eighth Books, of the *Policraticus*", trans. with intro. by John Dickinson (New York, 1963). Один ведущий историк назвал Иоанна Солсберийского "самым замечательным ученым и стилистом своего времени" (*Knowles D. The Evolution of Medieval Thought. New York, 1962, p. 135*).

Иоанн Солсберийский родился в Англии в 1115 г. и двенадцать лет учился в Шартре у Абеляра, Жильбера де ла Порре и других великих ученых. В конце 1140-х гг. он служил при папском дворе, а потом многие годы при архиепископе Томасе Бекете. Король Генрих II отправил его в ссылку в 1164 г., но он был в Кентербери во время убийства Бекета. С 1176 г. до своей смерти в 1180 г. он был епископом Шартра. "*Policraticus*" посвящен Бекету.

²См.: *Williams G.H. The Norman Anonymous of 1100 A.D. // Harvard Theological Studies, vol. 18. Cambridge, Mass., 1951.*

³*Ibid.*, p. 173.

⁴Dickinson, "Salisbury", p. LXXXI.

⁵*Ibid.*, p. LXXX—LXXXI.

⁶*Ibid.*, p. LXXXII.

⁷"Политика" Аристотеля была переведена около 1260 г. "*De Regimine Principum*" Фомы Аквинского был написан в 1266 г.

⁸*Metalogicon* Иоанна Солсберийского, написанный в том же году, что и *Policraticus* (1159), опирался на произведения Аристотеля "*Analytica Priora*" и "*De Elenchis Sophisticis*", которые были переведены между 1128 и 1140 гг.

⁹*Carlyle R.W. and Carlyle A.J. A History of Medieval Political Thought in the West, 6 vols. London, 1903—1936, II, 2; III, 140, 142—143, 146.*

¹⁰*The Statesman's Book of John of Salisbury... p. XI.*

¹¹*Ibid.*, p. XXII.

¹²Carlyle R.W. and Carlyle A.J. A History Medieval Political Thought, IV, 333.

¹³Ibid.

¹⁴“Св.Августин безразлично относится к государству как сообществу и территории... И все же [он] принимает отдельные элементы древнего представления о государстве, а именно, идеи закона и справедливости, порядка и мира, которые Римская республика и Римская империя попытались провести в жизнь в рамках своей ограниченной концессии истинных целей человечества... Так, земной imperium и земной regnum положительно оцениваемые Августином, являются не государствами как сообщества или территории, а формами и функциями справедливого правления в том смешанном состоянии, в котором пребывает на земле Град Божий” (Gerhard B., Ladner G.B. Aspects of Medieval Thought on Church and State // Review of Politics, 9, 1947, 403—422).

¹⁵Skinner Q. The Foundations of Modern Political Thought, vol. 2. The Age of Reformation. New York, 1978, p. 353. См. прим. 17.

¹⁶Ergo est... princeps potestas publica... Webb, “Policraticus” 5.1. См. Post G. Studies in Medieval Legal Thought: Public Law and the State, 1100—1322. Princeton, N.J., 1964, p. 515. п. 42. Пост твердо поддерживает взгляд, что современное понятие государства коренится в правовой мысли конца XI, XII и XIII вв.

¹⁷Выделенные курсивом слова опущены в цитате, приводимой в тексте к прим. 15. Курсив автора.

¹⁸Разумеется, есть большая литература о возникновении понятия государства нового времени (Skinner Q. The foundations of Modern Political Thought, II, IX—X).

“Решающий переход был сделан от идеи правителя, который “поддерживает свое положение” к представлению о том, что существует отдельный правовой и конституционный порядок, порядок Государства, поддерживать который является долгом правителя”. Однако этот сдвиг впервые произошел не в XVI в., как утверждает Скиннер, а в конце XI и в XII в., и он отражен в произведениях Иоанна Солсберийского.

Однако Скиннер далее принимает следующее определение государства (которое он приписывает Максиму Веберу): “единственный источник права и законной силы в границах своей территории и единственный объект приверженности своих граждан”. По этому определению сомнительно, что даже сегодня Соединенные Штаты Америки можно квалифицировать как государство, так как они частично управляются международным правом (включая международное обычное право и международные договоры и соглашения), а граждане США могут иметь и другие объекты приверженности (например, религиозные).

¹⁹The Statesman’s Book of John of Salisbury... p. 335.

²⁰Ibid., pp. 4—5

²¹Ibid., p. 351.

²²Ibid., p. 212.

²³Ibid., p. 213.

²⁴Ibid., p. 258.

²⁵Ibid., p. 85.

²⁶Ibid., pp. LXXIII—LXIV (цит. из Policraticus 3.15).

²⁷Некоторые утверждали, что церемония посвящения, требовавшая участия духовенства, является таинством, которым правитель возводится в должность, а другие говорили, что эта церемония просто подтверждает его избрание. Аналогично некоторые утверждали, что отлучение или впадение в ересь или раскол лишает приказы правителя законной силы — а другие говорили, что законность приказов зависит не от наличия или отсутствия церковного порицания правителя, а от рода и цели приказов. Так, Грациан ссылаясь на письмо Григория VII, в котором тот оправдывал свои действия против Генриха IV тем, что папа Захарий I принимал участие в низложении Хильдерика III, последнего меровингского короля; Захарий тогда освободил франков от присяги Хильдериду, чтобы они могли поклясться в верности его преемнику, не совершая клятв-преступления. Ученик Грациана Руфин позже обсуждал это дело с точки зрения

природы принесенной Хильдериху присяги, в частности, была ли она принесена королю как частному лицу или по должности.

²⁸The Statesman's Book of John of Salisbury... p. 84.

²⁹Ibid.

³⁰Ibid., p. 65.

³¹Ibid., p. 9.

³²Ibid., p. 84.

³³Ibid., p. XLIII.

³⁴Ibid., p. 191.

³⁵Ibid., p. 65.

³⁶Ibid.

³⁷Carlyle R.W. and Carlyle A.J. A History Medieval Political Thought..., I, 63—70, 125—131. В 1080-х гг. партия папы призвала против императора теорию договора: было сказано, что "его жестокая тирания над подданными" ясно показала, что "люди свободны от его господства и подчинения ему, ибо очевидно, что он первый нарушил договор, по которому он был назначен" (Манегольд Лаутенбахский, цит. по книге: Tierney B. The Crisis of Church and State, 1050—1300. Englewood Cliffs, N.J., 1964, p. 79). Манегольд берет пример из более низкой области: человек нанял кого-нибудь за хорошую плату ходить за свиньями и потом обнаружил, что он не заботится о них, а крадет, убивает и уничтожает. Разве не удержат с такого человека плату и не изгонят позорно с работы ходить за свиньями?" Далее в том же документе Манегольд утверждает: "Так как никто не может сам сделаться императором или королем, люди возвышают какого-нибудь человека над собой, чтобы он правил и управлял ими благодаря своим справедливым полномочиям, давал каждому что причитается, защищал добрых, наказывал злых и всем давал справедливость. Если же, однако, он нарушит этот договор, по которому он был избран... разум справедливо полагает, чтобы он освободил свой народ от долга повиновения ему, ибо он сам первый разорвал узы взаимной верности, которыми был связан с людьми, а те с ним" (с. 80). Иоанн Солсберийский, хотя и был сторонником Папской революции и врагом королевской тирании, не принял этот "левый" аргумент.

³⁸Аристотель. Политика. 1.1, цит. по: The Basic Works of Aristotle, ed. Richard McKeon. New York, 1941, p. 1127.

³⁹Ladner G.B. Aspects of Medieval Thought... pp. 411—416.

⁴⁰См.: Gilmore M.P. Argument from Roman Law in Political Thought, 1200—1600. Cambridge, Mass., 1941, pp. 15—36.

⁴¹D. 2.1.1 and 1.16.7.2; см.: Perrin J.W. Azo, Roman Law, and Sovereign European States // Studia Gratiana, 15, 1972, 92—94, 97—101.

⁴²Perrin J.W. "Azo", p. 93.

⁴³Ibid., p. 95.

⁴⁴Ibid., p. 93.

⁴⁵См.: Strayer J.R. On the Medieval Origins of the Modern State. Princeton, N.J., 1970, p. 21.

⁴⁶См.: Kantorowicz E.H. The King's Two Bodies: A Study in Medieval Political Theory. Princeton, N.J., 1957, pp. 143—192.

⁴⁷Kern F. Kingship and Law in the Middle Ages / Trans. S.B.Chrimos. Oxford, 1939, pp. 83—84.

⁴⁸См.: Giesey R.E. The Oath of the Aragonese and the Legendary Laws of Sobrarbe. Princeton, N.J., 1968.

⁴⁹Magna Carta, 17 John (1215), chaps. 12, 17, 38, 39, 40, 41, 42, 45.

⁵⁰Золотая Булла 1222 г., главы 1, 2, 3, 9, 14, 16, 23, 28. Полный текст см. в книге: Marczali H. Enchiridion Fontium Historiae Hungarorum. Budapest, 1902, pp. 134—143; см.: Knatchbull-Hugessen C.M. The Political Evolution of the Hungarian Nation, I. London, 1908, 19—30.

⁵¹См. определение лорда Дайси с уточнениями Роберто Ангера, в книге: Unger R.M. Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory. New York, 1976,

pp. 273—274. Ангер называет верховенство права “правовым порядком”, который он противопоставляет “обычному праву”, с одной стороны, и “бюрократическому праву” — с другой. Это ведет его к ошибочному взгляду, что “правовой порядок возник с либеральным европейским обществом нового времени”, то есть не ранее XVII в. (с. 54).

9.

Феодальное право

¹Марк Блок разделяет феодализм на “первый феодальный период” с VIII по середину XI в. и “второй феодальный период” с середины XI по XV в. Он пишет: “...Было два последовательных “феодальных” периода с весьма различными ведущими тональностями” (*Блок М. Феодальное общество // Блок М. Апология истории / Пер. Е.М.Лысенко. М., 1973. С. 116.* Аналогичным образом Жорж Дюби считает XI в. решающим периодом в возникновении западного феодализма и называет годы с 1070 по 1180 “веком великого прогресса”, в течение которого феодализм как система установился по всей Европе (*Duby G. and Mandrou R. A History of French Civilization / Trans. J.V. Atkinson. New York, 1958, p. 59; см. также: Duby G. The Early Growth of the European Economy. London, 1974; ср.: Hilton R.H. Bond Men Made Free: Medieval Peasant Movements and the English Rising of 1381. London, 1973, pp. 14—16; The History of Feudalism / Ed. by D. Herlihy. New York, 1970, p. 3.*

²См.: *Richard J. The Latin Kingdom of Jerusalem. New York, 1979, p. 67.* Здесь Иерусалимское королевство описывается как “утопия, о которой может только мечтать чистейший теоретик феодального права”.

³*Блок М. Феодальное общество. С. 118—119.*

⁴Отличный анализ этих вторжений можно найти у Блока, с. 3—56 по англ. переводу.

⁵*Duby G. and Mandrou R. A History of French Civilization, p. 43.*

⁶См.: *Herlihy. The History of Feudalism, pp. XIV—XV; Duby G. and Mandrou R. History of French Civilization, p. 47: “К началу XI в. люди были вынуждены приобрести ясное понятие об обязанностях, [налагаемых присягой на верность (homage)]”; см. также: Блок М. Цит. соч. С. 219—224 англ. перевода.*

⁷Развитие в Англии анализируется в статье: *Thorne S. English Feudalism: Estates in Land // Cambridge Law Journal 17, 1959, 193—209.*

⁸Развитие наследуемости ленов в разных областях Европы анализируется в книге: *Ganshof F.L. Feudalism. New York, 1964, pp. 133—136.*

⁹*Блок М. Феодальное общество. Цит. по с. 195 англ. перевода.*

¹⁰*Ibid., p. 197.*

¹¹*Ganshof F.L. Feudalism., p. 78.* Автор утверждает, что этот поцелуй “был просто способом подтвердить обязательства, принимаемые на себя каждой из сторон, и точно так подтверждались другие договоры”. Слово “просто” обманчиво. Весь ритуал, которым скреплялся такой договор, удачно символизировал принимаемые сторонами обязательства. По выражению оксфордского философа Джона Остина, все слова и действия были “исполнительными высказываниями”. Они вызывали к жизни то, что символизировали.

¹²*Heer F. The Medieval World: Europe, 1100—1350. New York, 1961, p. 37.*

¹³MGH, *Legum IV, I, pp. 90—91.* Этот и более поздние феодальные статуты были собраны примерно в 1100 г. в “*Consuetudines Feudorum*” (позже именуемом “*Libri Feudorum*”). Нет сомнения, что статут Конрада был известен тем, кто составлял Великую хартию вольностей (см.: *Ullmann W. Law and Politics in the Middle Ages. London, 1975, pp. 216, 219.*

¹⁴*Pollock F. and Maitland F.W. History of English Law, 2nd ed., 1898 (reprint ed. Cambridge, 1968, I, 589).*

¹⁵ *De Beaumanoir P. Coutumes de Beauvaisis / Ed. by A. Salmon, 2 vols. Paris, 1970, I, secs. 294—301.*

¹⁶ Блок М. Феодальное общество. Цит. по с. 227 англ. перевода: “Договор вассалитета связывал двух людей, по определению стоявших на разных ступенях общества”.

¹⁷ *Heer F. Medieval World... p. 40.*

¹⁸ См.: *Herlihy. The History of Feudalism, p. 98.*

¹⁹ *Ibid.*, p. XV. О “*Libri Feudorum*” см.: *Zoepfl H. Deutsche Rechtsgeschichte. Stuttgart, 1858. S. 120—126; Ullmann W. Law and Politics in the Middle Ages. London, 1975, p. 217.*

²⁰ Другие ранние источники феодального права: “Statute” графа Вильгельма II для графства Форкалькье в Провансе (1162 г.); “*Assie au Comte Geoffroy*” для Бретани (1185 г.) и “*Charte feudale*” для Эно (1200 г.). Ссылки можно найти в книге: *Ganshof F.L. Feudalism, p. 68.*

²¹ Блок М. Феодальное общество. Цит. по с. 181—189 англ. перевода.

²² *Beaumanoir P. Coutumes de Beauvaisis, sec. 146.*

²³ См.: *Maitland F.W. The Mystery of Seisin // Law Quarterly Review, 2, October 1886, 481—496.*

10.

Манориальное право

¹ См.: *Hilton R.H. Bond Men Made Free: Medieval Peasant Movements and the English Rising of 1381. London, 1973, p. 61.*

² Термин “*manerium*” был завезен в Англию норманнами в 1066 г., но сам этот институт существовал задолго до этого. Однако у скандинавских народов манориальная система так и не сложилась, те скандинавы (норманны), которые осели в западных районах империи франков, восприняли ее в начале X в. от франков.

³ *De Beaumanoir P. Coutumes de Beauvaisis / Ed. by A. Salmon, II. Paris, 1970, secs. 1451—53; Hubrecht G. Commentaire historique et juridique / Ibid., III. Paris, 1974, pp. 184—186.*

⁴ По феодальному и манориальному праву серв не мог принять сан без разрешения своего господина, а по каноническому праву человек не мог принять сан, пока не освободится. Тем не менее, если серв выражал желание вступить в духовное сословие или хотел послать своих детей учиться на духовное звание, помещик, судя по всему, испытывал значительное давление в пользу дачи такого разрешения или освобождения. Это ясно хотя бы из того факта, что многие клирики были бывшими сервами.

⁵ См. прим. 4. Снова требовалось разрешение господина, но отказать в нем значило навлечь на себя вечное проклятие.

⁶ Канонические юристы единодушно решили, что рабство противно естественному праву, хотя все были также согласны, что оно законно по действующему праву. “Церковь дала свой весомый авторитет тем положениям римского права, которые ограничивали произвол хозяина и защищали раба, и подкрепила эти законы угрозой своего собственного наказания, а в отношении женитбы раба она пошла даже дальше [чем римское право Юстиниана]” (*Carlyle R.W. and Carlyle A.J. A History of Medieval Political Thought in the West, II. London, 1909, 129*).

Таким образом, брак между свободным и рабом по каноническому праву был действителен. Грациан приводит высказывание Св. Григория Великого, в котором он называет “целью Вочеловечения разрыв цепей рабства, которыми скованы люди, и возвращение их к первобытной свободе, и убеждает, что добрым поступком является вернуть людям, которых природа сотворила свободными и которых право народов подчинило ярму рабства, ту свободу, в которой они родились” (*Ibid, p. 135; см. также: Блок М. Феодальное общество, с. 259 по англ. переводу*).

⁷Hilton R.M. Bond Men... p. 65.

⁸Anderson P. Passages from Antiquity to Feudalism. London, 1974, pp. 149, 185.

⁹Hilton R.H. Bond Men... pp. 69—70.

¹⁰Achille Luchaire, цит по: *Dobb M. Studies in the Development of Capitalism*. London, 1946, p. 46.

¹¹Ibid.

¹²Lipson E. Economic History of England, 7th ed., I. London, 1937, 92—94.

¹³Anderson P. Passages... pp. 152—153.

¹⁴Beaumanoir P. Coutumes de Beauvaisis, sec. 1043.

¹⁵Ibid., sec. 295.

¹⁶См.: Dawson J.P. A history of Lay Judges, Cambridge, Mass., 1960, p. 194.

¹⁷Hilton R.H. A Medieval Society. London, 1966, pp. 150—151.

¹⁸См.: Ault W.O. Open-Field Farming in Medieval England: A Study of Village By-Laws. London, 1972, pp. 145—174. В англ. переводе даны протоколы манориальных судов.

¹⁹Ibid., p. 151. Это дело возникло в 1290 г., но легко могло возникнуть и на 150 лет раньше.

²⁰Ibid., p. 157.

²¹Ibid., pp. 81—144, где воспроизведены такие распоряжения.

²²Anderson P. Passages... p. 148.

²³В 1702 г. лорд Холт заявил, что негра нельзя продать по английскому закону, и что “едва негр попадает в Англию, он становится свободным; в Англии можно быть вилланом, но не рабом”. *Smith v. Brown and Cooper*, 2 Salk. 666 (1702).

²⁴De Beaumanoir P. Coutumes de Beauvaisis. Sec. 15.

²⁵Encyclopaedia Britannica, 1969 ed., s.v. “serfdom and villeinage”, 246—247 (Rodney H.Hilton).

11.

Торговое право

¹См.: Lopez R.S. The Commercial Revolution of the Middle Ages, 930—1350, Englewood Cliffs, N.J., 1971; Medieval Trade in the Mediterranean World: Illustrative Documents with Introductions and Notes / Eds. R.S.Lopez and I.W.Raymond. New York, n.d.; De Roover R. Business, Banking, and Economic Thought in Late Medieval and Early Modern Europe. Chicago, 1974.

²См.: Pounds N.J.G. An Historical Geography of Europe, 450 B.C. — A.D. 1330. Cambridge, 1973.

³См.: Lopez R.S. Commercial Revolution. Chap. 3.

⁴Pirenne H. Economic and Social History of Medieval Europe. New York, 1937., pp. 48—49.

⁵Ibid., p. 14. Пиренн цитирует по: *Goldschmidt L. Universalgeschichte des Handelsrechts*, I. Stuttgart, 1891, p. 139: “Homo mercator vix aut nunquam potest Deo placere”. Пиренн не упоминает, что первым это сказал Св. Иоанн Хризостом (349—407), и что цитата продолжается так: “Потому ни один христианин не должен быть купцом, а если он желает им быть, его следует изгнать из Божьей Церкви”. Это отражает дух монашества до XI в., но едва ли — дух крестоносной римской церкви Григория VII и его преемников.

⁶Pirenne H. Economic and Social... p. 28. Пиренн приводит эпизод из жизни Св. Геральда Орильясского (ум. 909), не указывая на изменение ситуации двумя столетиями позже. Он пишет: “С начала до конца церковь не переставала считать торговые прибыли угрозой спасению. Аскетический идеал, превосходно подходивший к сельскохозяйственной цивилизации, делал ее вечно подозрительной по отношению к социальным переменам, которые она не могла предотвратить и которым необходимость даже заставила ее подчиниться, но с которыми она так и не примирилась открыто.

Запрещение ею процента тяжелым грузом легло на экономическую жизнь последующих столетий. Она не давала купцам богатеть с чистой совестью и не позволяла примирить деловую практику с предписаниями религии. Чтобы убедиться в этом, достаточно прочитать многочисленные завещания купцов и дельцов, в которых они велят возместить ущерб обманутым беднякам и отказывают духовенству часть своего богатства, которое, как они чувствовали в глубине души, нажито неправедным путем” (с. 28—29). Однако это мнение основано на неверной психологической теории и на чрезмерно упрощенном взгляде на позицию церкви.

⁷Макс Вебер впервые выдвинул свой тезис о связи становления капитализма и Реформации в статье “Протестантская этика и дух капитализма” (*Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus // Archiv fur Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. Vols. 20, 21 (1904—1905). Затем тезис Вебера получил развитие в книге: Troeltsch E. *Die sozialen Lehren der christlichen Kirchen und Gruppen*. Tubingen, 1912 — и подвергся резкой критике в книге: Sombart W. *Der Bourgeois*. Munchen, 1913. В книге: Tawney R.H. *Religion and the Rise of Capitalism*. New York, 1926 — автор следовал Веберу, датируя подъем капитализма эпохой Реформации, придавая в то же время большее значение параллельным социальным и экономическим процессам. Другие ученые, однако, подчеркивают, что капитализм старше Реформации (см.: Robertson H.M. *Aspects of the Rise of Economic Individualism*. Cambridge, 1933; Fanfani A. *Catholicism, Protestantism, and Capitalism*. New York, 1935). Одна из недавних статей в защиту тезиса Вебера: Sprinzak E. *Weber's Thesis as an Historical Explanation // History and Theory*, 11, 1972, 294. Извлечения из многих приведенных выше материалов можно найти в книге: Green R.W. *Protestantism and Capitalism: The Weber Thesis and Its Critics*. Boston, 1959.

⁸См. также Евангелие от Марка 10, 23—25 (“Как трудно имеющим богатство войти в Царствие Божие!”). Везде делается акцент не на пороке обладания богатством, а на пороке любви к нему.

⁹См. гл. 5.

¹⁰См.: Pirenne H. *Medieval Cities: Their Origins and the Revival of Trade / Trans. F. D. Halsey*. Princeton, N.J., 1925, pp. 157, 158.

¹¹Цит. по: *Burdick F.M. Contributions of the Law Merchant to the Common Law // Select Essays in Anglo-American Legal History*, III, Boston, 1909, 50.

¹²*Malynes G. Consuetudo vel Lex Mercatoria, or the Ancient Law Merchant*. London, 1622. Из предисловия “К любезному читателю”.

¹³*Blackstone W. Commentaries on the Laws of England I*. Portland, 1807, 273.

¹⁴*Mitchell W. An Essay on the Early History of the Law Merchant*. Cambridge, 1904, p. 7.

¹⁵*Ibid*, p. 9.

¹⁶См.: *Goldschmidt L. Universalgeschichte des Handelsrechts*. Stuttgart, 1891, 119.

¹⁷*Ibid*.

¹⁸*Magna Carta*, 17 John (1215), chap. 41. Глава продолжается так: “...Кроме военного времени, те купцы, которые из воюющей с Нами страны. Если такие найдутся в Наших владениях в начале войны, они будут задержаны, без ущерба их личности или товарам, пока не будет известно Нам или Нашему Юстициарию, как обращаются с Нашими купцами в воюющей с нами стране, и если Наши купцы там в безопасности, тогда их купцы будут в безопасности у Нас”.

¹⁹*Select Cases concerning the Law Merchant*, III / Ed. by H. Hubert (London, 1932), 175.

²⁰*Goldschmidt L. Universalgeschichte... pp. 180—182.*

²¹См.: *Mitchell W. An Essay... pp. 14—16*. Митчелл пишет: “В Марселе, где существование судей по торговым делам ведет начало с XII в., в их обязанность входило разрешать дела и споры “упрощенно, не входя в тонкости права”. Германская Ганза, английское и французское Адмиралтейства — все они осуществляли суммарное правосудие. В отношении находящегося проездом чужеземца или иностранного купца, общим правилом было особенно скорое правосудие”.

²²Этот документ воспроизводится в книге: *Sartorius Freyherrn von Waltershausen G.F. Urkundliche Geschichte des Ursprunges der deutschen Hanse* / Ed. by J.M.Lappenberg, II, Hamburg, 1830, 3. Он имеет форму приказа Генриха своим юстициариям, шерифам и “всем своим слугам и верным людям” во Франции и Англии “оберегать, поддерживать и защищать граждан, купцов и людей Кельна и всю их собственность [res] и имущество... как мое собственное [sicut meas proprias]”. Второй документ, напечатанный на с. 4 того же тома, подтверждает приказание оберегать, поддерживать и защищать “людей и граждан Кельна, как моих людей и друзей, и всю их собственность, товары и имущество” и добавляет, что “вы не должны требовать от них подчинения каким-либо новым обычаям и порядкам, которые... они не привыкли исполнять”. Эти два закона были изданы в Вудстоке и Нортхемптоне, но не датированы. (Генрих II правил с 1154 по 1189 г.) Надо думать, что город Кельн в ответ распространил у себя такую же защиту на английских купцов.

²³См. главу 6.

²⁴Это постановление приводится в книге *Medieval Trade...* pp. 276—277. Как следует из него, дож и олдермены считали, что “если векселя и другие торговые договоры, в письменной форме или без оной, не могли бы быть реализованы в силу такого рода препятствий, это привело бы к большим потерям для купцов и граждан Генуи, которые обычно такие контракты заключают, и что тогда невозможно было бы вести никакую торговлю и невозможно посылать в путь суда”.

²⁵*Goldschmidt L. Universalgeschichte.* pp. 170—171.

²⁶*Statute of the Staple, 27 Edward III (1353).*

²⁷*Mitchell W. An Essay...* pp. 14—17, 20.

²⁸Декреталия папы Климента V “*Saepe Contingit*” (1306) // *Corpus Juris Canonici, Decretalium Collectiones.* Leipzig, 1881., p. 1200.

²⁹“*Item propter personas qui celerem habere debent iustici iusticiam, sicut sunt mercatores quibus exhibetur iustitia pepoudros*”. Bracton, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, fol. 333 // *Thorne S. Bracton on the Laws and Customs of England*, IV. Cambridge, Mass., 1977. 63.

³⁰В немецком и французском праве право добросовестного покупателя товаров против истинного собственника выражено в максимах “*Hand wahre Hand*” и “*Meubles n’ont point de suite*”. В английском праве эта доктрина ограничивается сделками на “открытом рынке” (market overt).

³¹*Goldschmidt L. Universalgeschichte...* p. 133. Автор называет это условие “*die Materialisierung des Besitzrechts*”. Оно относилось как к земле, так и к движимому имуществу.

³²Морской кредит (*foenus nauticum*) был необеспеченным займом, который давался купцу, перевозившему товары за море, и возвращаемый при условии, что судно вернулось благополучно. Проценты по нему были очень высоки; в XI—XII вв. обычно 50%. Западные юристы изобрели его разновидность, *respondentia*, когда требовалась уплата процентов и суммы капитала, если груз достигал места назначения, независимо от судьбы судна. Бодмейерный кредит, хотя и возвращался только при условии возвращения судна, был менее дорогим, поскольку его обеспечивали путем передачи кредитору залогового права продавца на груз и доли продавца в стоимости самого судна. Морской кредит критиковался как ростовщический и в конце концов папа Григорий IX в 1236 г. осудил его (см.: *De Roover R. The Organisation of Trade* // *Cambridge Economic History of Europe* / Ed. by M.M.Postan, E.E.Rich, and Edward Miller, III (Cambridge, 1963), 54.

³³Почти весь список можно найти в книге: *Goldschmidt L. Universalgeschichte.* S. 133, и др.

³⁴“*Vel ei cui ordinauerit*” // *Ibid.*, p. 135, n. 145. Гольдшмидт ссылается на мнение Генриха Бруннера, что “распорядительные” документы стали в различных стандартных формах использоваться в Италии с VI в., но Гольдшмидт утверждает, что в форме, соответствующей современному употреблению (“такому-то по векселю” или “по векселю

такому-то или по его распоряжению”), они впервые появились в Италии в XII столетии, а в Германии в XIII. Документы на предъявителя использовались, по Гольдшмидту, в Италии уже в IX в., во Фландрии и Франции только с конца XIII, а в Германии с начала XIV в.

³⁵Lopez J.G. *Commercial Revolution.*, p. 72.

³⁶Goldschmidt L. *Universalgeschichte.*, p. 306.

³⁷Ibid., p. 176.

³⁸Lopez J.G. *Commercial Revolution*, p. 73.

³⁹De Roover R. *The Organisation of Trade*. P. 50.

⁴⁰Ibid.

⁴¹См.: Bewes W.A. *The Romance of the Law Merchant*. London, 1923, pp. 20, 21.

⁴²De Roover F.E. *Early Examples of Marine Insurance // Journal of Economic History*, 5, 1945, 172, 183, 198.

⁴³Были изобретены новые кредитные документы, которые не встречаются ни в греко-римском мире, ни у германских народов, хотя можно найти некоторые параллели у арабов. Лопес рассматривает развитие и расширение кредита как в основе своей продукт того же духа сотрудничества, который привел к созданию в этот период городских коммун (см. Lopez J.G. *Commercial Revolution*, pp. 71—73).

⁴⁴Goldschmidt L. *Universalgeschichte.*, p. 36. Гольдшмидт утверждает, что в отношении видов правовых сделок, как и самого права, действует “двойной закон развития”, а именно “закон развертывания (дифференциации)” и “закон упрощения”. Под вторым законом он, по-видимому, понимает концептуальное упрощение или растущую степень обобщения. Этот закон представляется сомнительным, особенно в применении к коммерческим отношениям, которые, очевидно, становятся не только все более сложными (что, возможно, является проявлением их “дифференциации”), но также все менее поддающимися концептуальной интеграции.

12.

Городское право

¹Pirenne H. *Medieval Cities: Their Origins and the Revival of Trade / Trans. F. D. Halsey*. Princeton, N.J., 1925, p. 56.

²См.: Mumford L. *The City in History: Its Origins, Its Transformations, and Its Prospects*. New York, 1961, p. 253.

³Lopez R.S. *The Trade of Medieval Europe: The South // Cambridge Economic History of Europe / Eds. by M.M.Postan, E.E.Rich, and Edward Miller, II*. Cambridge, 1963, 297—298; см. также: Lopez R.S. *The Birth of Europe*. New York, 1967, pp. 260—262.

⁴“Omnes burgenses et tota communa liberorum hominum habeant wambais et capellet ferri et lanceam”. Assize of Arms, art. 3, в книге: Stubbs W. ed., “Select Charters and Other Illustrations of English Constitutional History”, 9th ed. rev. (Oxford, 1951), p. 153. Стаббс дает такой комментарий: “Употребление слов communa liberorum hominum в статье 3... дает в некотором роде ключ к пониманию политической направленности всего закона”.

⁵См.: Rodinson M. *Marxisme et Monde Muselman*. Cambridge, Mass., 1972, p. 106. Иной взгляд выражает Лapidус в книге: Lapidus I.M. *Muslim Cities in the Late Middle Ages*. Cambridge, Mass., 1967.

⁶См.: Pounds N.J.G. *An Historical Geography of Europe, 450 B.C. — 1330 A.D.* Cambridge, 1973; Russell J.C. *Late Ancient and Medieval Population, Transactions of the American Philosophical Society*, vol. 48, pt. 3. Philadelphia, 1958, pp. 60—62; Lopez P.S. *The Birth of Europe*. P. 258—270; Lopez P.S. *Trade of Medieval Europe*, pp. 293—304.

⁷Lopez P.S. *The Trade of Medieval Europe...* p. 303.

⁸Mumford L. *City in History...* p. 260.

⁹См.: *Reineke W.* Geschichte der Stadt Cambrai bis zur Erteilung der Lex Godefridi (1227). Marburg, 1876.

¹⁰См.: *Vermeesch A.* Essai sur les origines et la signification de la commune dans le nord de la France (onzieme et douzieme siecles), Heule, Belge, 1966.

¹¹См.: *Labande L.H.* Histoire de Beauvais et des ses institutions communales jusqu'au commencement du quinzieme siecle. Paris, 1892, pp. 62, 64; *Stephenson C.* Borough and Town: A Study of Urban Origins in England. Cambridge, Mass., 1933, p. 37. Дата хартии Людовика VI неизвестна, возможно, 1122 г. Неизвестен и точный год создания коммуны, хотя иногда приводится 1099 г.

¹²Ланселен де Бюль, один из крупнейших землевладельцев, присвоил значительную часть епископского домена. Ему даже удалось добиться избрания своего сына Фулька епископом в 1089 г. (см.: *Labande L.H.* Histoire de Beauvais... Chap. 4).

¹³Ibid.

¹⁴*Stephenson G.* Borough and Town... p. 38; см. также: *Petits-Dutailles C.* Les Communes francaises. Paris, 1947.

¹⁵*Stephenson S.* Borough and Town... pp. 29, 30; см. также: *Hilton R.H.* Bond men Made Free. London, 1973. P. 81; *Prou M.* Les coutumes de Lorris et leur propagation aux douzieme et trezieme siecles. Lorris, 1884.

¹⁶*Aine D.* Histoire de Montauban. Montauban, 1855; *Stephenson C.* Borough and Town... p. 32.

¹⁷*Stephenson C.* Borough and Town... pp. 30, 31.

¹⁸Ibid., p. 34.

¹⁹Ibid., p. 35.

²⁰Стивенсон рассказывает, что Сент-Омеру пришлось пожертвовать своим правом в следующем году, но что затем граждане получили право самим собирать налоги для уплаты фиксированной ренты.

²¹Ibid. P. 24.

²²Приведенная в этом разделе информация почерпнута из следующих книг: *Strat P.* Cologne in the Twelfth Century. Gainesville, Fla., 1974; *Koebner R.* Die Anfänge des Gemeinwesens der Stadt Köln. Berlin, 1922; *Buyken T. and Conrad H.* Die Amtleutbücher der Kolnischen Sondergemeinden. Weimar, 1936; *Hegel C.* Die Chroniken der deutschen Städte vom 14. bis ins 16. Jahrhundert, vol. 12. Köln, 1875, (reprint ed., Gottingen, 1968); *Ruitmeyer E.* Stadtherr und Stadtbürgerschaft in der rheinischen Bischofsstädten: Ihr Kampf um die Hoheitsrechte im Hochmittelalter. Stuttgart, 1928; *Stelzmann A.* Illustrierte Geschichte der Stadt Köln, 3rd ed., Köln, 1962; *Ennen E.* Die europäische Stadt des Mittelalters, 2nd ed. Gottingen, 1975; см. также: *Lau F.* Entwicklung der Kommunalen Verfassung und Verwaltung der Stadt Köln bis zum Jahre 1396. Bonn, 1898.

²³*Stephenson C.* Borough and Town... pp. 33—35; см. также: *Beyerle F.* Untersuchungen zur Geschichte des älteren Stadtrechts von Freiburg im Breisgau. Heidelberg, 1910, p. 75.

²⁴*Clarke M.V.* The Medieval City State: An Essay on Tyranny and Federation in the Late Middle Ages. London, 1926, pp. 15—16.

²⁵Полный список материнских и дочерних городов приведен в книге: *Reichard H.* Die deutschen Stadtrechte des Mittelalters. Berlin, 1930, pp. 76—79.

²⁶Это тем более важно, что Магдебург был почти дотла уничтожен пожаром в 1631 г., его архивы полностью погибли в огне, так что практически вся доступная нам информация о Магдебургском праве взята из архивов других городов, воспринявших это право (см.: *Piltz G.* Magdeburg: Stadt am Strom. Dresden, 1954, pp. 52—54; *Wolter F.A.* Geschichte der Stadt Magdeburg von ihrem Ursprung bis auf die Gegenwart, 3rd ed. Magdeburg, 1901, p. 162.

²⁷Эти девять статей первого магдебургского права на латинском языке приведены в книге: *Laband P.* Magdeburger Rechtsquellen zum akademischen Gebrauch. Königsberg, 1869, pp. 1—3.

²⁸Право Бреслау и Герлица 1261 и 1304 гг., на старонемецком языке, приводится там же. С. 14—31, а также в книге: *Gaupp E.T.* Das alte Magdeburgische und Hallische Recht: Ein Beitrag zur deutschen Rechtsgeschichte. Breslau, 1826, pp. 229—323.

²⁹*Laband P.* Das Magdeburg-Breslauer systematische Schoeffenrecht aus der Mitte des XIV. Jahrhundert. Berlin, 1863.

³⁰*Stephenson C.* Borough and Town, p. 120.

³¹*Ibid.*, pp. 152, 153, 165, 166.

³²*Ibid.*, p. 143.

³³*Ibid.*, p. 180; см. также; *Brooke C.N.L.* London, 800—1216: The Shaping of a City. London, 1975; *Bateson M.* A London Municipal Collection of the Reign of John // *English Historical Review*, 17, (1902), 480—511, 707—730.

³⁴Хартия Генриха I гражданам Лондона (см.: *Stubbs W.* Select Charters, pp. 107—108).

³⁵В 1086 г. в Йорке, согласно “Книге Страшного суда”, был орган горожан (burgesses) и над ним четверо judices, возможно, это пережиток эпохи до норманнского завоевания. В 1170-е гг. была неудачная попытка создать в Йорке коммуну. В 1203 г. Йорк получил от короля хартию, и с тех пор считал себя коммунной, как и Винчестер, купеческая гильдия которого получила в свое время вольности от Генриха II и, возможно, от Генриха I. Новые хартии, дарованные Винчестеру королями Ричардом [I] и Иоанном [Безземельным], обеспечили его гражданам иммунитет от судебного преследования за стенами города и автономное городское управление (см.: *Werham P.* York. London, 1971, pp. 62—83; *Kitchin G.W.* Historic Towns: Winchester. London, 1891, p. 163; *Woodward B.B.* History of Winchester. Winchester, [c. 1900]); *Jolliffe J.E.A.* The Constitutional History of Medieval England. London, 1937, pp. 321—326).

Следует также упомянуть Пять портов (Cinque Ports), объединение, первоначально состоявшее из пяти городов (Гастингс, Ромни, Хайт, Дувр и Сэндвич), хотя в разное время в него входили более 30 городов. Эти города предоставляли короне для обороны ежегодную службу в виде боевых судов, в обмен на городские привилегии. Истоки этой договоренности восходят к первым годам XII в., она была официально определена при Генрихе II. В 1205 г. эти города впервые получили собственные хартии. В 1260 г. им была дарована коллективная хартия. Однако, судя по всему, не было никакого письменного документа о федерации и никакого формального устава. Среди обильных привилегий, которыми пользовались эти города, были общий суд, свобода от пошлин и других повинностей, свобода от юрисдикции за пределами городов, ежегодные ярмарки (см.: *Murray K.M.E.* Constitutional History of the Cinque Ports. Manchester, 1935, pp. 1—27).

³⁶Полный текст Ипсвичской хартии приведен в книге: *Gross C.* The Gild Merchant: A Contribution to British Municipal History, 2 vols. Oxford, 1890. II, 115—116. Фраза, которая употреблялась для обозначения пожизненного пребывания провостов в должности, что они будут служить “при хорошем поведении” (quamdiu se bene gesserint), употреблялась и в XVII в. после Английской революции для обозначения пожизненной должности судей и воплотилась в Законе о престолонаследии 1701 г.

³⁷Следующее описание взято из Книги Страшного суда Ипсвича. Цит. по: *Gross C.* The Gild Merchant..., II, 115—123; см. также: *ibid.*, I, 23—26; *Stephenson C.* Borough and Town... pp. 174—178.

³⁸Книга Страшного суда Ипсвича. Цит. по: *Gross C.* The Gild Merchant..., II, 122—123.

³⁹См.: *Jewell H.M.* English Local Administration in the Middle Ages. New York, 1972, p. 53. Автор справедливо подчеркивает также важное значение исключения горожан из участия в судах графств и сотен, что предполагало право иметь суд равной компетенции в пределах города. Это право города иметь свой суд (вместе с правом “брать на откуп” ежегодный налог в пользу короны) было навечно дано Лондону в 1131 г. Однако корона всегда сохраняла юрисдикцию королевских судов (Суда общегражданских исков и Суда королевской скамьи) в отношении тяжких преступлений и споров по фригольду. Когда эти суды делали свои регулярные объезды территории, им кое-где приходилось пересекать границы города для того, чтобы осуществлять судопроизводство,

однако обычно 12 присяжных из города должны были присутствовать на выездной сессии (eyre) наряду с присяжными от сотен.

⁴⁰См.: *Natale A. Milano medievale, da Attila ai Torriani.* Milano, 1964; *Gli Atti del Comune di Milano fino all'anno MCCXVI / Ed. by C. Manaresi.* Milano, 1919.

⁴¹Цит. по: *Rosenstock-Huessy E. Out of Revolution: The Autobiography of Western Man.* New York, 1938, p. 571.

⁴²Эти и другие данные о городском самоуправлении данного периода можно найти в *Encyclopaedia Britannica, 1969 ed., s.v. "commune (medieval)" (D.P.Waley).*

⁴³*Ibid.*, p. 199.

⁴⁴*Rosenstock-Huessy E. Out of Revolution, p. 573.*

⁴⁵*Calasso F. Medio Evo del Diritto, I, Milano, 1954, 422.*

⁴⁶*Ibid.*

⁴⁷См.: *Constituta Legis et usus Pisanae Civitatis // Statuta inediti della Citta di Pisa, II / Ed. by F. Bonaini, Firenze, 1870, 643—1026. (Constitutum Legis располагается на с. 647—809; Constitutum usus на с. 810—1026.)*

⁴⁸*Heer F. The Medieval World.* New York, 1962, p. 74.

⁴⁹См.: *Valsecchi F. Le Corporazioni nel'organismo politico del medio evo.* Milano, 1931, pp. 21—23.

⁵⁰*Wieacker F. Privatrechtsgeschichte der Neuzeit.* Gottingen, 1967, p. 51.

⁵¹*Statute of the Staple, 27 Edward III. (1353).*

⁵²*Mundy J.H. and Riesenber P. The Medieval Town.* New York, 1958, Document No. 43, pp. 163—164.

⁵³См.: *Cox H. The Secular City.* New York, 1965.

⁵⁴См.: *Вебер М. Город.* Цит. по англ. переводу книги: *The City / Ed. and trans. Don Martindale and Neuwirth G.* New York, 1958. В своем предисловии (pp. 21, 34—40, 43—45) Мартиндейл противопоставляет английские и американские исследования в области социологии города, отмечая, что американские социологи склонны анализировать современный город с геофизической и экологической точек зрения и в основном уделяют внимание разрушительному воздействию городской социальной структуры на семейные связи, местные ассоциации, культуру, кастовые и статусные группы, и замещению этих связей порядком, опирающимся на профессиональные группы. В Европе, напротив, одни социологи, вроде Зиммеля и Дюркгейма, подчеркивали социально-психологические черты города (высокую оценку их качеств пунктуальности, предсказуемости и вычислимости, точности, его "пресыщенность", поверхностность, неуважение к нормам), тогда как другие, следуя за Фюстелем де Куланжем и Вебером, применяли исторический и сравнительный подход. Мартиндейл показывает, каким образом знание исторического развития системы с подестой могло бы уберечь американцев в начале XX в. от ошибок в понимании роли мэра и городского совета и управляющего в американских городах.

⁵⁵*Weber M. The City, pp. 54—55.*

⁵⁶См.: *Munro W.B. The Government of American Cities.* New York, 1926.

⁵⁷*Weber M. The City, p. 91.*

⁵⁸*Ibid.*, pp. 92, 93.

⁵⁹*Ibid.*, p. 94.

⁶⁰*Ibid.*, p. 96.

⁶¹*Ibid.*, p. 97.

13.

Королевское право:
Сицилия, Англия, Нормандия, Франция

¹*Strayer J.R. On the Medieval Origins of the Modern State.* Princeton, N.J., 1970, p. 22.

²*Ibid.*, p. 33.

³*Mitteis H. The State in the Middle Ages / Trans. H.F.Orton.* Amsterdam, 1975, p. 307; см. также: *Strayer J.R. On the Medieval Origins... P. 12: "Государство нового*

времени, где бы мы его сегодня ни находили, основано на модели, возникшей в Европе в период 1100—1600 г”.

⁴*Mitteis H. The State*, pp. 307—308.

⁵The Liber Augustalis or Constitutions of Melfi Promulgated by the Emperor Frederick II for the Kingdom of Sicily in 1231 / Ed. and trans. J.M.Powell. Syracuse, N.Y., 197. P. XXXVIII.

⁶См.: *Prescott O. Lords of Italy: Portraits from the Middle Ages*. New York, 1972, p. 3.

⁷Цит. по: *Douglas D.C. The Norman Achievement, 1050—1100*. Berkeley and Los Angeles, 1969, p. 105.

⁸*Ibid.*, p. 143.

⁹*Mitteis H. The State*, p. 172.

¹⁰Рожер II наследовал отцовский титул графа Сицилийского. После приобретения Рожером Калабрии и Апулии, папа Гонорий дал ему титул герцога Апулийского. Когда Гонорий умер в 1130 г., были избраны два конкурирующих папы. Рожер, очень хотевший стать королем, поддерживал слабейшего из двух, Анаклета, который немедля и помазал его как короля Сицилии, Апулии и Калабрии. В 1139 г., когда Анаклет уже умер, преемник Гонория папа Иннокентий II добавил к королевским полномочиям Рожера и свое помазание. Вся эта история очень хорошо рассказана в книге: *Prescott O. Lords of Italy*, p. 83.

¹¹См.: *Creel H.G. The Origins of Statecraft in China*, vol. 1, The Western Chou Empire. Chicago and London, 1970, p. 12. Автор ссылается на книгу одного мусульманского географа, написанную при дворе Рожера II в 1154 г., которая “посвящает куда больше места управлению Китая, чем любого другого государства”.

¹²См.: *Chalandon F. Histoire de la Domination Normande en Italie et en Sicile*. New York, 1960; *Douglas D.S. Norman Achievement...*; *Cahen C. Le regime feudal de l'Italie normande*, Paris, 1940.

¹³См.: *Haskins C.H. England and Sicily in the Twelfth Century*. Pt. 3 // *English Historical Review*, 26, October 1911, 641, 655, 663—664.

¹⁴*Mitteis H. Der Staat der Hohen Mittelealters*. Weimar, 1953, p. 238. Плохой перевод в: *Mitteis H. The State*, p. 226.

¹⁵Это был сборник сотен правовых норм германского образца, сохранивших некоторые следы римского влияния, но без той систематизации и интеграции, которые характерны для западной традиции права начиная с XII столетия (см.: *Liber legis Langobardorum Papiensis Dictus*, MGH, Legum III. P. 290).

¹⁶*Hofmann M. Die Stellung des Konigs von Sizilien nach den Assisen von Ariano* (1140). Munster, 1915, pp. 39, 155, 174.

¹⁷Текст Ассизов Ариано приводится в книге: *Brandileone F. Il diritto romano nelle leggi normane e sveve del regno di Sicilia*. Torino, 1884.

¹⁸*Hofmann M. Die Stellung...* p. 65.

¹⁹*Ibid.*, p. 72.

²⁰Цит. по: *Van Cleve T.C. The Emperor Frederick II of Hohenstaufen: Immulator Mundi*. Oxford, 1972, p. 241.

²¹См.: *Haskins C.H. England and Sicily...* pp. 642—643.

²²*Ibid.*, pp. 644—645.

²³*Ibid.*, pp. 647—648.

²⁴См.: *Hofmann M. Die Stellung...* p. 85.

²⁵*Prescott O. Lords of Italy.*, p. 164. Прескотт добавляет, что Фридрих также запретил строить новые частные замки и что сам он за свое долгое правление построил 60 замков в стратегических местах. Рассказ Прескотта о деяниях Рожера II, Фридриха II и других правителей Южной Италии с конца XI по начало XIV в., без сомнения, один из самых ярких, а быть может и лучший из всех кратких описаний этого предмета.

²⁶*Powell. The Liber Augustalis...* Конкретные ссылки на эту работу даны в тексте.

- ²⁷Цит. по: *Prescott O. Lords of Italy*, p.166.
- ²⁸*Powell. Liber Augustalis*, p.XX.
- ²⁹*Ibid.*, p.XXI.
- ³⁰Цит. по: *Prescott O. Lords of Italy.*, p. 167.
- ³¹*Douglas D.S. Norman Achievement*, pp. 105—106.
- ³²*Ibid.*, pp. 144.
- ³³Указ Вильгельма приводится в книге: *Stubbs W. Select Charters and Other Illustrations of English Constitutional History from the Earliest Times to the Reign of Edward I. Oxford, 1913*, pp. 95—99.
- ³⁴*Ibid.*, pp. 99—100.
- ³⁵См.: *Brooke Z.N. The English Church and the Papacy. Cambridge, 1931*, pp. 154—155.
- ³⁶*Ibid.*, pp. 155, 166—167, 187—189, 198—199, 211—212.
- ³⁷См.: *Warren W.L. Henry II, (Berkeley and Los Angeles, 1973); Kelly A. Eleanor of Aquitaine and the Four Kings. Cambridge, Mass., 1950; Boussard J. Le Gouvernement d'Henri II Plantagenet, (Paris, 1956).*
- ³⁸*Map W. De Nugis Curialium / Ed. by M.R.James. Oxford, 1914*, p. 261.
- ³⁹*Ibid.*, p. 277.
- ⁴⁰*Stenton D.M. English Justice, 1066—1215, Philadelphia, 1964*, p. 53.
- ⁴¹Прочие феодальные повинности (в дополнение к рыцарской службе) были такие: 1) взнос наследника за разрешение возобновить узы отношений с сеньором, разорванные смертью предшественника данного наследника; 2) первая сейзина — право господина владеть землей, пока не будет заплачен вышеупомянутый взнос; 3) опекуничество — право сеньора управлять наследственным имуществом и присваивать доходы, если наследник несовершеннолетний или незамужняя женщина; 4) брак — право сеньора выбирать наследнице мужа при условии ее согласия; 5) “escheat” (выморочность) — право сеньора на возврат земли себе, если ее держатель больше не в состоянии нести службы, так как он объявлен вне закона или заключен в тюрьму за фелонию, или потому, что наследников не осталось; 6) пеня за отчуждение — плата сеньору за продажу или дарение земли одним держателем другому; 7) “aids” (пособия) — платежи для помощи господину в выполнении разных обязательств. В 1215 г. Великая хартия вольностей уменьшила число таких “пособий” до трех: выкуп сеньора из плена, посвящение в рыцари его старшего сына, брак его старшей дочери.
- ⁴²См.: *Haskins C.H. Norman Institutions. Cambridge, Mass., 1918*, p. 155.
- ⁴³*Haskins C.H. England and Sicily... pp. 651—655.*
- ⁴⁴См.: *Ibid.*, pt. 1, July 1911, pp. 438—443; ср.: *Dialogus de Scaccario (The Course of the Exchequer / Ed. and trans. C.Johnson. New York, 1950, pp. 35—36).*
- ⁴⁵Полностью этот отрывок приводится в книге: *Plucknett T.F.T. A Concise History of the Common Law, 5th ed. Boston, 1956*, p. 148.
- ⁴⁶Фраза принадлежит Мейтленду (см.: *Maitland F.W. The Constitutional History of England. Cambridge, 1965*, pp. 106—107).
- ⁴⁷*Strayer J.R. On the Medieval Origins*, p. 34.
- ⁴⁸*Ibid.*
- ⁴⁹*Van Caenegem R.C. Royal Writs in England from the Conquest to Glanvill. London, 1959*, p. 200.
- ⁵⁰*Ibid.*, p. 199.
- ⁵¹*Ibid.*, p. 444.
- ⁵²*The Treatise on the Laws and Customs of the Realm of England Commonly Called Glanvill / Ed. and trans. G.D.G.Hall. London, 1965*, p. 167.
- ⁵³Кларендонский ассиз обсуждается, а важные части его переведены (см.: *Plucknett T.F.T. A Concise History... pp. 112—113).*
- ⁵⁴*Course in Development of Legal Institutions. Harvard Law School, 1968.*
- ⁵⁵Об отмене судебных испытаний и введении суда присяжных по уголовным делам см.: *Plucknett T.F.T. A Concise History... p. 118—126.* Плакнетт показывает сопротивление отмене испытаний в Англии, колебания по поводу введения про-

цедуры опроса присяжных и отказ от возможности допроса сторон и присяжных судом.

⁵⁶См.: *Maitland F.W. The Forms of Action at Common Law. Cambridge, 1965.*

⁵⁷См. главу 6, примечания 10 и 11.

⁵⁸*Pollock F. and Maitland F.W. History of English Law, 2nd ed. (1898; reprint ed. Cambridge, 1968), I, 146.*

⁵⁹*Des Longrais J. Henry II and His Justiciars: Had They a Political Plan in Their Reforms about Seisin? Limoges, 1962.* Аналогичную меру пытался провести пятнадцатью годами раньше только что избранный германский король Фридрих Барбаросса. В своем “статуте мира” 1152 г. Фридрих постановил, что “спор о владении между двумя вассалами одного сеньора должен рассматриваться королевским судьей, так что феодальному суду оставался вопрос собственности, который часто и не поднимался. Мы знаем из современных документов, что вопрос владения решался процедурой опроса. В точности как Генрих II Английский, Фридрих стремился создать королевскую процедуру решения споров о владении и этим ограничить юрисдикцию феодалов” (*Mitteis H. Der Staat des hohen Mittelalters. P. 254*). Фридриху, однако, не удалось создать систему судопроизводства, способную реализовать его честолюбивые замыслы, и в конечном счете он решил поощрять развитие княжеской юрисдикции в рамках отдельных земель, составлявших германскую империю (см. гл. 14).

⁶⁰The Treatise... Called Glanvill, p. 1.

⁶¹*Jolliffe J.E.A. The Constitutional History of Medieval England. London, 1961, p. 206.*

⁶²См.: *Haskins C.H. Norman Institutions. Cambridge, Mass., 1918, p. 58*; см. также: *Petit-Dutaillis C. The Feudal Monarchy in France and England from the Tenth to the Thirteenth Century / Trans. E.D. Hunt. London, 1936, p. 162.*

⁶³*Haskins C.H. Norman Institutions, p. 192.*

⁶⁴*Ibid., p. 192—193.*

⁶⁵См.: *Tardiff E.-J. Coutumiers de Normandie. 2 vols. Rouen, 1881—1903.*

⁶⁶См.: *Jallut M. Philippe Auguste, fondateur de l'unité française. Paris, 1963*; *Luchaire A. Philippe Auguste, Paris, 1884.*

⁶⁷*Chronique rimée de Philippe Mouskes / Publ. Baron de Reiffenberg, II. Brussels, 1838, 427 ss. 23735—23738.*

⁶⁸Нижеследующее описание находит подтверждение в фактическом материале, хотя не всегда в выводах, содержащихся в книгах: *Olivier-Martin F.J.M. Histoire du droit français des origines à la révolution, 2nd ed. Paris, 1951*; *Chenon E. Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815, I. Paris, 1926*; *Mitteis H. Der Staat des hohen Mittelalters*; *Buisson L. König Ludwig IX, der Heilige und das Recht. Freiburg, 1954*; *Petit-Dutaillis C. Feudal Monarchy...*

⁶⁹*Olivier-Martin F.H.M. Histoire... p. 225.*

⁷⁰Аквиинский Фома. *Summa Theologica. Pt. II—I, qu. 90—97.*

⁷¹*Dawson J.P. The Oracles of the Law. Ann Arbor, Mich., 1968, p. 276.*

⁷²*Ibid., p. 268.*

⁷³*Olivier-Martin F.J.M. Histoire... p. 114. См.: примечание 87.*

⁷⁴*De Beaumanoir F. Coutumes de Beauvaisis, ed. A. Salmon. 2 vols. Paris, 1970. Sec. 683.*

⁷⁵*Maine H.S. Ancient Law, 1861; 3rd Amer. ed. New York, 1888, p. 24.*

⁷⁶“К 1296 г., примерно через 35—40 лет после того, как он начал складываться как отдельная ветвь королевской курии, Curia Regis — королевский ордонанс установил число постоянных членов [парламента Парижа] в количестве 51 судьи. Через 23 года, в 1319 г., официальное число было 67... в 1345 г. [число его членов]... стабилизировалось на уровне около 80 человек... контраст с Англией особенно поражает... между 1300 и 1500 гг. число постоянных судей Судов королевской скамьи и общегражданских исков составляло обычно не 80, а восемь-девять” (*Dawson J.P. The Oracles, p. 274*).

⁷⁷ См.: *De Beaumanoir P. Coutumes...*, I, sec. 1: "Ci commence li livre des coutumes et des usages de Beauvaisins".

⁷⁸ "...Chascuns barons est souverains en sa baronie... li rois est souverains par dessus tous et a de son droit la general garde de tout son roiaume, par quoi il puet fere teus estableissements comme il li plect pour le commun pourfit, et ce qu'il establist doit estre tenu" (*De Beaumanoir P. Coutumes...* II, sec. 1043).

⁷⁹ Отношение Бомануара к роли прокуроров и адвокатов в судах бальи суммировано в статье: *Hubrecht G. Commentaire historique et juridique // Beaumanoir P. Coutumes de Beauvaisis*. III. Paris, 1974, chaps. 4, 5. *Dawson J.P. The Oracles*, pp. 282—285 Обсуждает роль прокуроров и адвокатов в Парижском парламенте.

⁸⁰ *De Beaumanoir P. Coutumes...* II, secs. 1122—1223.

⁸¹ *Ibid.* I. Secs. 954—988.

⁸² *Ibid.* II. Sec. 999. Выражение Бомануара "Convenance vaint loi" — перевод латинского выражения "conventio vincit legem", которое в это время часто употреблялось по всей Европе и встречается у Глэнвилла веком ранее. Смысл его заключался в том, что воля сторон выше тех (неимперативных) положений закона, которые определяют договорные обязательства, "если не договорено иначе". Противоположное толкование дается в статье о Бомануаре, в остальном полезной, в книге: *Tigar M.E. and Levy M.R. Law and the Rise of Capitalism*. New York, 1977, p. 145.

⁸³ *De Beaumanoir P. Coutumes...* II. Sec. 1000.

⁸⁴ *Ibid.* II, secs. 823—936. Доусон подчеркивает местный характер французского обычного уголовного права, права гражданских обязательств (договора и деликта), уголовной и гражданской процедуры, утверждая, что буквально все французское королевское обычное право состояло из земельного права, прав собственности супругов, права наследования, дарений и завещаний. Однако уголовное право в изложении Бомануара едва ли производит впечатление специфически бовезийского. Например, положения об измене, фальшивомонетничестве и ереси обсуждаются в том же самом контексте, что и нормы, касающиеся убийства, поджога, грабежа и других преступлений. Договорное право в изложении Бомануара тоже едва ли можно рассматривать как местный обычай Бове. Скорее похоже, что это обычное (в смысле не законодательное) право, применимое в подходящих случаях во всех судах Франции, включая и королевские. Анализ Доусона хорошо подходит к более позднему времени, когда впервые появилась потребность привести в гармонию и унифицировать разнообразные обычаи разных частей Франции (см.: *Dawson J.P. The Codification of the French Customs // Michigan Law Review*, 38, 1940, 765).

⁸⁵ *Olivier-Martin F.J.M. Histoire...* p. 233.

⁸⁶ Брактон записал около двух тысяч дел из судебных протоколов, они собраны в Брактоновой "Записной книжке", отредактированной Мейтлендом. Аналогичной книжки Бомануара не обнаружено, однако он ссылается в своем трактате, хотя не конкретно, на тысячи дел. Использование им прецедентного права (по-французски "jurisprudence") описывалось следующим образом: "Иногда он начинает с изложения нормы обычного права и ссылается на судебное решение для иллюстрации. Иногда он поступает наоборот: начинает с судебного решения, свидетелем которого он был, а потом указывает принцип, применением которого является это решение... Для свидетельства того, что какой-нибудь обычай поставлен под сомнение, [Бомануар] неизменно ссылается только на одно судебное решение, несомненно потому, что одного прецедента достаточно, ибо он имеет решающее значение" (*Hubrecht G. Commentaire...* p. 4).

⁸⁷ *Beaumanoir P. Coutumes...* Sec. 31. Истолкование этого фрагмента в том смысле, что речь идет о "похожих" делах, а не только о "том же самом" деле, поддерживает Юбрехт (*Commentaires*, p. 19). Он добавляет: "Таким образом, прецедентное право [jurisprudence] применяется в условиях, аналогичных английскому праву, и судья может принять решение непосредственно, без обращения к [suitors]". Другой фрагмент в трактате Бомануара на первый взгляд противоречит мнению, что автор и анализируемое им право высоко ценили последовательность судебных решений. Рассматриваемый фрагмент

(sec. 1880) говорит о том, что судья должен дать себе отвод, если он участвовал в таком же деле, дабы избежать подозрения в том, что ему может захотеться подтвердить предыдущее решение, даже если оно ошибочно. Однако при ближайшем рассмотрении выясняется, что речь идет о деле, в котором судья участвовал как сторона, а не о деле, в котором он был судьей. Эта интерпретация подкрепляется тем фактом, что в следующем разделе (sec. 1881) от судьи требуется самоотвод, если он выступал в аналогичном деле свидетелем (см. также: *Hubrecht G. Commentaire...* p. 4).

⁸⁸«Франция и Англия вошли в позднее Средневековье с общим фондом правовых и политических институтов. Значительная часть территории нынешней Франции была объединена с Англией под властью одного суверена; политические институты формировались в основе одними и теми же формами феодальной организации; частное право состояло большей частью из несформулированных народных обычаев, весьма похожих даже в деталях. Но уже в XIII столетии стала заметна тенденция к дивергенции — и в праве, и в управлении» (*Dawson J.P. The Codification...* p. 765). Профессор Доусон пишет с позиций XVI—XIX вв. Если бы о том же самом надо было написать с позиций XI—XII вв., последнее предложение могло бы выглядеть так: «Еще в XIII столетии черты сходства преобладали над различиями».

14.

Королевское право: Германия, Испания, Фландрия, Венгрия, Дания

¹*Mitteis H. Der Staat des hohen Mittelalters.* Weimar, 1953, p. 155. Другой перевод можно найти в книге: *Mitteis H. The State in the Middle Ages / Trans. H.F.Orton.* Amsterdam, 1975, p. 149.

²*Mitteis H. Der Staat...* p. 201.

³*Ibid.*, p. 256ff.

⁴*Ibid.*

⁵См.: *Munz P. Frederick Barbarossa: A Study in Medieval Politics.* London, 1969, pp. 250—251. Несколько иную версию дает Карл Эрдман (*Erdmaan C. Der Prozess Heinrichs des Lowen // Kaisertum und Herzogsgewalt im Zeitalter Kaiser Friedrichs I / Ed. by T.Mayer.* Leipzig, 1944, p. 348—353).

⁶*Mitteis H. The State...* p. 335.

⁷*Ibid.*, pp. 225—233, 310. См. также: *Brackmann A. Die Wandlung der Staatssanschauungen im Zeitalter Kaiser Friedrichs I / Historische Zeitschrift,* 145, 1932.

⁸В 1111 г. папа Пасхалий II в своей «Привилегии» перечислил как регалии императорские права, связанные с городами, герцогствами, маркграфствами, графствами, чеканкой монеты, пошлинами, рынками, императорским и церковным патронажем, сотенными судами и некоторые другие (*Conrad H. Deutsche Rechtsgeschichte.* 2nd ed. Karlsruhe, 1962, I, 369—376).

⁹*Appelt H. Friedrich Barbarossa und das romische Recht // Romische historische Mitteilungen,* 5 (1961—1962), 18—34; *Koeppler H. Friedrich barbarossa and the Schhols of Bologna // English Historical Review,* 54, 1939, pp. 577—607.

¹⁰*Munz P. Frederic Barbarossa,* pp. 122—124.

¹¹См.: *Schmidt G. Das Wurburgische Herzogtum und die Grafen und Herren von Ostfranken vom 11. bis zum 17. Jahrhundert // Quellen und Studien zur Verfassungsgeschichte des deutschen Reiches im mittelalter und Neuzeit,* vol. 2. Weimar, 1913, pp. 1—52. Шмидт утверждает, что власть в складывающихся территориальных государствах Германии определялась не голый властью собственности на крупные земельные участки в герцогстве, а способностью обеспечить соблюдение права. Об Австрии см.: *Appelt H. Privilegium Minus: Das staufische Kaisertum und die Babenberger in Osterreich.* Vienna, 1973; см. также: *Stengel E.E. Land- und lehnrechtliche Grundlagen des Reichfurstentandes // Abhandlungen und Untersuchungen zur mittelalterischen Geschichte.* Kohn, 1960.

¹²См.: Ullmann W. The Pontificate of Adrian IV // Cambridge Historical Journal, 11, 1955, 243.

¹³Munz P. Frederic Barbarossa... p. 31.

¹⁴Ibid., p. 372.

¹⁵Gernhuber J. Die Landfriedensbewegung in Deutschland bis zum Mainzer Reichslandfrieden von 1235 // Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, 44. Bonn, 1952. 72—102.

¹⁶Ibid., p. 74.

¹⁷Quellen zur deutscher Verfassungs-, Wirtschafts-, und Sozialgeschichte bis 1250 // Ausgewählte Quellen zur deutschen Geschichte des Mittelalter. Vol. 32 / Ed. and trans. L. Weinrich, Darmstadt, 1977, pp. 166—167. Сохранилось только краткое изложение статута мира 1103 г.

¹⁸Ibid., p. 214. Выделено мною.

¹⁹Ibid. P. 216.

²⁰Mitteis H. The State, p. 243.

²¹Quellen... pp. 246—259.

²²Фридрих издал этот статут по просьбе четырех докторов, в награду за их услуги на съезде. Это единственный пример специального добавления, сделанного германским императором к Кодификации Юстиниана.

²³В 1186 г. Фридрих издал свой Указ о мире против поджигателей, состоявший из 23 статей, причем некоторые из них довольно длинные. Это был разработанный документ, которым Фридрих пытался взять под императорский контроль поджог — серьезную угрозу королевскому миру.

²⁴Движение “земельного мира” (Landfriede) не прекратилось совсем между 1186 и 1235 гг., но особенного прогресса тоже не было. Самый важный из указов о земельном мире, изданный Генрихом VII, так называемое Перемирие Генриха 1224 г., был отступлением к более ранней правовой форме, в нем не упоминался “jus” и “lex” и многие из положений лишь обновляли традиционные ограничения на кровную месть. Два других главных закона этого периода: Договор с князьями церкви 1220 г. и Статут в пользу князей 1232 г., не претендовали на роль “Landfrieden”, а были просто уступкой Фридриха II светским и церковным князьям.

²⁵Quellen... pp. 462—483.

²⁶The Liber Augustalis or Constitutions of Melfi Promulgated by the Emperor Frederick II for the Kingdom of Sicily in 1231 / Ed. and trans. J.M.Powell. Syracuse, N.Y., 1971, I, 8, Mainzer Landfriede 5.

²⁷См.: Angermeier H. Konigtum und Landfriede im deutschen Spätmittelalter. Munchen, 1966, pp. 27—29.

²⁸Реформы Фридриха II означали, что решения судов будут собираться и храниться в надежном месте, “чтобы можно было создать правовую основу для самых разнообразных отношений общественной жизни, норму провозглашения права” (Scholz R. Beitrage zur Geschichte der Hoheitsrechte des deutschen Konigs zur Zeit der ersten Staufer, 1138—1197. Vol. 24, 1896, pp. 26).

²⁹Sachsenspiegel V. Landrecht in hochdeutscher Ubertragung / Ed. by K.A.Eckhardt, Hannover, 1967, пролог и III, 78, no. 2. На современном немецком издания Lehnrecht нет, хотя существует новое издание на старонемецком языке.

³⁰“Папа не может предать анафеме императора, кроме как за ересь, оставление жены и разрушение дома Господнего” (Landrecht... 1.1; 3.57.1).

³¹“Анафема ранит душу, но не лишает жизни и не уменьшает права человека по Landrecht или Lehnrecht, если вслед за ней король не объявит этого человека вне закона” (Landrecht... 3.63.2).

³²“Судья может рассматривать любой иск в пределах юрисдикции суда, где бы он ни был, за исключением случаев, когда иск касается его собственной земли или обвинения свободного человека в преступлении. Тогда судья не может вершить правосудие иначе, как в правомочном народном собрании и по королевскому указу” (Landrecht... 1.59.1).

³³Landrecht... 3.57.2. Саксонское зеркало устанавливало, что виночерпий имеет право на седьмой голос, но так как держатель этой должности, король Богемии, не был немцем, он не имел избирательного голоса. Однако в 1290 г. император Рудольф, опираясь на авторитет Саксонского зеркала, предоставил Богемии голос, и таким образом выборщиков стало семь, это число сохранялось до середины XVII в.

³⁴Landrecht... 2.66.1.

³⁵См.: *Laufs A. Rechtentwicklung in Deutschland*. Berlin, 1978, p. 21—22. Автор ссылается на Landrecht..., 2.13.1, в отношении различных наказаний для воров. См. также: *Kallen G. Friedrich Barbarossa's Verfassungsreform und das Landrecht des Sachsen-spiegels*. ZSS (germ), 71 (1938), 560; *Von Voltellini H. Ein Beitrag zur Quellenkunde des Sachsen-spiegels Landrecht*, ZSS (germ), 71 (1938), 548

³⁶*Laufs A. Rechtentwicklung...* Ссылка на: Landrecht... 2.69.

³⁷Его влияние на городское право можно видеть в особенности на примере развития магдебургского права, герлицкого кодекса начала XIV в. и земельного права Бреслау 1356 г., оно сопровождало немцев в ходе их движения на восток, хотя его следы можно наблюдать и в Нидерландах. Саксонское зеркало неоднократно глоссировали, в частности, бранденбургский рыцарь и юрист Йоханн фон Бух (он учился в Болонье) после 1325 г. и Николас Вурм (он также обучался в Болонье) около 1400 г. (см.: *Conrad H. Deutsche Rechtsgeschichte*. 7th ed. Berlin, 1932, p. 722—725).

³⁸*Fehr H. Die Staatsauffassung Eikes von Reggau*. ZSS (germ), 50 (1916), 159.

³⁹Швабское зеркало, написанное в 1274—1275 гг., было самым влиятельным сводом законов в Южной Германии. Оно черпало из баварского народного права, императорского права, мирных статутон, римского права, канонического права. Оно занимало пропагандную позицию в сравнении с проимператорским Саксонским зеркалом. Немецкое зеркало, тоже написанное в 1274—1275 гг., в значительной мере опиралось на Саксонское зеркало, но больше использовало римское и каноническое право. Оно не имело большого влияния. Франкское зеркало, написанное в Гессене между 1328 и 1338 гг., занимало сильную проимператорскую позицию. В XIV в. появилось также некоторое количество менее значительных произведений (см.: *Conrad H. Deutsche Rechtsgeschichte*. P. 479).

⁴⁰*Medieval Germany, 911—1250: Essays by German Historians / Trans. G. Barraclough*, I. Oxford, 1938. 104.

⁴¹*Ibid.*, p. 76.

⁴²*Mitteis H. Der Staat...* p. 330.

⁴³MGH, Legum IV, I., p. 222.

⁴⁴*Medieval Germany...* I, 105.

⁴⁵*Confoederatio cum principibus ecclesiasticis et Statutum in favorem principum // Quellen.*, pp. 382, 434.

⁴⁶*Hildebrand R. Der sachsische 'Staat' Heinrichs des Lowen // Historische Studien*. Berlin, no. 302 (1973), pp. 371—392.

⁴⁷*Jordan K. Heinrich der Lowe: Eine Biographie*, Munchen, 1979, p. 148.

⁴⁸*Spindler M. Die Anfänge der bayerischen Landesfürstentums // Schriftenreihe zur bayerischen Landesgeschichte*. Vol. 26. Munchen, 1937. В целом см.: *Wohlhaupter E. Hoch- und Niedergericht in der Mittelalterlichen Gerichtsverfassung Bayerns*. Vol. 12, pt. 2 / Ed. by Konrad Beyerle, *Deutschrechtliche Beiträge*. Heidelberg, 1929; *Schnelbogl W. Die innere Entwicklung der bayerischen Landfrieden des 13. Jahrhunderts*. Vol. 13, pt. 2 / Ed. by K. Beyerle, *Deutschrechtliche Beiträge*. Heidelberg, 1932.

⁴⁹*Spindler M. Die Anfänge...* p. 116.

⁵⁰*Ibid.*, p. 120.

⁵¹*Ibid.*, p. 166—167.

⁵²*Ibid.*, p. 176—184.

⁵³*Ibid.*, p. 167.

⁵⁴Рекесвинт также упразднил всякое использование римского права, кроме как для изучения. Это запрещение касалось и "Lex Romana Visigothorum", или "Breviarium

Alarici” [“Вестготская правда” — *Прим. перев.*] — до-Юстиниановского компендиума (изданного Аларихом в 506 г.), который стал ведущим в своем роде текстом.

⁵⁵См.: *Wolhaupter E.* Studien zur Rechtsgeschichte des Gottes- und Landfriedens in Spanien. Vol. 14 / Ed. by Konrad Beyerle *Deutschrechtliche Beitrage.* Heidelberg, 1933.

⁵⁶*Perez J.B.* Manual de Historia del Derecho. Madrid, 1960, pp. 101—128; *Von Kleffens E.N.* Hispanic Law until the End of the Middle Ages. Edinburgh, 1968, pp. 238—268.

⁵⁷Старейший университет Испании, Паленсия, был основан в 1208—1214 гг. В 1239 г. он переместился и слился с университетом в Саламанке, основанным на десятилет раньше. Саламанка стала крупным центром изучения римского и канонического права.

⁵⁸*Perez P.* Manual... pp. 110—123; *Von Kleffens E.N.* Hispanic Law... pp. 147—236.

⁵⁹*Warnkonig L.A.* Flandrische Staats- und Rechtsgeschichte bis zum Jahr 1305, I. Tubingen, 1835, 127; см. также: *Pirenne H.* Geschichte Belgiens, I. Gotha, 1899; *Monier R.* Les Institutions centrales du Comte de Flandre de la fin du neuvieme siecle a 1384. Paris, 1949.

⁶⁰*Warnkonig.* Flandrische Rechtsgeschichte, p. 149.

⁶¹*Ibid.*, p. 160—162.

⁶²О Венгрии см.: *Gogyay Th.* von Grundzuge der Geschichte Ungarns, I. Pest, 1851. 66—125; *Kosary D.* A History of Hungary. Philadelphia. 1906, pp. 50—61; A History of Hungary / Ed. E.Pamlenyi. Budapest, 1973, pp. 29—61.

⁶³См.: *Derry T.K.* A History of Scandinavia. Minneapolis, Minn., 1975; *Danstrup J.* A History of Denmark. New York, 1947.

⁶⁴“Das jutsche Low, aus dem Danischen ubersetzt von Blasius Eckenberger / Ed. N.Falck. Altona, 1819.

⁶⁵*Danstrup J.* A History of Denmark, pp. 28—31. Части преамбулы прямо взяты из канонического права.

⁶⁶*Derry T.K.* A History of Scandinavia, p. 66.

⁶⁷*Аристотель.* Никомахова этика, 5.10.1137b11—28 / Ed. by R.McKeon. The Basic Works of Aristotle. New York, 1941, p. 1020.

Заключение

¹См.: *Tucker R.C.* The Marxian Revolutionary Idea // Revolution / Ed. by C.Friedrich. Nomos, no. 8 (1966), p. 217—246, особ., p. 219.

²*Ibid.*, pp. 223—224.

³*Hill C.* A Comment // *Hilton R.* The Transition from Feudalism to Capitalism. London, 1976., p. 121.

⁴*Ibid.*

⁵Письмо Конраду Шмидту, 27 октября 1890 г. // Карл Маркс и Фридрих Энгельс. Избранное, III, 1966, сс. 492—493.

⁶*Anderson P.* Passages form Antiquity to Feudalism. London, 1974, p. 153.

⁷*Hilton R.* The Transition... p. 9—30 (цитата p. 18).

⁸*Rostow W.W.* The Stages of Economic Growth. Cambridge, Mass., 1960, p. 4—7.

⁹The History of Feudalism / Ed.by D.Herlihy. New York, 1970, pp. 3, 34.

¹⁰*Anderson P.* Lineages of the Absolutist State. London, 1974, pp. 403. Восточно-германский марксист Рудольф Баро также рассматривает западный феодализм как уникальную экономическую модель, заключающую в себе “имманентную тенденцию к трансформации” в капитализм. Баро пишет: “Феодализм-капитализм — это, по сути, единое явление”. The Alternative in Eastern Europe, trans. David Fernbach. London, 1978, p. 66.

¹¹*Max Weber on Law in Economy and Society* / Ed. by M.Rheinstein. Cambridge, Mass., 1966, p. 297.

¹²Proceedings of the First Conference of German Sociologists. 1910, цит. по: *Weber M.* Economy and Society / Ed. Guenther Roth and Claus Wittich. New York, 1968, I, LXIV.

¹³Weber M. *Gesammelte Aufsätze zur Religions-soziologie*. Tübingen, 1920, p. 1.

¹⁴Этот вывод можно подтвердить многими цитатами из сочинений Вебера, хотя можно найти и другие цитаты, чтобы внести в него поправки или даже опровергнуть его. Фактически исторические сочинения Вебера представляют собой довольно путаную и непоследовательную картину, хотя его теоретический анализ — прямая противоположность.

¹⁵Max Weber on Law in Economy... p. 304.

¹⁶*Ibid.*, p. 305.

¹⁷См.: Donald R. Kelley. *The Metaphysics of Law: An Essay on the Very Young Marx* // *American Historical Review*. 83 (April 1978) 350—367.

¹⁸Rheinstein M. Max Weber... p. 63—64.

¹⁹*Ibid.*, p. 303.

²⁰Weber M. *Economy and Society*, pp. 226—227, 1070.

²¹*Ibid.*, p. 242.

²²*Ibid.*, p. 244.

²³*Ibid.*, p. 246.

²⁴*Ibid.*, p. 76.

²⁵*Ibid.*, p. 86.

²⁶Max Weber... pp. 304—305.

²⁷*Ibid.*

²⁸Kent V. Flannery, *The Cultural Evolution of Civilizations* // *Annual Review of Ecology and Systematics*, 3 (1972), 399, 407.

²⁹См.: Goodell G. *From Status to Contract: The Significance of Agrarian Relations of Production in the West, Japan, and in 'Asiatic' Persia* // *European Journal of Sociology*, 21, 1980, 285—325, особ. 288—291.

³⁰Rodney H. Hilton, *Bond Men Made Free: Medieval Peasant Movements and the English Rising of 1381*. London, 1973, pp. 70—71, 74—75.

³¹Goodell. *From Status to Contract*, p. 298.

³²Paz O. *Reflections: Mexico and the United States* // *The New Yorker*, 17 сентября 1979 г., pp. 138, 153.

- Abälard, Petrus, *Dialektica*, hg. v. L. M. de Rijk, Assen (NL), 1956.
- (*Ethica seu*) *scito te ipsum* (auch: *nosce te ipsum*), in Migne, *Patrologia latina*,
178.
Engl. *Peter Abelard's Ethics*, hg. v. D.E. Luscombe, Oxford, 1971.
Dt. *Die Ethik des Peter Abälard*, übers v. F. Hommel, Wiesbaden, 1947.
- *Sic et Non: A Critical Edition*, hg. v. Blanche Boyer und Richard McKeon, Chicago,
1976.
Adams, Henry, *Mont-Saint-Michel and Chartres*, New York, 1913.
Ainé, D., *Histoire de Montauban*, Montauban, 1885.
Alexander, James W., "The Becket Controversy in Recent Historiography", *The Journal of British Studies* (Hartford, Conn.), 9, Nr. 2 (Mai 1970), 1-26.
Allen, C. K., *Law in the Making*, Oxford, 1964.
Anderson, Perry, *Lineages of the Absolutist State*, London, 1974.
- *Passages from Antiquity to Feudalism*, London, 1974.
Angermeier, Heinz, *Königtum und Landfriede im deutschen Spätmittelalter*, München,
1966.
Anselm von Canterbury, *Proslogion seu allogium de Dei existentia*, in Migne, *Patrologia latina*, 158.
Dt. v. F.S.Schmitt, Stuttgart, 1962.
- *Warum Gott Mensch geworden ist (Cur Deus homo)*, lat. u. dt. (F.S.Schmitt), München, 1956; Migne, 158. 359—431.
Appelt, Heinrich, "Friedrich Barbarossa und das römische Recht", *Römische historische Mitteilungen*, 5 (1961—1962), S. 18—34.
- *Privilegium minus: Das staufische Kaisertum und die Babenberger in Österreich*, Wien, 1973.
Aristoteles, *Nikomachische Ethik*, übers. v. Olof Gigon, Zürich und Stuttgart, 2, Aufl.,
1967.
- *The Basic Works of Aristotle*, hg. v. Richard McKeon, New York, 1941. Assisen von Ariano: s. M. Hoffmann, sowie Brandileone.
Attenborough, F.L., *The Laws of the Earliest English Kings*, New York, 1963.
Auffroy, Henri, *Evolution du testament en France des origines au treizième siècle*, Paris, 1899.

- Augustinus: s. *Gottesstaat*.
- Ault, W. O., *Open-Field Farming in Medieval England: A Study of Village By-Laws*, London, 1972.
- Bahro, Rudolf, *Die Alternative*, Köln u. Frankfurt (M.), 1977.
- Engl. *The Alternative in Eastern Europe*, üb. v. D. Fernbach, London, 1978.
- Barracough, Geoffrey, "The Investiture Contest and the German Constitution", in S. Williams.
- (Üb.), *Medieval Germany, 911—1250: Essays by German Historians*, I, Oxford, 1938.
- *The Origins of Modern Germany*, Oxford, 1947.
- Bateson, Mary, "A London Municipal Collection of the Reign of John", *English Historical Review*, 17 (1902), 480—511, 707—730.
- Beaumanoir, Philippe de, *Coutumes de Beauvaisis*, hg. v. A. Salmon, 2 Bde., Paris, 1970 (Wiederabdr. d. Originalausg. Paris 1899, 1900); III, Paris, 1974.
- Beda d. Ehrwürdige, *Kirschengeschichte des englischen Volkes*, lat. u. dt., üb. v. G. Spitzbart, 2 Bde., Darmstadt, 1982.
- Engl. Ausg. v. Charles Plummer: *Historia ecclesiastica gentis Anglorum*, Oxford, 1896.
- Behrens, Dietrich, "Begriff und Definition in den Quellen", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, 74 (1957).
- Benson, Robert L., *The Bishop-Elect: A Study in Medieval Ecclesiastical Office*, Princeton, N.J., 1968.
- und Constable, Giles (Hg.), *Renaissance and Renewal in the Twelfth Century*, Cambridge, Mass., 1982.
- Darin siehe insbes. Stephan Kuttner, "The Revival of Jurisprudence", und Knut Wolfgang Nörr, "Institutional Foundations of the New Jurisprudence".
- Beowulf*, altengl. u. dt., hg. v. G. Nickel, i. Bd. (Text), Heidelberg, 1976.
- Berger, Raoul, "From Hostage to Contract", *Illinois Law Review*, 35 (1940).
- Berman, Harold J., *The Interaction of Law and Religion*, New York, 1974.
- "The Right to Knowledge in the Soviet Union", *Columbia Law Review*, 54 (1954).
- *Soviet Criminal Law and Procedure: The RSFSR Codes*, Cambridge, Mass., 2. Aufl., 1972.
- Bernheim, E., "Politische Begriffe des Mittelalters im Lichte der Anschauungen Augustins", *Deutsche Zeitschrift für Geschichte, neue Reihe*, I (1896—1897).
- Bewes, W.A., *The Romance of the Law Merchant*, London, 1923.
- Beyerle, Franz, *Untersuchungen zur Geschichte des älteren Stadtrechts von Freiburg im Breisgau*, Heidelberg, 1910.
- Beza, Theodorus, "Confessio", *Theol. tract.*, II.2, zit. in Grotius. Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England*, I, Portland, 1807.
- Bloch, Marc, *Die Feudalgesellschaft*, üb. v. E. Bohm u.a., Frankfurt (M.), Wien, Berlin, 1982.
- Bloch, R. Howard, *Medieval French Literature and the Law*, Berkeley, Calif., 1977.
- Bocking, Eduardus (Hg.), *Corpus Legum sive brachylogus iuris civilis*, Berlin, 1829.
- Bodde, Derk, und Morris, Clarence, "Basic Concepts of Chinese Law", in Liu, James T.C., und Wei-ming Tu (Hg.), *Traditional China*, Englewood Cliffs, N.J., 1970.
- Boehmer, Heinrich, *Das germanische Christentum*, in *Theologische Studien und Kritiken*, 86, Halle, 1913, 165—280.
- Bohannon, Paul, *Justice and Judgment among the Tiv*, London, 1957.
- Bóna, István, *The Dawn of the Dark Ages: The Gepids and the Lombards in the Carpathian Basin*, Budapest, 1976.
- Boniani, Francesco (Hg.), *Statuta inediti della città di Pisa*, II, Florenz, 1870.
- Borkenau, Franz, "Primal Crime and Social Paranoia in the Dark Ages", in Richard Lowenthal (Hg.), *End and Beginning*, New York, 1981, 382—391.

- Boussard, Jacques, *Le gouvernement d'Henri II Plantagenet*, Paris, 1956.
- Brackmann, Albert, "Die Wandlung der Staatsanschauungen im Zeitalter Kaiser Friedrichs I.", *Historische Zeitschrift*, 145 (1932).
- Bracton: s. Thorne
- Brandileone, Francesco, *Il diritto romano nelle leggi normane e sveve del regno di Sicilia*, Turin, 1884.
- Brinton, Crane, *The Anatomy of Revolution*, New York, rev. Aufl., 1965.
- Brooke, Christopher N.L., *London, 800—1216: The Shaping of a City*, London, 1975.
- Brooke, Z.M., *The English Church and the Papacy from the Conquest to the Reign of John*, Cambridge, 1931, 1952.
- Brown, Norman O., *Love's Body*, New York, 1968.
- Brown, Peter, "Society and the Supernatural: A Medieval Change", *Daedalus*, Frühi. 1975.
- Bruner, Jerome, *On Knowing: Essays for the Left Hand*, Cambridge, Mass., 1962.
- Bryce, James, *The Holy Roman Empire*, New York, 1886.
- Buckland W.W., *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, Cambridge, 2. Aufl., 1932.
- Buisson, Ludwig, *König Ludwig IX. der Heilige und das Recht*, Freiburg, 1954.
- Burdick, F.M., "Contributions of the Law Merchant to the Common Law", *Select Essays in Anglo-American Legal History*, III, Boston, 1909.
- Buyken, Thea, und Conrad, Hermann, *Die Amtleutbücher der kölnischen Sondergemeinden*, Weimar, 1936.
- Cahn, Kenneth S., "The Roman and Frankish Roots of the Just Price of Medieval Canon Law", *Studies in Medieval and Renaissance History*, 6 (1969), I.
- Cahen, Claude, *Le régime féodal de l'Italie normande*, Paris, 1940.
- Calasso, Francesco, *Medio evo del diritto*, I, Mailand, 1954.
- Cantor, Norman F., *Medieval History: The Life and Death of a Civilization*, New York, 1969.
- Capellanus, Andreas, *The Art of Courtly Love*, mit Einl., Übers. u. Anm. v. J. J. Parry, New York, 1941.
- Cappelletti, Mauro, und Perillo, Joseph M., *Civil Procedure in Italy*, Den Haag, 1965.
- Carlyle R. W. und A. J., *A History of Medieval Political Thought in the West*, 6 Bde., London, 1903—1936.
- Chalandon, Ferdinand, *Histoire de la domination normande en Italie et en Sicile*, New York, 1960.
- Chaney, William A., *The Cult of Kingship in Anglo-Saxon England*, Berkeley und Los Angeles, 1970.
- Charlesworth, M.J., *St. Anselm's Proslogion*, Oxford, 1965.
- Chénon, Émile, *Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815*, I, Paris, 1926.
- Chenu, M.-D., *La théologie au douzième siècle*, Paris, 1957.
- Engl. *Nature, Man, and Society in the Twelfth Century*, hg. u. üb. v. J. Taylor u. L. K. Little, Chicago, 1968.
- Chodorow, Stanley, *Christian Political Theory and Church Politics in the Mid-Twelfth Century: The Ecclesiology of Gratian's Decretum*, Berkeley, 1972.
- Claggett, Marshall; Post, Gaines; Reynolds, Robert: *Twelfth-Century Europe and the Foundations of Modern Society*, Madison, Wis., 1961.
- Clarke, M. V., *The Medieval City State: An Essay on Tyranny and Federation in the Late Middle Ages*, London, 1926.
- Clune, R. B., *The Judicial Interrogation of the Parties*, Canon Law Series, Nr. 269, Washington, D. C., 1948.

- Codex: s. *Corpus iuris civilis*.
- Cohn, Norman, *The Pursuit of the Millennium*, New York, 2. Aufl, 1972.
- Coing, Helmut, "Zum Einfluß der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, 69 (1952), 24—59.
- "English Equity and the Denunciatio Evangelica of the Canon Law", *Law Quarterly Review*, 71 (1955).
- (Hg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, I, München, 1973.
- Congar, Yves, "The Historical Development of Authority in the Church: Points for Christian Reflection", in John M. Todd, (Hg.), *Problems of Authority: An Anglo-French Symposium*, London und Baltimore, 1962.
- *A History of Theology*, New York, 1968.
- Conrad, Hermann, *Deutsche Rechtsgeschichte*, I, Karlsruhe, 1954, 2. Aufl., 1962.
- Considine, Rev. J. S., "The Passion, Death, and Resurrection of Christ", in Thomas Aquinas, *Summa Theologica*, i. vollst. amerik. Ausg., übers. v. d. Fathers of the English Dominican Province, New York, 1948.
- Constantelos, Demetrios, *Byzantine Philanthropy and Social Welfare*, New Brunswick, N. J., 1968.
- Constitutiones apostolorum*, hg. v. P. A. de Lagarde, Leipzig, 1862. Engl.: *The Statutes of the Apostles or Canones Ecclesiastici*, hg. u. übers. v. G. W. Horner, London, 1904.
- Corpus iuris canonici*, Bd.1: Gratian, *Concordantia discordantium canonum (Decretum)*, hg. v. (A)emilius Friedberg, 1879, Wiederabdruck Graz, 1959.
- Corpus iuris canonici*, Bd.2: *Decretalium collectiones*, hg. v. (A)emilius Friedberg, Leipzig, 1881.
- Corpus iuris civilis*, hg. v. Paul Krueger u. a., Berlin: I. *Institutiones, Digesta*, 1965; II. *Codex*, 1959; III. *Novellae*, 1959.
- Cournand, André F., und Zuckerman, Harriet, "The Code of Science: Analysis and Some Reflections on Its Future", *Studium generale*, ²³ (1970).
- Cox, Harvey, *The Secular City*, New York, 1965.
- Creel, H. G., *The Origins of Statecraft in China*, Bd. 1: *The Western Chou Empire*, Chicago u. London, 1970.
- Crombie, A. C., *Grosseteste, Bacon, and the Birth of Experimental Science*, 1100—1700, Oxford, 1953.
- "Grosseteste's Position in the History of Science", in D. A. Callus (Hg.), *Robert Grosseteste, Scholar and Bishop: Essays in Commemoration of the Seventh Centenary of His Death*, Oxford, 1955.
- Crouse, Robert D., "The Augustinian Background of St. Anselm's Concept of Justitia", *Canadian Journal of Theology*, 4 (1958).
- Cur Deus homo*: s. Anselm.
- Danstrup, John, *A History of Denmark*, New York, 1947.
- David, René u. Grasman, *Einführung in die großen Rechtssysteme*, München u. Berlin, 1966.
- Dawson, Christopher, *The Making of Europe: An Introduction to European Unity*, 1932, New York und Cleveland, 1956.
- Dawson, John P., "The Codification of the French Customs", *Michigan Law Review*, 38 (1940).
- *History of Lay Judges*, Cambridge, Mass., 1960.
- *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, Mich., 1968.
- Decretum: s. *Corpus iuris canonici*, Bd.1.
- De Lagarde, P. A., *Reliquiae iuris ecclesiastici antiquissimae Graecae*, Leipzig, 1856.

- Denifle, P. Heinrich, *Die Entstehung der Universitäten des Mittelalters bis 1400*, Berlin, 1885.
- De Roover, F. Edler, "Early Examples of Marine Insurance", *Journal of Economic History*, 5 (1945).
- De Roover, Raymond, *Business, Banking, and Economic Thought in Late Medieval and Early Modern Europe*, Chicago, 1974.
- "The Organization of Trade", in M. M. Postan, E. E. Rich und Edward Miller (Hg.), *Cambridge Economic History of Europe*, III, Cambridge, 1963.
- Derry, T. K., *A History of Scandinavia*, Minneapolis, Minn., 1975.
- Dialogus de Scaccario (The Course of the Exchequer)*, üb. u. hg. v. Charles Johnson, New York, 1950.
- Diamond, A. S., *Primitive Law Past and Present*, London, 1971.
- Dictatus papae: s. K. Hofmann.
- Didache*, hg. v. H. Lietzmann, Bonn, 1912.
- Engl.: hg. u. üb. v. J. A. List, Westminster, Md., 1948.
- Didascalia Apostolorum*, hg. v. E. Tidner, Berlin, 1963. (Mit Verzeichnis aller Textausgaben.) Engl.: hg. u. üb. v. R. H. Connolly, Oxford, 1929.
- Digesta: s. *Corpus iuris civilis*.
- Dobb, Maurice, *Studies in the Development of Capitalism*, London, 1946.
- Douglas, David C., *The Norman Achievement, 1050—1100*, Berkeley und Los Angeles, 1969.
- Duby, Georges, *Guerriers et paysans (7^e—12^e siècle). Premier essor de l'économie européenne*, Paris, 1973.
- Engl. *The Early Growth of the European Economy*, London, 1974.
- und Mandrou, Robert, *Histoire de la civilisation française*, Bd. 1, Paris, 1958.
- Engl. *A History of French Civilization*, üb. v. J. B. Atkinson, New York, 1958.
- Duff, P. W., *Personality in Roman Private Law*, Cambridge, 1938.
- Duggan, Charles, "The Becket Dispute and the Criminous Clerks", *Bulletin of the Institute of Historical Research*, 35, Nr. 91 (Mai 1962), 1—28.
- Ecloga: Edwin H. Freshfield, *Roman Law in the Later Roman Empire; The Isaurian Period: The Ecloga*, Cambridge, 1932 (griech. u. engl.).
- Ehler, S. Z., und Morrall, J. B., *Church and State through the Centuries*, London, 1954.
- Emerton, Ephraim (Hg. u. Üb.), *The Correspondence of Pope Gregory VII: Selected Letters from the Registrum*, 1932, Wiederabdruck New York, 1969.
- Encyclopedia Britannica*, 1969.
- Engels, Friedrich, Brief an Conrad Schmidt vom 27.10.1890, in Marx-Engels, *Werke*, Bd. 37, Dietz, Berlin, 1967, Brief Nr. 236.
- Ennen, Edith, *Die europäischen Städte des Mittelalters*, Göttingen, 2. Aufl., 1975.
- Erdmann, Carl, *Die Entstehung des Kreuzzugsgedankens*, Stuttgart, 1936.
- "Der Prozeß Heinrichs des Löwen", in Theodor Mayer (Hg.), *Kaisertum und Herzogsgewalt im Zeitalter Friedrichs I.*, Leipzig, 1944.
- Esmein, A., *Le mariage en droit canonique*, 2 Bde., Paris, 1891.
- Essaid, M. J., *La présomption d'innocence*, Rabat, 1971.
- Ethelbert, Gesetze des: s. Attenborough.
- Fairweather, Eugene R. (Hg. u. Üb.), *A Scholastic Miscellany: Anselm to Ockham*, New York, 1956.
- Fanfani, Amintore, *Catholicism, Protestantism, and Capitalism*, New York, 1935.
- Feine, Hans Erich, *Kirchliche Rechtsgeschichte*, I, Weimar, 1950.
- Fehr, Hans, "Die Staatsauffassung Eikes von Reppgau", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, germanistische Abteilung*, 50 (1916).

- Flahiff, G. B., "The Writ of Prohibition to Court Christian in the Thirteenth Century", Teil 2, *Medieval Studies*, 7 (1945).
- Flannery, Kent V., "The Cultural Evolution of Civilizations", *Annual Review of Ecology and Systematics*, 3 (1972).
- Fliche, Augustin, *La réforme Grégorienne*, II, Paris, 1933.
- Fournier, Paul, und Le Bras, Gabriel, *Histoire des collections canoniques en occident*, I, Paris, 1931.
- Frank, Joseph, *The Levellers: A History of the Writings of Three Seventeenth Century Social Democrats: John Lilburne, Richard Overton, and William Walwyn*, Cambridge, 1965.
- Freshfield, Edwin H., *A Manual of Roman Law: The Ecloga*, Cambridge, Mass., 1926.
- Freund, Walter, *Modernus und andere Zeitbegriffe des Mittelalters*, Köln, 1957.
- Friedrich, Carl J., *Transcendent Justice: The Religious Dimension of Constitutionalism*, Durham, N.C., 1964.
- Friedrich II. von Hohenstaufen, *Die Konstitutionen F. II. v. H. für sein Königreich Sizilien* (hg. u. üb. v. H. Conrad u. a.), Köln u. Wien, 1973.
- Fueck, Johann, *Die arabischen Studien in Europa bis in den Anfang des 20. Jahrhunderts*, Leipzig, 1955.
- Fuller, Lon L., *The Morality of Law*, New Haven, Conn., 2. Aufl., 1964.
- Fung Yu-Lan, *A History of Chinese Philosophy*, üb. v. Derk Bodde, 2 Bde., Princeton, N. J., 1953.
- Ganshof, F. L., *Feudalism*, New York, 1964.
- *The Imperial Coronation of Charlemagne*, Glasgow, 1971.
- Gaudemet, Jean, "La doctrine des sources du droit dans le Décret de Gratien", *Revue du droit canonique*, 1 (1959).
- Gaupp, Ernst Theodor, *Das alte magdeburgische und hallische Recht: ein Beitrag zur deutschen Rechtsgeschichte*, Breslau, 1826. Neudr. Aalen, 1966.
- Geanakoplos, Deno J., *Medieval Western Civilization and the Byzantine and Islamic Worlds*, Lexington, Mass., 1979.
- Gernhuber, Joachim, "Die Landfriedensbewegung in Deutschland bis zum Mainzer Reichslandfrieden von 1235", *Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen*, 44 (1952), 72—102.
- Ghellinck, Joseph, *Le mouvement théologique du douzième siècle*, Brügge, 1948.
- Gierke, Otto von, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, 4 Bde., Berlin, 1868—1913.
- Giesey, Ralph E., *The Oath of the Aragonese and the Legendary Laws of Sobrarbe*, Princeton, N. J., 1968.
- Gilchrist, John T., *The Church and Economic Activity in the Middle Ages*, New York, 1969.
- Gillet, Pierre, *La personnalité juridique en droit ecclésiastique spécialement chez les décrétistes et les décrétalistes et dans le code du droit canonique*, Malines, 1927.
- Gilmore, Grant, *The Death of Contract*, Columbus, Ohio, 1974.
- Gilmore, Myron P., *Argument from Roman Law in Political Thought, 1200—1600*, Cambridge, Mass., 1941.
- Gilson, Etienne, *Reason and Revelation in the Middle Ages*, New York, 1938.
- Giuliani, Alessandro, "The Influence of Rhetoric on the Law of Evidence and Pleading", *Juridical Review*, 62 (1969), 231—251.
- Glanvill: G. D. G Hall (Hg. u. Üb.), *The Treatise on the Laws and Customs of England Commonly Called Glanvill*, London und Edinburgh, 1965.
- Gluckman, Max, *Custom and Conflict in Africa*, Oxford, 1955.
- Gogyay, Thomas von, *Grundzüge der Geschichte Ungarns*, I, Pest, 1851.

- Goldene Bulle: Henrik Marczali, *Enchiridion fontium historiae Hungarorum*, Budapest, 1902, 134—143.
- Goldschmidt, Levin, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, I, Stuttgart, 1891.
- Goodell, Grace, "From Status to Contract: The Significance of Agrarian Relations of Production in the West, Japan, and in "Asiatic" Persia", *European Journal of Sociology*, 21 (1980), 285—325.
- Gordley, James R., "Anglo-Saxon Law", Ms. 1970, Harvard Law School Library:
 — "Equality in Exchange", *California Law Review*, 69 (1981).
 — "The Search for a General Theory of Contract", 1979, Ms. im Besitz des Verf.
- Gottesstaat*: Augustinus, Der G., üb. v. C. J. Perl, 3 Bde., Salzburg, 1951—1953.
- Grabmann, Martin, *Die Geschichte der scholastischen Methode*, II, Freiburg, 1911.
- Gratian: s. *Corpus iuris canonici*, Bd.1.
- Green, Robert W., *Protestantism and Capitalism: The Weber Thesis and Its Critics*, Boston, 1959.
- Greenaway, George (Hg. u. Üb.), *The Life and Death of Thomas Becket, Chancellor of England and Archbishop of Canterbury, Based on the Account of William Fitzstephen, His Clerk, with Additions from Other Contemporary Sources*, London, 1961.
- Grimm, Jakob, "Von der Poesie im Recht", *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 2 (1816), 25—99.
 — *Deutsche Rechtsalterthümer*, 1828, ³ 1881, ⁴ 1899.
- Gross, Charles, *The Gild Merchant: A Contribution to British Municipal History*, Bde., Oxford, 1890.
- Grotius, Hugo, *A Defence of the Catholic Faith concerning the Satisfaction of Christ against Faustus Socinus*, üb. m. Anm. u. e. hist. Einl. v. F. H. Foster, Andover, Mass., 1889.
- Grundmann, Herbert, *Ketzergeschichte des Mittelalters*, Göttingen, 1963.
- Hall, Hubert (Hg.), *Select Cases concerning the Law Merchant*, III, London, 1932.
- Hannan, Jerome, *The Canon Law of Wills*, Washington, D. C., 1934.
- Haskins, Charles H., "England and Sicily in the Twelfth Century", Teile 1, 3, *English Historical Review*, 26 (Juli, Okt. 1911).
 — *Norman Institution*, Cambridge, Mass., 1918.
 — *The Renaissance of the Twelfth Century*, Cambridge, Mass., 1927.
- Heer, Friedrich, *Mittelalter* (Kindlers Kulturgeschichte), Zürich, 1961. Engl. *The Medieval World: Europe, 1100—1350*, New York, 1961/1962.
- Hegel, Carl, *Die Chroniken der deutschen Städte vom 14. bis ins 16. Jahrhundert*, Bd. 12: Köln; 1875, Wiederabdruck Göttingen, 1968.
- Henderson, Ernest F. (Hg.), *Selected Historical Documents of the Middle Ages*, London, 1912.
- Herlihy, David (Hg.), *The History of Feudalism*, New York, 1970.
- Hildebrand, Ruth, "Der sächsische "Staat" Heinrichs des Löwen", *Historische Studien (Berlin)*, Nr. 302 (1937), 371—392.
- Hill, Christopher, "A Comment", in Hilton, *Transition*.
- Hilton, Rodney H., *Bond Men Made Free: Medieval Peasant Movements and the English Rising of 1381*, London, 1973.
 — *A Medieval Society*, London, 1966.
 — (Hg.), *The Transition from Feudalism to Capitalism*, London, 1976.
- Hinschius, Paul, *Das Kirchenrecht der Katholiken und Protestanten in Deutschland*, Bd. III, Berlin, 1883.
- Hofmann, Hasso, *Repräsentation: Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*, Berlin, 1974.
- Hofmann, Karl, *Der dictatus papae Gregors VII.*, Paderborn, 1933.

- Hofmann, Max, *Die Stellung des Königs von Sizilien nach den Assisen von Ariano* (1140), Münster, 1915. (Mit lat. Text.) Weitere Textausgabe:
 Francesco Brandileone, *Il diritto romano nelle legge normane e sveve del regno di Sicilia*, Turin, 1884.
- Hubrecht, Georges, "Commentaire historique et juridique", in Beaumanoir III.
- Huebner, Rudolph, *A History of Germanic Private Law*, üb. v. F. S. Philbrick, Boston, 1918.
- Institutiones: s. *Corpus iuris civilis*.
- Islandsaga: Sir G. W. Dasent (Üb.), *The Icelandic Saga: The Story of Burnt Njal*, Edinburgh, neue Aufl. m. e. Einl. v. G. Turville-Petre, 1957.
- Jacobs, Dan N. (Hg.), *The New Communist Manifesto and Related Documents*, New York, 3. rev. Aufl., 1965.
- Jallut, Maurice, *Philippe Auguste, fondateur de l'unité française*, Paris, 1963.
- Jewell, Helen M., *English Local Administration in the Middle Ages*, New York, 1972.
- Johannes XXIII., Papst, "Allocutio...", *Acta apostolicae sedis*, 51 (1959), 65—69.
- Johannes v. Salisbury: s. *Policraticus*.
- Jolliffe, J. E. A., *The Constitutional History of Medieval England*, London, 1937, 3. Aufl., 1954; 1961.
- Jordan, Karl, *Heinrich der Lowe: Eine Biographie*, München, 1979.
- Justinian: s. *Corpus iuris civilis*.
- Jutsche Low, Das*, aus dem Dänischen üb. v. Klaus v. See, Weimar, 1960.
- Kallen, Gerhard, "Friedrich Barbarossas Verfassungsreform und das Landrecht des Sachsenspiegels", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, germanistische Abteilung*, 71 (1938).
- Kantorowicz, Ernst H., *The King's Two Bodies: A Study in Medieval Political Theory*, Princeton, N. J., 1957.
- Kantorowicz, Hermann, "The Quaestiones Disputatae of the Glossators", *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Solidus Revue d'histoire du droit*, 16 (1939).
- Kelley, Donald R., "The Metaphysics of Law: An Essay on the Very Young Marx", *American Historical Review*, 83 (April 1978), 350—367.
- Kelly, Amy, *Eleanor of Aquitaine and the Four Kings*, Cambridge, Mass., 1950.
- Kelly, J. N. D., *Early Christian Creeds*, New York, 1950.
- Kennedy, Duncan, "Form and Substance in Private Law Adjudication", *Harvard Law Review*, 89 (1976), 1685.
- Kennedy, John F., *The Strategy of Peace*, New York, 1960.
- Kern, Fritz, *Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im frühen Mittelalter*, Münster u. Köln, ² 1954, unveränd. Nachdr. Darmstadt, 1973.
- "Recht und Verfassung im Mittelalter", *Historische Zeitschrift*, 1919 (Bd.120 - 3. Folge, Bd.24), S.1—79.
- Keyes G. L., *Christian Faith and the Interpretation of History*, Lincoln, Nebr., 1966.
- King, P. D., *Law and Society in the Visigothic Kingdom*, Cambridge, 1972.
- Kiralfy, Albert K., *The Action on the Case*, London, 1951.
- Kitchin, G. W., *Historic Towns: Winchester*, London, 1891.
- Kluxel, Wolfgang, "Die Geschichte des Maimonides im lateinischen Abendland als Beispiel einer christlich-jüdischen Begegnung", in *Judentum im Mittelalter, Miscellanea mediaevalia*, IV, Berlin, 1966.
- Knatchbull-Hugessen, C. M., *The Political Evolution of the Hungarian Nation*, 1, London, 1908.
- Kneale, William und Martha, *Introduction to Logic*, Oxford, 1968.
- Knowles, David, *Thomas Becket*, London, 1970.
- *The Evolution of Medieval Thought*, New York, 1962.
- und Obolensky, Dmitri, *The Christian Centuries*, Bd. 2: *The Middle Ages*, New York, 1968.

- Koebner, Richard, *Die Anfänge des Gemeinwesens der Stadt Köln*, Berlin, 1922.
- Koeppler, H., "Friedrich Barbarossa and the Schools of Bologna", *English Historical Review*, 54 (1939), 577—607.
- Kosary, Dominic, *A History of Hungary*, Philadelphia, 1906.
- Koschaker, Paul, *Europa und das römische Recht*, München und Berlin, 3. Aufl. 1958.
- Koyré, Alexandre, *From the Closed World to the Infinite Universe*, Baltimore, 1976.
- Kuhn, Thomas S., *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, 2. Aufl., 1970.
- Dt. *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, Frankfurt (M.), 2. rev. Aufl., 1976.
- Küng, Hans, *Strukturen der Kirche*, Freiburg (Br.) u. a., 1962.
- Kunkel, Wolfgang, *Römische Rechtsgeschichte. Eine Einführung*, Köln u. Wien⁶, 1972.
- Kuttner, Stephan, "Cardinalis: The History of a Canonical Concept", *Traditio*, 3 (1945), 129—214.
- "Some Considerations on the Role of Secular Law and Institutions in the History of Canon Law", Vortrag auf der Conference on Law and the Humanities des American Council of Learned Societies vom 12.—13.4.1950 in Dumbarton Oaks.
- "The Father of the Science of Canon Law", *The Jurist*, 1 (1941), 2—19.
- *Harmony from Dissonance: An Interpretation of Medieval Canon Law*, Latrobe, Pa., 1960.
- *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX.*, Vatikankstadt, 1935.
- Laband, Paul, *Das Magdeburg-Breslauer systematische Schöffengericht aus der Mitte des XIV. Jahrhunderts*, Berlin, 1863.
- *Magdeburger Rechtsquellen zum akademischen Gebrauch*, Königsberg, 1869.
- Labande, L. H., *Histoire de Beauvais et de ses institutions communales jusqu'au commencement du quinzième siècle*, Paris, 1892.
- Ladner, Gerhard B., "Aspects of Medieval Thought on Church and State", *Review of Politics*, 9 (1947), 403—422.
- Lapidus, Ira M., *Muslim Cities in the Late Middle Ages*, Cambridge, Mass., 1967.
- Latourette, Scott, *A History of Christianity*, I, New York, 1975.
- Lau, Friedrich, *Entwicklung der kommunalen Verfassung und Verwaltung der Stadt Köln bis zum Jahre 1396*, Bonn, 1898.
- Laufs, Adolf, *Rechtsentwicklung in Deutschland*, Berlin, 1978.
- Laws: *The Laws and Liberties of Massachusetts*, Cambridge, Mass., 1929.
- Lawson, F. H., *The Roman Law Reader*, New York, 1969.
- Le Bras, Gabriel, "Canon Law", in C. G. Grump und E. F. Jacob (Hg.), *The Legacy of the Middle Ages*, Oxford, 1926.
- *Institutions ecclésiastiques de la chrétienté médiévale*, Paris, 1964.
- La doctrine du mariage chez les théologiens et les canonistes depuis l'an mille", in *Dictionnaire de théologie catholique*, IX, 1926, 2123—2317.
- Lefebvre, Charles; Rambaud, Jacqueline: *Histoire du droit et des institutions de l'Eglise en occident, Bd. 7: L'age classique: Source et théorie du droit, 1140—1378*, Paris, 1965.
- Leges Henrici Primi*, hg. u. üb. v. L. Downer, Oxford, 1972.
- Lehane, Brendan, *The Quest of Three Abbots*, New York, 1968.
- Lévi-Strauss, Claude, *Strukturelle Anthropologie*, dt., Frankfurt (M.), 1969.
- *Les structures élémentaires de la parenté*, Paris, 1949.
- Dt. *Die elementaren Strukturen der Verwandtschaft*, Frankfurt (M.) 1981.
- Levy, Ernst, "Reflections on the First Reception of Roman Law in Germanic States", in ders., *Gesammelte Schriften*, I, Köln, 1963, 201—209.

- “Vulgarization of Roman Law in the Early Middle Ages”, ebd., 220—247.
- *Weströmisches Vulgarrecht: Das Obligationenrecht*, Weimar, 1956.
- *West Roman Vulgar Law: The Law of Property*, Philadelphia, 1951.
- Leyser, K. J., “The Polemics of the Papal Revolution”, in Smalley, *Trends*.
- Liber augustalis: s. Friedrich II.
- Lindsay, A. D., *The Modern Democratic State*, New York, 1962.
- Lingenthal, E. Zachariae von, *Die griechischen Nomokanones*, in *Mémoires de l'académie impériale des sciences de St.-Petersbourg*, VII^e serie, tome XXIII, no. 7, St. Petersburg, 1877.
- Lipson, Ephraim, *Economic History of England*, I, London, ⁷1937.
- Little, David, *Religion, Order, and Law: A Study in Pre-Revolutionary England*, New York, 1969.
- Lloyd Dennis, *The Idea of Law*, London, 1970.
- Longrais, Joüon des, *Henry II and His Justiciars: Had They a Political Plan in Their Reforms about Seisin?*, Limoges, 1962.
- Lopez, Robert S., *The Birth of Europe*, New York, 1967.
- *The Commercial Revolution of the Middle Ages, 950—1350*, Englewood Cliffs, N. J., 1971.
- “The Trade of Medieval Europe: The South”, in M. M. Postan, E. E. Rich und Edward Miller (Hg.), *Cambridge Economic History of Europe*, II, Cambridge, 1963.
- und Raymond, Irving W. (Hg.), *Medieval Trade in the Mediterranean World: Illustrative Documents with Introductions and Notes*, New York, o. J.
- Lossky, Vladimir, *The Mystical Theology of the Eastern Church*, London, 1957.
- Loyn, H. R., *Anglo-Saxon England and the Norman Conquest*, New York, 1962.
- Luchaire, Achille, *Philippe Auguste*, Paris, 1884.
- Luscombe: S. Abälard.
- Lynch, Timothy, *Contracts between Bishops and Religious Congregations: A Historical Synopsis and a Commentary*, Washington, D. C., 1947.
- Magna charta libertatum von 1215*, Die, lat.-engl.-dt., bearb. v. Hans Wagner, Bern, 1951.
- Maine, Henry Sumner, *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society and Its Relation to Modern Ideas*, 1861; Boston, o. J.: 3. amer. Aufl., New York, 1888.
- Maitland, Frederic William, *The Constitutional History of England*, London, 1965.
- *The Forms of Action at Common Law*, Cambridge, 1965.
- “Why the History of English Law is Not Written”, in H. A. L. Fisher (Hg.), *Collected Legal Papers of Frederic William Maitland*, I, Cambridge, 1911.
- “The Mystery of Seisin”, *Law Quarterly Review*, 2 (Okt. 1886), 481—496.
- *Roman Canon Law in the Church of England*, Cambridge, 1898.
- Malynes, Gerard, *Consuetudo vel Lex Mercatoria, or the Ancient Law Merchant*, London, 1622.
- Manaresi, Cesare (Hg.), *Gli atti comune di Milano fino all'anno MCCXVI*, Mailand, 1919.
- Map, Walter, *De Nugis Curialium*, hg. v. M. R. James, Oxford, 1914.
- Marczali, Henrik, *Enchiridion fontium historiae Hungarorum*, Budapest, 1902.
- Markus, R. A., *Saeculum: History and Society in the Theology of St. Augustine*, Cambridge, 1970.
- Martindale, Don, und Neuwirth, Gertrud (Hg. u. Üb.): Max Weber, *The City*, New York, 1958.
- McIntyre, John, *St. Anselm and His Critics: A Reinterpretation of the Cur Deus Homo*, Edinburgh, 1954.

- McKitterick, Rosamund, "Some Carolingian Lawbooks and Their Functions", in Brian Tierney und Peter Linehan (Hg.), *Authority and Power: Studies in Medieval Law and Government*, Cambridge, 1980, 13—28.
- McLeish, Archibald, "The Metaphor", in *The Human Season*, Houghton Mifflin, 1972.
- McNeill, John T., *The History and Character of Calvinism*, New York, 1957.
- *The Celtic Penitentials and Their Influence on Continental Christianity*, Paris, 1923.
- und Gamer, Helena, *Medieval Handbooks of Penance: A Translation of the Principal Libri Poenitentiales and Selections from Related Documents*, New York, 1938.
- Merton, Robert K., "Science and the Democratic Social Structure", in ders., *Social Theory and Social Structure*, 1942, Wiederabdruck New York, 1957, 550—561.
- Migne, J.-P. (Hg.), *Patrologia latina*.
- Mitchell, William, *An Essay on the Early History of the Law Merchant*, Cambridge, 1904.
- Mitteis, Heinrich, *Der Staat des hohen Mittelalters: Grundlinien einer vergleichenden Verfassungsgeschichte des Lehnzeitalters*, Weimar, 1962.
- Engl. *The State in the Middle Ages*, üb. v. H. F. Orton, Amsterdam, 1975.
- Monier, Raymond, *Les institutions centrales du comté de Flandre de la fin du neuvième siècle à 1384*, Paris, 1949.
- Monumenta Germaniae historica: auctores antiquissimi, constitutiones et acta publica*.
- Moore, R. I., *The Birth of Popular Heresy*, London, 1975.
- Morris, Colin, *The Discovery of the Individual, 1050—1200*, New York, 1972.
- Morrison, Karl F., *Tradition and Authority in the Western Church, 300—1140*, Princeton, N. J., 1969.
- Mortimer, Robert C., *Western Canon Law*, London, 1953.
- Mortreuil, J. A. B., *Histoire du droit Byzantin*, I, Paris, 1843.
- Mumford, Lewis, *The City in History: Its Origins, Its Transformations, and Its Prospects*, New York, 1961.
- Mundy, John H., und Riesenberg, Peter, *The Medieval Town*, New York, 1958.
- Munro, William Bennett, *The Government of American Cities*, New York, 1926.
- Munz, Peter, *Frederick Barbarossa: A Study in Medieval Politics*, London, 1969.
- Murray, K. M. E., *Constitutional History of the Cinque Ports*, Manchester, 1935.
- Natale, Alfio, *Milano medievale, da Attila ai Torriani*, Mailand, 1964.
- Neal, Daniel, *The History of the Puritans*, Newburyport, Mass., 1816.
- Needham, Joseph, *The Grand Titration: Science and Society in East and West*, London, 1969.
- Nelson, Benjamin, *On the Roads to Modernity: Conscience, Science and Civilizations*, Totowa, N. J., 1981.
- New Catholic Encyclopedia*, 1967.
- Nikäisches Glaubensbekenntnis: in H. Denzinger, *Enchiridion...*, Freiburg (Br.),³⁶ 1976, Nr. 54. S. auch J. Kelly.
- Nisbet, Robert A., *Social Change and History*, New York, 1969.
- *History of the Idea of Progress*, New York, 1980.
- Noonan, John, Jr., *The Scholastic Analysis of Usury*, Cambridge, Mass., 1957.
- Norton, A. O. (Hg.), *Readings in the History of Education*, New York, 1971.
- Novellae: s. Justinian.
- Oakley, Thomas P., *English Penitential Discipline and Anglo-Saxon Law in Their Joint Influence*, New York, 1923.
- Olivier-Martin, J. M., *Histoire du droit français des origines à la révolution*, Paris, 2. Aufl., 1951.
- Ornstein, Robert E., *The Psychology of Consciousness*, San Francisco, 1972.
- Otte, Gerhard, *Dialektik und Jurisprudenz*, Frankfurt (M.), 1971.

- Packard, Sidney R., *Twelfth-Century Europe: An Interpretive Essay*, Amherst, Mass., 1973.
- Palgrave, Sir Francis, *The Rise and Progress of the English Common-wealth*, London, 1832.
- Pamlenyi, E. (Hg.), *A History of Hungary*, Budapest, 1973.
- Paz, Octavio, "Reflections: Mexico and the United States", *The New Yorker*, 17.9.1979.
- Pelikan, Jaroslav, *The Christian Tradition*, Bd. 2: *The Spirit of Eastern Christendom, 600—1700*, Chicago, 1974.
- Perez, Juan Beneyto, *Manual de historia del derecho*, Madrid, 1960.
- Perrin, John W., "Azo, Roman Law, and Sovereign European States", *Studia Gratiana*, 15 (1972).
- Petit-Dutaillis, Charles, *Les communes françaises*, Paris, 1947.
- *La monarchie féodale en France et en Angleterre, X^e au XIII^e siècle*, Paris, 1933.
Engl. *The Feudal Monarchy in France and England from the Tenth to the Thirteenth Century*, üb. v. E. D. Hunt, London, 1936.
- Piltz, Georg, *Magdeburg: Stadt am Strom*, Dresden, 1954.
- Pirenne, Henri, *Geschichte Belgiens*, I, Gotha, 1899.
- *Medieval Cities: Their Origins and the Revival of Trade*, üb. v. Frank D. Halsey, Princeton, N. J., 1925.
- *Sozial- und Wirtschaftsgeschichte Europas im Mittelalter*, ub. v. M. Beck (Bern, 1946), München, 1982.
- Pitra, J. B., *Juris ecclesiastici Graecorum historia et monumenta*, I, Rom, 1864.
- Plöchl, Willibald M., *Geschichte des Kirchenrechts*, Wien, I, 1953, II, 1955.
- Plucknett, Theodore F. T., *A Concise History of the Common Law*, Boston, 5¹1956.
- Policraticus* (Joh. v. Salisbury): Hg. v. C. C. Webb, Oxford University Press, 1909.
Ioannis Saresberiensis opera omnia, Oxford, 1848, Nachdruck Leipzig, 1969.
Engl.: üb. v. John Dickinson: *The Statesman's Book of John of Salisbury, Being the Fourth, Fifth, and Sixth Books, and Selections from the Seventh and Eighth Books of the Policraticus*, New York, 1963.
- Pollock, Sir Frederick, und Maitland, Frederic William, *The History of English Law*, 2. Aufl., 1898, Wiederabdruck Cambridge, 1968.
- Poschmann, Bernhard, *Die abendländische Kirchenbuße im Ausgang des christlichen Mittelalters*, München, 1928.
- Engl. *Penance and the Anointing of the Sick*, üb. v. Francis Courtney S. J., New York, 1964.
- Post, Gaines, *Studies in Medieval Legal Thought: Public Law and the State, 1100—1322*, Princeton, N. J., 1964.
- Pound, Roscoe, *Jurisprudence*, St. Paul, Minn., 1959.
- Pounds, Norman J. G., *An Historical Geography of Europe, 450 B. C.—1330 A. D.*, Cambridge, 1973.
- Powell, James M., (Hg. u. Üb.), *The Liber Augustalis or Constitutions of Melfi Promulgated by the Emperor Frederick II for the Kingdom of Sicily in 1231*, Syracuse, N. Y., 1971.
- Prescott, Orville, *Lords of Italy: Portraits from the Middle Ages*, New York, 1972.
- Pringsheim, Fritz, "Beryt und Bologna", in *Festschrift für Otto Lenel*, überreicht von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg im Breisgau, Leipzig, 1923.
- Prosligion*: s. Anselm.
- Prou, Maurice, *Les coutumes de Lorris et leur propagation aux douzième et treizième siècles*, Lorris, 1884.
- Quasten, Johannes, *Patrology*, Westminster, Md., I, 1950, II, 1953.

- Rabinowitz, L., *The Social Life of the Jews in Northern France in the XII—XIV Centuries as Reflected in the Rabbinical Literature of the Period*, London, 1938.
- Randall, John Herman, Jr., *Aristotle*, New York, 1960.
- Ranke, Leopold von, *Deutsche Geschichte im Zeitalter der Reformation* (Leipzig, 1867), Phaidon, Wien, o. J.
- Ranulf, Svend, *Moral Indignation and Middle Class Psychology*, New York, 1964.
- Rashdall, Hastings, *The Universities of Europe in the Middle Ages*, Oxford, 1936.
- Reichard, Hans, *Die deutschen Stadtrechte des Mittelalters*, Berlin, 1930.
- Reiffenberg, Baron de (Hg.), *Chronique rimée de Philippe Mouskès*, II, Brüssel, 1838.
- Reinecke, Wilhelm, *Geschichte der Stadt Cambrai bis zur Erteilung der lex Godefridi (1227)*, Marburg, 1876.
- Renouard, Yves, *La papauté à Avignon*, Paris, 1954. Engl. *The Avignon Papacy, 1305—1403*, Hamden, Conn., 1970.
- Reynolds, Susan, *Kingdoms and Communities in Western Europe, 900—1300*, Oxford, 1984.
- Rheinstein, Max (Hg.), *Max Weber on Law in Economy and Society*, Cambridge, Mass., 1969.
- Richard, Jean, *The Latin Kingdom of Jerusalem*, Bd. A, New York, 1979.
- Richardson, Henry G., und Sayles, George O., *The Governance of Medieval England*, Edinburgh, 1963.
- *Law and Legislation from Ethelbert to Magna Charta*, Edinburgh, 1966.
- Rightmire, George W., *The Law of England at the Norman Conquest*, Columbus, Ohio, 1932.
- Robertson, Agnes J. (Hg.), *The Laws of the Kings of England from Edmund to Henry I*, Cambridge, 1925.
- Robertson, H. M., *Aspects of the Rise of Economic Individualism*, Cambridge, 1933.
- Rodes, Robert E., Jr., *Ecclesiastical Administration in Medieval England: the Anglo-Saxons to the Reformation*, Notre Dame, Ind., 1977.
- Rodinson, Maxime, *Marxisme et monde musulman*, Paris (u. Cambridge, Mass.), 1972.
- Rosenstock-Huussy, Eugen, *The Driving Power of Western Civilization: The Christian Revolution of the Middle Ages*, Vorw. v. Karl W. Deutsch, Boston, 1949.
- *The Christian Future*, New York, 1946. Dt. *Des Christen Zukunft*, neue Bearb., München, 1956.
- *Out of Revolution: The Autobiography of Western Man*, New York, 1938.
- *Die europäischen Revolutionen und der Charakter der Nationen*, 1931; Stuttgart, 2. Aufl., 1951, 3. erw. Aufl., 1960.
- *Soziologie*, II, Stuttgart, 1958.
- Rostow, W. W., *The Stages of Economic Growth*, Cambridge, Mass., 1960. Dt. *Stadien wirtschaftlicher Wachstums*, üb. v. E. Müller, Göttingen, 1960.
- Ruffini, Francesco, *L'actio spoli*, Turin, 1889.
- Russell, Frederick H., *The Just War in the Middle Ages*, Cambridge, 1975.
- Russell, Jeffrey B., *Religious Dissent in the Middle Ages*, New York, 1971.
- Russell, J. C., *Late Ancient and Medieval Population*, Transactions of the American Philosophical Society, Bd. 48, Teil 3, Philadelphia, 1958.
- Rütimeyer, Elisabeth, *Stadtherr und Stadtbürgerschaft in den rheinischen Bischofsstädten: Ihr Kampf um die Hoheitsrechte im Hochmittelalter*, Stuttgart, 1928.
- Sachsenspiegel*, von Eike von Repgow, Text u. hochdt. Übertragung. v. C. Schott, Zürich, 1984.
- Teilübertragung: *Sachsenspiegel V: Landrecht in hochdeutscher Übertragung*, von Karl August Eckhardt, Hannover, 1967.
- Savigny, Friedrich Carl von, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, Heidelberg, 2. Aufl., III, 1834.

- Schmidt, Günther, *Das würzburgische Herzogtum und die Grafen und Herren von Ostfranken vom 11. bis zum 17. Jahrhundert*, Quellen und Studien zur Verfassungsgeschichte des deutschen Reiches in Mittelalter und Neuzeit, Bd. 2, Weimar, 1913.
- Schnelbogl, Wolfgang, *Die innere Entwicklung der bayerischen Landfrieden des 13. Jahrhunderts*, Deutschrechtliche Beiträge, hg. v. Konrad Beyerle, Bd. 13, Teil 2, Heidelberg, 1932.
- Scholz, R., *Beiträge zur Geschichte der Hoheitsrechte des deutschen Königs zur Zeit der ersten Staufer, 1138—1197*, Leipziger Studien aus dem Gebiet der Geschichte, Bd. 2, Heft 4, 1896.
- Schoop, L. (Hg.), *The Fathers of the Church: A New Translation*, II, New York, 1953.
- Schröder, Richard, und v. Künssberg, Eberhard Freiherr, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, Berlin, 1932.
- Schroeder, H. J. (Hg. u. Üb.), *The Disciplinary Decrees of the General Councils*, St. Louis, 1937.
- Schulz, Fritz, "Bracton on Kingship", *English Historical Review*, 60 (1945).
- *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961. Engl. *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1948.
- *Prinzipien des römischen Rechts*, München u. Leipzig, 1934. Engl. *Principles of Roman Law*, Oxford, 1936.
- Scott, S. P. (Hg.), *The Civil Law*, 17 Bde., Cincinnati, Ohio, 1932.
- Sherman, Charles P., "A Brief History of Medieval Roman Canon Law", *Canadian Law Times*, 39 (1919).
- Simpson, A. W. B., "The Laws of Ethelbert", in M. S. Arnold, T. A. Green, S. A. Scully und S. D. White (hg.), *On Laws and Customs of England: Essays in Honor of Samuel E. Thorne*, Chapel Hill, N. C., 1981, 3—17.
- Size, George, "Thoughts on the Government of the Church in the Classical Period", 1978, Ms. im Besitz des Verf.
- Skinner, Quentin, *The Foundations of Modern Political Thought*, Bd. 2: *The Age of Reformation*, New York, 1978.
- Smalley, Berly, *The Becket Conflict and the Schools*, Oxford, 1973.
- *The Study of the Bible in the Middle Ages*, Notre Dame, Ind., 1978.
- (Hg.), *Trends in Medieval Political Thought*, Oxford, 1965.
- Sohm, Rudolph, *Das altkatholische Kirchenrecht und das Dekret Gratians*, Leipzig, 1914.
- "Fränkisches Recht und römisches Recht", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, Bd. 1 (1880).
- *Weltliches und geistliches Recht*, Sonderabdruck aus der Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Karl Binding, München und Leipzig, 1914.
- Söhngen, Gottlieb, *Grundfragen einer Rechtstheologie*, München, 1962.
- "Rectitudo bei Anselm von Canterbury als Oberbegriff von Wahrheit und Gerechtigkeit", in H. K. Kohlenberger (Hg.), *Sola ratione: Anselm-Studien für Pater Dr. h. c. F. S. Schmitt*, Stuttgart, 1970.
- Söllner, Alfred, "Die causa im Kondiktionen- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonikern", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, 77 (1960), 182—269.
- Sombart, Werner, *Der Bourgeois*, München, 1913.
- Sorbelli, Albano, *Storia della università di Bologna*, I: *Il medioevo: secc. XI—XV*, Bologna, 1944.
- Southern, R. W., *Saint Anselm and His Biographer*, St. Louis, 1960.
- "Aspects of the European Tradition of Historical Writing. 2.: Hugh of St. Victor and the Idea of Historical Development", *Transactions of the Royal Historical Society*, 5th ser., 21 (1971).
- *Western Society and the Church in the Middle Ages*, Harmondsworth, 1970.
- *Western Views of Islam in the Middle Ages*, Cambridge, Mass., 1978.

- Spindler, Max, *Die Anfänge des bayerischen Landesfürstentums*, Schriftenreihe zur bayerischen Landesgeschichte, Bd. 26, München, 1937. Neudr. Aalen, 1973.
- Sprinzak, Ehud, "Weber's Thesis as an Historical Explanation", *History and Theory*, II (1972), 294.
- Stein, Peter, *Legal Evolution*, New York, 1980.
- *Regulae Iuris: From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgh, 1966.
- Stelzmann, Arnold, *Illustrierte Geschichte der Stadt Köln*, Köln, 3. Aufl., 1962.
- Stengel, E. E., "Land- und lehnrechtliche Grundlagen des Reichsfürstenstandes", in ders., *Abhandlungen und Untersuchungen zur mittelalterlichen Geschichte*, Köln, 1960.
- Stenton, Doris M., *English Justice between the Norman Conquest and the Great Charter, 1066—1215*, Philadelphia, 1964.
- Stephenson, Carl, *Borough and Town: A Study of Urban Origins in England*, Cambridge, Mass., 1933.
- Stevenson, Francis S., *Robert Grosseteste, Bishop of Lincoln: A Contribution to the Religious, Political, and Intellectual History of the Thirteenth Century*, London, 1899.
- Strait, Paul, *Cologne in the Twelfth Century*, Gainesville, Fla., 1974.
- Strayer, Joseph R., *On the Medieval Origins of the Modern State*, Princeton, N. J., 1970.
- Stubbs, William (Hg.), *Select Charters and Other Illustrations of English Constitutional History from the Earliest Times to the Reign of Edward I*, Oxford, 1913, 9. rev. Aufl., 1951.
- Tardiff, Ernest-Joseph, *Coutumiers de Normandie*, 2 Bde., Rouen, 1881—1903.
- Tawney, R. H., *Religion and the Rise of Capitalism*, New York, 1926.
- Tellenbach, Gerd, *Libertas: Kirche und Weltordnung im Zeitalter des Investiturstreites*, Stuttgart, 1936.
- Engl. Church, State and Christian Society at the Time of the Investiture Contention, üb. v. R. F. Bennett, Oxford, 1959.
- Thomas v. Aquin, *Summa theologica*, vollst. lat. u. dt. Ausg., üb. von Dominikanern u. Benediktinern Deutschlands und Österreichs, hg. vom kath. Akademikerverband, später der Albertus-Magnus-Akademie Walberberg b. Köln, versch. Verlage und Orte, 36 Bde., 1934—1961. Engl. Ausg.: s. Considine.
- Thorne, Samuel E. (Hg. u. Üb.), *Bracton on the Laws and Customs of England*, I, IV, Cambridge, Mass., 1968, 1977.
- "English Feudalism: Estates in Land", *Cambridge Law Journal*, 17 (1959), 193—209.
- Tidner, Erik, *Sprachlicher Kommentar zur lateinischen Didascalia apostolorum*, Stockholm, 1938.
- Tierney, Brian, *The Crisis of Church and State, 1050—1300, with Selected Documents*, Englewood Cliffs, N. J., 1964.
- *The Foundations of the Conciliar Theory*, Cambridge, 1955.
- *Origins of Papal Infallibility, 1150—1350*, Leiden, 1972.
- *Religion, Law, and the Growth of Constitutional Thought, 1150—1650*, Cambridge, 1982.
- und Painter, Sidney, *Western Europe in the Middle Ages, 300—1475*, New York, 1978.
- Tigar, M. E., und Levy, M. R., *Law and the Rise of Capitalism*, New York, 1977.
- Toynbee, Arnold, *Lectures on the Industrial Revolution of the Eighteenth Century in England*, London, 1884.
- Troeltsch, Ernst, *Die sozialen Lehren der christlichen Kirchen und Gruppen*, Tübingen, 1912.
- Tucker, Robert C., "The Marxian Revolutionary Idea", in Carl Friedrich (Hg.), *Revolution*, Nomos, Nr. 8 (1966), 217—246.

- Ullmann, Walter, *The Growth of Papal Government*, London, 1955.
 — *Law and Politics in the Middle Ages*, London, 1975.
 — "The Pontificate of Adrian IV", *Cambridge Historical Journal*, 11 (1955).
 — "The Delictal Responsibility of Medieval Corporations", *Law Quarterly Review*, 64 (1948).
- Unger, Roberto M., *Knowledge and Politics*, New York, 1975.
 — *Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory*, New York, 1976.
- Valsecchi, Franco, *Le corporazioni nell'organismo politico del medio evo*, Mailand, 1931.
- Van Caenegem, R. C., *Royal Writs in England from the Conquest to Glanvill*, London, 1959.
- Van Cleve, Thomas C., *The Emperor Frederick II of Hohenstaufen: Immutator Mundi*, Oxford, 1972.
- Van Hove, Alfonso, *Prolegomena ad codicem iuris canonici*, Rom, 1945.
- Van Kleffens, E. N., *Hispanic Law until the End of the Middle Ages*, Edinburgh, 1968.
- Van Leeuwen, A. T., *Development Through Revolution*, New York, 1970.
- Vermeesch, Albert, *Essai sur les origines et la signification de la commune dans le nord de la France (onzième et douzième siècles)*, Heule (Belgien), 1966.
- Vernadsky, George, *Medieval Russian Laws*, New York, 1947.
- Viehweg, Theodor, *Topik und Jurisprudenz*, München, 1954.
- Vinogradoff, Paul, *Roman Law in Medieval Europe*, Oxford, 1929.
- Voltellini, Hans von, "Ein Beitrag zur Quellenkunde des Sachsenspiegel-Landrechts", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, germanistische Abteilung*, 71 (1938).
- Wallace-Hadrill, J. M., *Early Germanic Kingship in England and on the Continent*, Oxford, 1971.
- Waltershausen, G. F. Sartorius Freyherr von, *Urkundliche Geschichte des Ursprungs der deutschen Hanse*, hg. v. J. M. Lappenberg, II, Hamburg, 1830.
- Walzer, Michael, *Revolution of the Saints: A Study in the Origins of Radical Politics*, Cambridge, Mass., 1965.
- Warnkönig, Leopold A., *Flandrische Staats- und Rechtsgeschichte bis zum Jahr 1305*, I, Tübingen, 1835, Nachdr., Wiesbaden, 1967.
- Warren, W. L., *Henry II*, Berkeley und Los Angeles, 1973.
- Watkins, Calvert, "Studies in Indo-European Legal Language, Institutions, and Mythology", in George Cardona et al. (Hg.), *Indo-European and Indo-Europeans*, Philadelphia, 1970.
- Watt, John A., *The Theory of Papal Monarchy in the Thirteenth Century: The Contribution of the Canonists*, New York, 1965.
- Weber, Max, "Die protestantische Ethik und der Geits des Kapitalismus", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 20 und 21 (1904—1905).
 — Diskussionsbeitrag in: *Verhandlungen des I. deutschen Soziologentages in Frankfurt (M.)* 1910, Tübingen, 1911.
 — *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, Tübingen, 1920.
 — *Wirtschaft und Gesellschaft*, hg. v. J. Winckelmann, Tübingen, 5. Aufl., 1972.
- Weinrich, Lorenz (Hg. u. Üb.), *Quellen zur deutschen Verfassungs-, Wirtschafts-, und Sozialgeschichte bis 1250*, Ausgewählte Quellen zur deutschen Geschichte des Mittelalters, Bd. 32, Darmstadt, 1977.
- Werham, Peter, *York*, London, 1971.
- White, Lynn, *Medieval Technology and Social Change*, Oxford, 1961.
- White, Stephen D., "Pactum ... legem vincit et amor iudicium, The Settlement of Disputes by Compromise in Eleventh-Century Western France", *American Journal of Legal History*, 22 (1978).
- Wieacker, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967.

- Williams, George H., Anselm: *Communion and Atonement*, St. Louis, 1960.
— *The Norman Anonymus of 1100 A. D.*, Harvard Theological Studies, Nr. 18, Cambridge, Mass., 1951.
- Williams, Schafer (Hg.), *The Gregorian Epoch: Reformation, Revolution, Reaction?*, Lexington, Mass., 1964.
- Wittgenstein, Ludwig, *Über Gewißheit (On Certainty)*, hg. v. G. E. M. Anscombe und G. H. von Wright, Oxford, 1969 und Frankfurt (M.), 1970.
- Wohlhaupter, Eugen, *Hoch- und Niedergericht in der mittelalterlichen Gerichtsverfassung Bayerns*, Deutschrechtliche Beiträge, hg. v. Konrad Beyerle, Bd. 12, Teil 2, Heidelberg, 1929.
- *Studien zur Rechtsgeschichte des Gottes- und Landfriedens in Spanien*, Deutschrechtliche Beiträge, hg. v. Konrad Beyerle, Bd. 14, Heidelberg, 1933.
- Wolf, William J., *No Cross, No Crown: A study of the Atonement*, New York, 1957.
- Wolter, F. A., *Geschichte der Stadt Magdeburg von ihrem Urprung bis auf die Gegenwart*, Magdeburg, 3. Aufl., 1901.
- Wolter, Udo, *Ius canonicum in iure civili*, Köln, 1975.
- Woodward, B. B., *History of Winchester*, Winchester [etwa 1900].
- Wuestenfeld, F., *Die Übersetzungen arabischer Werke in das Lateinische seit dem XI. Jahrhundert*, Göttingen, 1877.
- Wyon, A. und B., *The Great Seals*, London, 1887.
- Zallinger, J. A., *Des canons et des collections canoniques de l'eglise grècque*, Paris, 1858.
- Zoepfl, Heinrich, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Stuttgart, 1858.

Именной указатель

- Абеляр, Пьер 41, 130, 135, 136, 143—145, 159, 174, 184, 186, 192, 267, 276, 554, 556, 557, 559, 560, 566, 568, 569, 581
- Августин Гиппонский, Св. 120, 174
- Августин Кентерберийский, Св. 23 43, 65, 114—116, 202, 275, 370, 543, 563, 565, 566, 573, 574, 582
- Адриан IV, папа 305, 571
- Азо 276—278, 371, 511
- Аккурсий 237
- Александр II, папа 101, 246
- Александр III, папа 187, 188, 199, 202, 214, 225, 579, 580
- Алкуин 98, 544
- Альберт Великий 560
- Альфонс II, король 480, 482
- Альфонс X, король 380
- Альфонс XI, король 481
- Альфонс, граф Тулузский 347
- Альфонс Ученый, король 481
- Альфред, король 21, 71, 72, 74, 75, 77, 357, 544
- Амвросий, епископ Милана 99, 362
- Анастасий, император 99, 267, 574
- Ангер, Роберто М. 54, 562, 563, 583, 584
- Андерсон, Пери 306, 307, 311, 520
- Андраш II, король 280, 482
- Ансельм Хафельбергский 117
- Ансельм, Св. 144, 173—181, 192, 194, 564—569
- Ансельм Луккский 198
- Аревало, Кармен 534
- Аристотель 126, 130, 137, 138, 140, 143, 144, 151, 153, 160, 200, 263, 266, 267, 273—275, 486, 557—558, 560, 581
- Аттила 362
- Балдуин I, граф Фландрский 482
- Балдуин V, граф Геннегаузский 434
- Бальд 238, 557
- Баро, Рудольф 600
- Банос, Петер 558
- Барракл, Джеффри 475
- Барт, Карл 174
- Бартол 238, 577
- Беда Достопочтенный 82, 357, 543
- Бекет, Томас 62, 95, 117, 247—251, 253, 258, 259, 409, 506, 580, 581
- Бела III, король 482
- Беннет Р.Ф. 549, 552
- Беренгар Турский 92, 564
- Беренгуэр I, граф 480
- Берк, Эдмунд 34, 55, 198, 572
- Бернар Клервоский, Св. 192, 193, 550, 561
- Блок, Марк 38, 56, 75, 282, 290, 295, 296, 550, 551, 554, 584, 585
- Блэкстон, Уильям 17, 258, 323, 525
- Бомануар, Филипп де 293, 295, 296, 301, 308, 443—448, 450, 451, 485, 511, 512, 596
- Бонифаций VIII, папа 555
- Боркенау, Франц 542

- Бозций 74, 143, 144, 560
 Брактон 11, 127, 279, 295, 328, 427, 429, 430, 450, 485, 511, 512, 534, 596
 Браун, Норман 42
 Браун, Петер 68, 95, 114, 115
 Браун, Томас 432, 551
 Брекспир, Николас 162
 Бринтон, Крэйн 539
 Брунер, Джером 546
 Бруно, архиепископ Кельнский 349
 Бурхард Вормсский 146, 148, 557, 571
 Бэкон, Роджер 559, 561
- Вакарий 130, 162
 Вальдемар II, король 483
 Василий Великий 80
 Вебер, Макс 28, 57, 142, 319, 374—376, 516, 521—529, 531, 537, 587, 592, 601
 Вентадорн, Бернарт де 109
 Вернадский, Георгий 283
 Вергилий 267
 Вильгельм Завоеватель 98, 162, 246, 286, 358, 407, 408, 412, 413, 418, 552
 Вильгельм Оранский 538
 Вильгельм I, король 398, 408, 413, 419, 471
 Вильгельм II, король 389, 399, 401, 408, 409, 471, 585
 Вихманн, архиепископ Магдебурга 353
- Гай 141, 235
 Гайлей 257
 Гвискар, Роберт 383—385, 387, 407, 408, 561
 Гегель Г.В.Ф. 516, 556
 Геласий I, папа 99, 267, 502, 554
 Гейла, Мэтью 156
 Генрих I, король 83, 105, 112, 246, 247, 249, 347, 358, 409, 422, 431, 506, 591
 Генрих II, король 117, 247—249, 251, 254, 258, 264, 271, 295, 306, 380, 409, 410—433, 435, 436, 457, 483, 512, 580, 581, 588, 591, 595
 Генрих III, император 101, 324, 408, 409, 512, 551
 Генрих IV, император 95, 96, 101, 103, 104, 111, 117, 249, 294, 357, 363, 385, 551, 582
 Генрих V, герцог Швабский 104, 455
 Генрих VII, король 598
 Генрих VIII, король 254
 Генрих Лев, герцог 352, 456, 459, 476
 Гете, Иоганн Вольфганг фон 23
 Гилкрист, Джон 241
 Гилсон, Этьен 566
 Гильдебранд 95, 101, 103, 202, 554
 Гирке, Отто 211, 213, 214, 576, 577
- Глакман, Макс 84
 Глэнвилл 227, 291, 295, 411, 419, 428—430, 432, 451, 485, 511, 534, 596
 Гоббс, Томас 156, 265, 540
 Гогенштауфен 454
 Гольдшмидт, Левин 332, 588, 589
 Гонорий, папа 593
 Гордли, Джеймс 70, 237, 541
 Грациан 12, 146—150, 185, 192, 197, 198, 199, 202, 209, 214, 219, 220, 222, 232, 233, 235, 236, 240, 247, 249, 267, 276, 279, 426, 429, 511, 529, 538, 551, 557, 558, 559, 560, 563, 568, 569, 571, 572, 574, 582, 585
 Григорий VII, папа 9, 35, 37, 39, 62, 65, 95, 101—105, 109, 111, 113, 115—118, 124, 130, 172, 197, 198, 201, 202, 246, 249, 342, 363, 379, 385, 408, 409, 411, 455, 462, 482, 501, 511, 549—550, 551, 552, 553, 555, 575, 580, 582, 586
 Григорий IX, папа 199, 572, 579, 588
 Григорий Великий, папа 543, 585
 Григорий Нисский 120
 Гримм, Якоб 69
 Гринзуй, Джордж 250, 251
 Гроссетет, Роберт 559
 Гроций 568
 Гугуччио 12, 198, 572, 574, 576
 Гус, Ян 40, 529
- Даймонд А.С. 88, 89, 542, 546—547
 Дамиани, Петр 101, 552, 554
 Данте, Алигьери 170
 Деусдедит, кардинал 198
 Джефферсон 46
 Джоллифф, Дж. И.Э. 429, 430
 Джонсон 539
 Джоселин 250
 Джулиани, Алессандро 156
 Дикинсон, Джон 265, 266
 Доусон, Кристофер 77, 542, 544
 Доусон, Джон П. 132, 136, 422, 440, 507, 512, 596, 597
 Дюби, Жорж 283, 584
 Дюркгейм 592
- Евгений III, папа 256
 Евклид 386
- Жоффруа, граф Анжуйский 410, 414, 419
- Захарий I, папа 582
 Зом, Рудольф 44, 78, 197, 525, 571, 572
 Зиммель 592

Ивон, епископ Шартрский 124, 246, 148,
198, 511, 557
Иероним, Св. 202, 574
Иннокентий II, папа 192, 569, 593
Иннокентий III, папа 199, 236, 253, 574
Иннокентий IV, папа 209, 400, 576, 577
Иоанн Безземельный, король 253, 299,
358, 433, 591
Иоанн XXII, папа 572
Иоанн XXIII, папа 550, 572
Иоанн Солсберийский 116, 162, 264—275,
381, 507, 512, 554, 581, 582, 583
Иоахим Фиорский 117
Ирнерий 124, 127, 130, 146, 267, 277,
511, 555
Исидор Севильский, Св. 571

Калассо, Франческо 365
Кальвин, Жан 40, 319, 540, 568
Кантор, Норман 539
Канторович, Герман 151, 558
Капет, Гуго, король 433
Каппелетти, Маоро 242
Карл Анжуйский 387
Карл Великий 21, 71, 76, 77, 83, 85, 96,
98, 200, 291, 292, 362, 380, 453, 541,
544, 545, 554, 567, 571, 573
Кейс, Томас 539
Кеннеди, Джон Ф. 538
Кеннеди, Дункан 562
Кеплер, Йоханнес 157
Керн, Фриц 79, 87, 546
Киприан, Св. 117
Климент V, папа 572
Кнуд II, король 483
Коинг, Гельмут 555, 557
Койре, Александр 157
Кока, Эдвард 156
Коломан, король 482
Колумбан, Св. 82, 546
Кон, Норман 41—43
Конт 516
Конгар, Ив 549, 550, 566
Конрад, герцог Церингенский 352
Конрад II, император 286, 292, 362, 573
Константин I, император 55, 96, 167, 362,
453, 543, 561, 563
Кошакер, Пауль 573
Кромвель, Оливер 32, 55, 249
Кук, Эдуард 266
Куланж, Фюстель де 375, 592
Куммеан 545, 546
Кун, Томас 38
Кункель, Вольфганг 540
Куттнер, Стефан 186, 188, 197, 571, 573

Ладислас, король 472

Ладнер, Берхардт 268
Ланфранк 162, 172—174, 408, 564
Ле Бра, Габриэль 105, 148, 207, 572
Лев III, папа 98, 563, 567, 571
Лев IX, папа 101, 383, 549, 552
Леви-Стросс, Клод 68, 72, 542
Лейбниц Г.В. 157, 557
Лейзер К.Дж. 116
Ленин В.И. 49
Лилберн, Джон 46, 540
Ллойд, Деннис 89, 547
Лойн Г.Р. 71, 72, 545
Локк, Джон 265, 540
Лопес, Роберт С. 331, 332, 338, 589
Лосский, Владимир 565, 566
Лотарь, герцог Саксонский 455
Лотарь II, император 294
Луллий, Раймунд 561
Льсенко Е.М. 550, 584
Лю, Ю.К. 548
Людювик V 433
Людювик VI 344—346, 433, 435, 590
Людювик VII 433—435
Людювик IX 380, 436, 438, 439, 441, 444
Людювик X 313
Людювик XIV 441
Лютер, Мартин 31, 32, 35, 37, 193, 319,
564, 568

Маймонида, Моисей 559
Макиавелли, Никколо 44, 263
Маклиш, Арчибальд 15, 534
Макнейл, Джон Т. 545
Малинес, Джерард 323
Манегольд Лаутенбахский 583
Манфред 387
Мап, Вальтер 410, 411, 554
Маркс, Карл 42, 44, 57, 111, 282, 376,
516—518, 521—523, 526—529, 531—
533
Марселий Падуанский 263
Мартини, Раймунд 561
Матильда, графиня 130, 410
Мейтленд Ф.У. 24, 34, 52, 61, 62, 69, 78,
118, 124, 223, 224, 249, 250, 252, 293,
430, 574, 596
Мильтон 540
Миттайс, Генрих 380, 381, 390, 435, 453,
454, 456, 457, 475, 600
Митчелл, Уильям 323, 583
Мишле, Жюль 55
Монтескье 516
Моррис Г. 564
Мортимер, Роберт К. 82
Мосс, Марсель 68
Муниц, Петер 462
Мэн, Сэр Генри 88, 443, 546—547, 548

Нидэм, Джозеф 559
Николай I, папа 100
Николай II, папа 100, 101, 202, 383, 407,
511, 552, 575
Нисбет Р. 537
Ницше, Фридрих 19, 33, 42
Ноулз, Дэвид 161, 162, 552, 555
Нунан, Джон 240
Ньютои, Исаак 157

Овидий 267
Одилон, аббат Клуни 169
Одофред 555, 556
Орто, Умберто Д. 294, 295
Остин Д. 584
Отевиль, Танкред де 383
Оттон II, император 573
Оттон III, император 349
Оттон IV, император 433
Оттон Фрейзингенский 117, 462

Павел, Св. 141, 167, 319
Паккард, Сидней Р. 551
Пасхалий II, папа 111, 592, 597
Пас, Октавио 8, 533
Паулин 543
Паунд, Роско 47, 52
Пауэлл, Джеймс М. 399
Пеликан, Ярослав 565
Пенн, Уильям 46, 540
Пепо 555

Перрин, Джон 277
Петр Ломбардский 174, 184, 276, 561,
565
Петр Преподобный 63, 81, 172
Пий X, папа 572
Пиренн, Анри 108, 315, 318, 337, 338,
352, 586

Плакнетт, Теодор Ф.Т. 534, 580, 594
Платон 126, 130, 136, 137, 138, 144, 145,
151, 154, 157, 263, 267, 565, 566
Плехль, Виллибанд М. 576
Плутарх 273
Поликарп из Смирны 120
Поллок, Сэр Фредерик 61
Прескотт, Орвил 593
Прудон 44

Рабинович Л. 561
Ранке, Леопольд фон 14, 33, 564
Рейнштейн, Макс 537, 538
Рекесвинт, король 480
Репгау, Эйке фон 13, 295, 472, 511—512
Ричард I, король 383, 428, 433, 434, 512,
591
Роберт II, граф Фландрский 435, 481
Роудс, Роберт 573

Рожер I (Великий граф) 384, 385, 390,
407, 408, 435
Рожер II, король 264, 380, 386, 388—392,
394—399, 412, 414, 415, 433, 434, 457,
466, 468, 471, 512, 593
Розеншток-Хюсси, Ойген 8, 36, 42, 169,
534, 539, 549, 555, 564
Ролло, герцог Нормандский 407
Ростоу У. 520
Ротари 66, 541
Руссо Ж.Ж. 46

Савиньи, Фридрих Карл фон 198, 523,
572
Сазерн Р.У. 108, 553, 561
Сайз, Джордж 534
Сен-Симон, Анри де 516
Скиннер, Квентин 578, 582
Смолли, Берилл 560
Сократ 136
Софокл 90
Стайн П. 140, 141, 572
Стентон, Дорис М. 84
Стефан, король 247, 249, 408, 412, 428,
506, 552
Стивенсон, Карл 346, 352, 356, 357,
559, 590
Стрейер, Джозеф 39, 378, 416, 417, 551
Суже, аббат 435
Сцевола К. Муций 139, 140

Такер, Роберт К. 516
Тертуллиан 249
Тирни, Брайан 209, 552, 574, 575, 576,
577
Тацит 61
Теодорих 362
Токвиль, Алексис де 217, 516
Тони Р.Г. 319, 534
Тралесский, Александр 546

Уайт, Линн 553
Уайт, Стивен де 84
Удалл, Уолтер 46, 540
Уиклиф, Джон Г. 40, 529
Уильямс Г. 564
Уллман, Уолтер 549, 551
Ульпиан 131, 234, 235
Уоллес-Хедрилл, Дж. М. 85, 543
Уолтер, Хуберт 250, 416, 428
Уоррен У.Л. 250, 580
Уоткинс, Кельверт 542
Урбан II, папа 110, 170, 384, 553, 564
Урбан IV, папа 387

Фавентий, Иоанн 233
Феодосий, император 99

Фердинанд III, король 380, 481
Ферран, граф Фландрский 433
Филипп II Август, король 264, 295, 344,
380, 389, 432—439, 444, 457, 481
Филипп II, граф Фландрский 264, 348,
380, 433, 481
Филипп Длинный, король 313, 556
Флэкиф Дж.Б. 256
Фома Аквинский 162, 181, 238, 252, 266,
267, 274, 438, 558, 560, 561, 564
Фридрих I Барбаросса, император 264,
294, 295, 352, 363, 386, 397, 434, 435,
448, 456—462, 464—467, 471, 473, 475,
476, 486, 573, 574, 595, 598
Фридрих II, император 386, 389, 394,
397, 398, 406, 466, 468, 470, 475, 512,
553, 573, 593, 598
Фридрих III, император 573
Фридрих, Карл 138
Фуллер, Лон Л. 22

Хайме I, король 480
Хаскинс, Чарльз 431, 432, 555
Хеер, Фридрих 291, 294
Херлихи, Дэвид 295
Хилл, Кристофер 56
Хилтон, Родни 306, 309, 519, 531
Хлодвиг, король 65
Холмс Уэнделл, Оливер. мл. 17, 568
Хофманн, Макс 384
Хэмпден, Джон 46, 540

Цезарь, Юлий 21

Цертулиан Карфагенский 117, 120
Цицерон 130, 142, 267

Чезлер, Роберт 534, 561
Чейни, Уильям 544
Чодороу, Стэнли 558, 572

Шарден, Тейяр де 15
Шеню М.Д. 553—554
Шерман Г.П. 573
Шульц, Фриц 558

Эврих 541
Эдвардс, Джонатан 568
Эдгар, король 77
Эдуард Исповедник, король 407
Элеонора Аквитанская 410, 433
Элиот Т.С. 248
Энгельс, Фридрих 518
Эразм 20, 564, 571
Эрдман, Карл 553, 592
Этельберт 65, 66, 75, 541, 543
Этельред 77, 83, 84

Юстиниан, император 10, 11, 21, 26, 123,
125—127, 131, 132, 135, 136, 141—143,
148, 151, 152, 154, 163, 168, 189, 199,
200, 210, 213, 234, 235, 236, 237, 266,
267, 276, 294, 320, 321, 332, 399, 442,
460, 504, 556, 557, 558, 561, 563, 570,
573, 574, 593, 598

Яков II, король 538

Научное издание

Берман Гарольд Дж.

**ЗАПАДНАЯ ТРАДИЦИЯ ПРАВА:
ЭПОХА ФОРМИРОВАНИЯ**

Зав. редакцией

Н.А. Рябикина

Редакторы

Е.А. Журко, З.В. Исаева

Художественный редактор

Л.В. Мухина

Оформление

В.С. Казакова

Технический редактор

З.С. Кондрашова

Дизайнер на компьютере

Н.А. Бойкова

Корректоры

Н.И. Коновалова, Т.С. Милякова,

Л.С. Клочкова

Изд. лиц. № 040414 от 18.04.97

Подписано в печать 8.10.97. Формат 60 × 90 1/16.

Бумага офс. № 1. Офсетная печать.

Усл. печ. л. 39,0. Уч.-изд. л. 43,69. Тираж 3000 экз.

Заказ № 499. Изд. № 5940.

Ордена «Знак Почета» издательство Московского университета.
103009, Москва, ул. Б. Никитская, 5/7.

Отпечатано в Производственно-издательском комбинате ВИНТИ
140010, Люберцы, Октябрьский пр. 403.

Тел. 554-21-86