

dbl. do.

~~P. 89. 137~~

DB-33

П. Г. Виноградовъ.

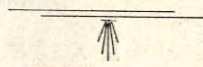
ПРОФЕССОРЪ ОКСФОРДСКАГО И МОСКОВСКАГО УНИВЕРСИТЕТОВЪ

220226

№. 1980.

РИМСКОЕ ПРАВО ВЪ СРЕДНЕВѢКОВОЙ ЕВРОПѢ.

84048.



АУМ 88

МОСКВА.

Издание А. А. Карцева.

1910.



265066

BIBLIOTEKA UNIWERSYTECKA
im. Jerzego Giedroycia w Białymstoku



FUW0136590



МОСКВА.

Т—во „Печатня С. П. Яковлева“, Петровка, Салтык. пер., д. Т—ва, № 9.

1910.

2
1946

Ф/267/020

Предлагаемая вниманию читателей книжка составилась изъ лекцій, читанныхъ по приглашенію Лондонскаго университета въ 1909 году. Я не имѣлъ въ виду прослѣдить исторію римскаго права въ средніе вѣка во всеѣхъ ея проявленіяхъ: цѣль была характеризовать главныя эпохи такъ называемой „рецепціи“ въ Западной Европѣ. При лекціонномъ изложеніи нельзя было вдаваться въ обстоятельныя толкованія отдѣльныхъ мѣстъ или осложнять текстъ многочисленными примѣчаніями. Въ началѣ каждой главы я указалъ лишь тѣ сочиненія по предмету, которыми пользовался. Въ концѣ книжки, однако, приведено нѣсколько текстовъ для того, чтобы иллюстрировать ими нѣкоторыя важнѣйшія положенія и дать образцы литературной манеры источниковъ. Считаю долгомъ выразить благодарность декану и каноникамъ Соборнаго Капитула въ Урстерѣ (Worcester) за разрѣшеніе пользоваться принадлежащей имъ рукописью „Книги для бѣдныхъ студентовъ“ Вакарія. Профессору А. Э. Вормсу я искренно благодаренъ за многія полезныя указанія при составленіи русскаго текста моей книжки.

Августъ 1910.

П. Виноградовъ.

Римское право въ средневѣковой Европѣ.

Л Е К Ц И Я I.

Упадокъ римскаго права.

Главные пособия: Mommsen, Ostgothische Studien в *Neues Archiv für ältere deutsche Geschichtskunde*, XIV; *Notitia dignitatum* изд. Seeck, 1876; *Codex Theodosianus*, ed. Mommsen u. Krüger, 1905; *Lex Romana Visigothorum*, ed. Haenel 1838; *Conrat* (Cohn), *Das Breviarium Alaricianum*, 1903; *Conrat* (Cohn), *Der westgothische Gaius*; *der westgothische Paulus*, *Verhandl. der Kön. Acad. in Amsterdam N. R.* VI, 4; и VIII, 4, *Lex Romana Curiensis*, ed. Zeumer в *Monumenta Germaniae Hist., Leges*, V; H. Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte* 1906 I² (особ. §§ 35 и 52); Savigny, *Gesch. des röm. Rechts im Mittelalter*, I, II; K. Neumeier, *Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat- und Strafrechts bis Bartolus*, I, 1901; A. von Halban, *Das römische Recht in der germanischen Volksstaaten*, I, II, III; 1899—1907; J. Ficker, *Untersuchungen zur Erbenfolge der ostgermanischen Rechte*, I—V, 1891—1902; *Leges Visigothorum*, ed. Zeumer в *Monumente Germ. Hist., Leges*; *Leges Langobardorum*, ed. Bluhme, *ibid.*; *Formulae regni Francorum*, ed. Zeumer, *ibid.*; H. Brunner, *Zur Rechtsgesch. der römisch-germanischen Urkunde*, 1906; *Fustel de Coulanges*, *Histoire des institutions de la France*, особ. *Les origines du Système féodal*, 1890; P. Vinogradoff, *Romanistische Einflüsse im Angelsächsischen Recht: das Buchland* в „*Mélanges*“ *Fitting*, II 1908; H. Fitting, *Die juristischen Schriften des früh. Mittelalters*, 1876; M. Conrat, *Geschichte der Quellen u. Littera-*

tur des röm. Rechts im früheren Mittelalter, 1891; J. Flach, Etudes d'histoire du droit Romain, 1893; Isidori Hispalensis Etymologiae sive Origines въ Corpus grammaticorum latinorum veterum, ed. Lindemann, III, 1833, Lex Romana Canonice Compta, ed. Conrat, въ Transactions of Amsterdam Academy 1904.

На всемъ протяженіи исторіи нѣтъ болѣе значительной и трудной проблемы, чѣмъ вопросъ о судьбахъ римскаго права послѣ разрушенія римской имперіи. Какъ могло случиться, что правовая система, сложившаяся въ связи съ извѣстными историческими условіями, не только пережила эти условія, но сохранила свою жизненность вплоть до настоящаго дня, когда политическая и социальная обстановка совершенно измѣнились? Почему все еще считается необходимымъ для начинающаго юриста читать учебники, написанные для римскихъ студентовъ, жившихъ болѣе полутора тысячъ лѣтъ тому назадъ? Чѣмъ объяснить существованіе такихъ смѣшанныхъ формъ, какъ римско-голландское право или какъ недавно отмѣненное современное римское право Германіи? Какъ случилось, что нѣмцы, вмѣсто того, чтобы выработать правовую систему, соотвѣтствующую ихъ національному прошлому и отвѣчающую потребностямъ ихъ собственной страны, порвали съ своей исторической юриспруденціей, чтобы подчиниться игу давнихъ доктринъ чужой имперіи?

Несомнѣнно, эти и подобнаго рода вопросы заслуживаютъ вниманія юристовъ, историковъ и всѣхъ занимающихся общественными науками. Я не берусь исчерпать всѣхъ относящихся сюда вопросовъ, но попытаюсь представить очеркъ основныхъ явленій романизации права въ главнѣйшихъ странахъ Зап. Европы въ средніе вѣка. Главнымъ образомъ въ это время совершался знаменательный процессъ, обозначаемый нѣмецкими учеными довольно подходящимъ терминомъ рецепціи римскаго права.

Намъ придется имѣть дѣло съ законами и юридическими трактатами, съ догматикой и казуистикой права—съ темами, лишенными романтической привлекательности. Но борьба социальныхъ силъ и связанное съ ней измѣненіе человѣче-

скихъ понятій представляетъ, думается мнѣ, своеобразный интересъ. Здѣсь уместно вспомнить слова одного изъ авторитетовъ современной исторической науки: „Исторію учрежденій нельзя изучать, и едва ли даже можно приступить къ ней безъ нѣкотораго усилія. Въ ней мало романическаго интереса или живописной группировки, составляющихъ привлекательность исторіи вообще, и потому она не очень заманчива для ума, который нуждается во внѣшнихъ побужденіяхъ для того, чтобы изучать истину. Но эта исторія имѣетъ свою глубокую цѣнность и постоянный интересъ для того, кто отважился работать надъ нею“*). Мы можемъ назвать этотъ интересъ научнымъ, потому что, при всемъ различіи методовъ социальныхъ и естественныхъ наукъ, цѣли ихъ по существу тождественны. И тѣ и другія стремятся выяснитъ причины явленій съ цѣлью проторить путь для опредѣленія законовъ развитія.

1. Исторію, которую я собираюсь излагать, можно, пожалуй, назвать исторіей призрака.

Она трактуетъ о вторичной жизни римскаго права послѣ того какъ разрушилось тѣло, въ которомъ оно впервые увидѣло свѣтъ. Я долженъ предположить общее знакомство съ обстоятельствами, при которыхъ возникла и выросла эта удивительная догматическая система.

Мое изложеніе начинается съ эпохи упадка, въ теченіе которой Зап. Европа изнемогала въ послѣдней борьбѣ съ одолѣвавшими ее варварскими ордами. То было время, когда рождались новые языки и націи Зап. Европы, когда проникались латинской культурой народы, жившіе въ границахъ, установленныхъ Августомъ, Траяномъ и Септиміемъ Северомъ, и элементы романской и тевтонской Европы мало по малу начинали принимать опредѣленный обликъ. Этотъ періодъ можно изучать съ двухъ противоположныхъ точекъ зрѣнія: онъ характеризуется романизацией провинцій и варваризацией Рима. Лампридій въ своей биографіи Александра Севера усиленно подчеркиваетъ это обстоятельство, говоря, что римскій міръ былъ наводненъ нежелательными пришельцами. Не-

*) Stubbs, Constitutional history of England, вступление.

удивительно, что при таких условіях уровень культуры быстро падалъ, въ то самое время какъ область римскаго вліянія росла. Мы какъ будто наблюдаемъ могучій потокъ, вливающейся въ обширную дельту: его русло мельчаетъ, его теченіе становится медленнымъ и окраска мутнѣетъ отъ песка, который онъ несетъ съ собою. Послѣдовательное преобразование племенного состава особенно ярко обнаруживается въ организаціи войска. Національные легіоны Италіи и Галліи замѣняются иллирійцами, еракійцами, готами и франками, и только благодаря приливу этихъ новобранцевъ императоры 4-го и 5-го столѣтій способны были отдалить на нѣкоторое время грозящую катастрофу. Измѣненіе расоваго состава арміи пошло такъ далеко, что выраженіе варваръ (*barbarus*) стало обозначать солдата. Какъ *raganus* превращается въ „язычника“, вмѣсто того чтобы обозначать деревенское населеніе, такъ слово „варваръ“ употребляется для обозначенія военнаго.

Чужеземцы были не просто отдѣльными рекрутами. Они селились въ провинціяхъ цѣлыми отрядами, и ихъ поселенія были организованы какъ отдѣльные административные округа. Оффиціальній календарь имперіи (*Notitia dignitatum*) упоминаетъ „летовъ“ (*laeti*) въ Галліи; мы слышимъ о сарматскихъ и свевскихъ „*gentiles*“ въ Италіи. Цѣлые народы: бургунды, вестготы, остготы, франки—были допущены въ качествѣ союзниковъ (*foederati*) въ предѣлы имперіи и расквартированы по провинціямъ, при чемъ они дѣлались фактически хозяевами одной трети, а иногда даже и двухъ третей земли. Въ связи съ этимъ наплывомъ чужихъ поселенцевъ въ западныя провинціи въ области права происходятъ любопытныя видоизмѣненія. Имперія была вынуждена признать до нѣкоторой степени правовые обычаи различныхъ племенъ, вошедшихъ въ ея составъ, и мы не замѣчаемъ попытокъ замѣнить эти обычаи цивилизованнымъ правомъ римлянъ.

Въ доказательство этого вторженія варварскихъ обычаевъ въ право имперіи можно привести слова епископа Теодорита (середины V ст.). Указавъ на единство администраціи и права, достигнутое имперіей, онъ заканчиваетъ рассказъ замѣчаніемъ,

что эфіопскимъ, кавказскимъ и большинству другихъ варварскихъ племенъ было предоставлено вступать въ сдѣлки другъ съ другомъ на основаніи ихъ собственныхъ правовыхъ обычаевъ. Это ставитъ на очередь вопросъ, получившіи въ послѣдствіи великую практическую важность, именно, чѣмъ слѣдуетъ руководствоваться при сношеніяхъ между собою членовъ различныхъ племенъ. Высшій авторитетъ имперскихъ судовъ и римскаго права, съ ихъ строгимъ, не терпящимъ компромиссовъ характеромъ, собственно говоря, не допускалъ подобныхъ различій въ правѣ; но такъ какъ чуждые правовые обычаи допускались въ предѣлахъ имперіи, то въ послѣднія столѣтія ея существованія устанавливается принципъ, что каждый отвѣтствененъ прежде всего по своему личному праву (*Personalrecht*).

2. Вторымъ слѣдствіемъ этого положенія было то обстоятельство, что даже въ тѣхъ провинціяхъ, гдѣ римское право признавалось и дѣйствовало, оно подвергалось искаженію. Правда, многіе изъ характерныхъ институтовъ римской юридической древности остаются въ силѣ, но они уже не стоятъ болѣе на уровнѣ высокой юридической культуры. Въ концѣ V и началѣ VI вв. появляются три капитальныя записи варваризованнаго римскаго права: эдикты остготскихъ королей, *Lex Romana Burgundionum* и римскій законъ вестготовъ (*Breviarium Alaricianum*), составленный въ 506 г. по приказанію короля Алариха II.

Изъ нихъ наибольшимъ распространеніемъ пользовалась послѣдняя запись. Въ то время какъ эдикты остготскихъ королей утратили всякое значеніе послѣ разрушенія ихъ королевства византіяцами, а законъ римлянъ въ Бургундіи оставался чисто мѣстнымъ, вестготская компиляція сдѣлалась для Зап. Европы главнымъ источникомъ римскаго права въ теченіе первой половины среднихъ вѣковъ.

Breviarium Alaricianum былъ болѣе или менѣе полнымъ кодексомъ для римскаго населенія Франціи и Испаніи. Онъ заслуживаетъ особеннаго разсмотрѣнія, какъ образецъ того состоянія, въ которомъ находилось римское право въ началѣ VI вѣка.

Онъ еще свидѣтельствуеъ о значительномъ знаніи и опытности. Его латынь довольно чиста; цѣлью его является довольно резонная попытка собрать законы поздней Имперіи въ умѣренное по объему руководство.

Текстъ Бревіарія сопровождается толкованіемъ (*interpretatio*), составленнымъ или незадолго передъ самой кодификаціей Алариха, или же одновременно съ нею; эта интерпретація имѣетъ задачей сдѣлать смыслъ законовъ возможно болѣе простымъ и яснымъ.

Неудивительно, что Бревіарій занялъ господствующее положение въ западно-европейскихъ странахъ. *Corpus juris* Юстиніана, содержащій основной матеріалъ римскаго права для всѣхъ послѣдующихъ вѣковъ, не исключая и нашего, былъ принятъ или даже только извѣстенъ лишь на Востокѣ да кромѣ того въ тѣхъ частяхъ Италіи, которыя были отвоеваны полководцами Юстиніана. Остальныя западныя провинціи придерживались традицій предшествовавшаго періода, достигшихъ своего окончательнаго завершенія въ кодексѣ Θεодосіа (437 г.). Въ V вѣкѣ юристамъ приходилось принимать въ расчетъ законодательные акты Константина и его преемниковъ вплоть до 437 г., фрагменты болѣе ранняго законодательства, сгруппированнаго въ частныхъ собраніяхъ Григорія и Гермогена, новеллы императоровъ V-го ст. и обширный тяжеловѣсный матеріалъ юриспруденціи въ видѣ юридическихъ мнѣній и трактатовъ первыхъ трехъ столѣтій нашей эры. Даже послѣ окончанія кодификаціонной работы Θεодосіевой комиссіей пессимистическія замѣчанія самого Θεодосіа II о состояніи права въ его время остаются въ значительной степени вѣрными. Одной изъ главныхъ причинъ „блѣдности лицъ послѣ ночного изученія римскаго права“, говоритъ онъ, несомнѣнно является „огромное количество ученыхъ трактатовъ, разнообразіе мнѣній о дѣйствительности тѣхъ или иныхъ видовъ исковъ, трудность юридическихъ казусовъ и необъятная груда императорскихъ постановленій, которыя встаютъ какъ непроницаемая стѣна тумана передъ всѣми попытками человѣческой мысли овладѣть ими“.

Немалой заслугой была попытка „варварскаго“ вестготскаго короля, задумавшаго въ 506 году сдѣлать для под-

властнаго ему римскаго населенія то, что лишь 30-ю годами позднѣе, располагая несравненно большими средствами, сдѣлалъ для восточной Имперіи Юстиніанъ.

3. Сравненіе съ Юстиніановой кодификаціей поучительно и въ другихъ отношеніяхъ. Обѣ онѣ распадаются на тѣ же три основныхъ подраздѣленія: институціи, общее право (*jus*) и законоположенія (*leges*). Первая часть заключаетъ въ себѣ вводное обзорѣніе для начинающихъ, вторая—правовыя доктрины, формулированныя авторитетами юриспруденціи, и третья—указы послѣднихъ императоровъ. Каждый изъ этихъ отдѣловъ представленъ въ Бревіаріи. Въ параллель къ институціямъ Юстиніана Бревіарій открывается извлеченіемъ изъ институцій Гая. Самый выборъ этого авторитета очень удаченъ, но Гая пришлось переработать, и въ рукахъ комиссіи Алариха вводный трактатъ послужилъ чисто практическимъ, а не ученымъ цѣлямъ.

Поэтому были исключены изъ текста всѣ замѣтки антикварнаго характера, напр., о раздѣленіи свободнорожденныхъ гражданъ на квиритовъ, латиновъ и дедитиціевъ, хотя соотвѣтствующія различія относительно вольноотпущенныхъ и были сохранены въ немъ. Мѣста, содержащія контroversы, также были выпущены, и весь текстъ переработанъ въ цѣляхъ большей простоты и ясности. Въ процессѣ этого упрощенія были опущены и нѣкоторыя важныя части институцій, напр., ученіе объ источникахъ права, о противоположности системъ *jus civile* и *jus gentium* и весь трактатъ Гая объ искахъ. Такимъ образомъ, вестготская версія Гая представляетъ полный контрастъ съ текстомъ, употреблявшимся въ грамматическихъ школахъ Имперіи въ V-мъ вѣкѣ, образецъ котораго сохранился въ Отѣнскомъ (*Autun*) манускриптѣ Гая.

Это суженіе интеллектуальнаго горизонта еще болѣе бросается въ глаза во второмъ раздѣлѣ, въ части посвященной *jus*—доктринамъ общаго права, какъ говоримъ мы теперь. Въ Юстиніановомъ корпусѣ она представляетъ огромное собраніе извлеченій изъ великихъ юристовъ I, II и III столѣтій, извѣстное подъ именемъ Дигестъ. Варвары еще менѣе, чѣмъ римскіе граждане VI столѣтія, были способны

вынести тяжесть этой „массы премудрости“ (ad portandum tantae sapientiae molem). Соответствующий элементъ въ Бревiарiи представленъ лишь краткимъ извлеченiемъ изъ мнѣнiй одного изъ знаменитыхъ юристовъ III вѣка Павла и случайнымъ текстомъ изъ Папинiана.

Сентенции Павла переработаны по тѣмъ же соображенiямъ практической пользы, какъ и институци Гая, хотя мы, не имѣя въ рукахъ оригинала, и не въ состоянiи определенно судить (какъ въ первомъ случаѣ), о размѣрахъ текста, опущеннаго вестготскими редакторами. Однако можно установить общее направлениe, въ которомъ происходило это измѣнениe текста, и несомнѣнно, что были исключены разсужденiя слишкомъ ученаго свойства и антикварныя замѣчанiя. Такимъ образомъ, труды старыхъ юристовъ: Лабeона, Сцеволы, Сабина и ихъ сотрудниковъ, а главное, замѣчательныя работы Папинiана, Ульпиана, Модестина, Гая и Павла (за исключенiемъ учебныхъ руководствъ обоихъ послѣднихъ), были выброшены вестготской кодификациею за бортъ, какъ слишкомъ ученныя и сложныя для даннаго времени. Этотъ отказъ отъ лучшаго наслѣдства римскаго права со стороны людей, которые сами по себѣ не были ни невѣждами, ни лицами некомпетентными, говоритъ съ полной очевидностью о значительномъ пониженiи культурнаго уровня, особенно замѣтнымъ въ испанскихъ и галльскихъ провинцияхъ, несмотря на существованiе въ нихъ густого римскаго населенiя.

Подобный упадокъ можно наблюдать и въ третьей части Бревiарiя, въ раздѣлѣ посвященномъ императорскимъ указамъ—„legibus“. Бревiарiй подбираетъ ихъ съ той же практической точки зрѣнiя, и опять—опущенiя значительно характернѣе самихъ измѣненiй. Подстановка терминовъ курiя вмѣсто провинциальнаго намѣстника и муниципальныхъ судей (judices civitatum) вмѣсто претора, еще не такъ заслуживаетъ вниманiя. Но важно отмѣтить, что, несмотря на то, что всѣ 16 книгъ Θεодосiева кодекса представлены такъ или иначе въ Бревiарiи, шестая книга, напр., трактующая о гражданскихъ чиновникахъ и ихъ функцияхъ, представлена всего двумя указами вмѣсто 38, а слѣдующая—седьмая, говорящая о военной организации—только однимъ

вмѣсто 27. Такие пропуски заслуживаютъ вниманiя: въ даннхъ случаяхъ они не столько являются слѣдствiемъ измѣненiя духовной культуры, сколько результатомъ иного строя и упадка правительственныхъ учреждений.

4. Бревiарiй Алариха состоитъ изъ законовъ и указовъ, которые во всякомъ случаѣ выражены довольно понятно и сносно. Болѣе позднiй документъ юридической традици—Lex Romana Curiensis конца VIII ст. свидѣтельствуетъ о дальнѣйшемъ, болѣе глубокомъ паденiи. Онъ представляетъ сводъ правовыхъ обычаевъ, собранныхъ для романскаго населенiя восточной Швейцарии, но примѣнявшихся также въ Тиролѣ и сѣверной Италii. Его языкъ и содержанiе въ высшей степени варварскiе. Хотя влiяние Рима и сказывается въ заимствованiи правовыхъ институтовъ, но ихъ юридическая трактовка зачастую даже хуже, чѣмъ въ Франкскихъ и Лангобардскихъ Правдахъ того же времени.

Въ основѣ этого закона лежитъ весьма плохое извлеченiе изъ Lex Romana Visigothorum, при чемъ опущены институци Гая и большая часть сентенций Павла, а указы императоровъ заимствованы главнымъ образомъ изъ текста „интерпретаций“.

До какой степени смыслъ нѣкоторыхъ изъ этихъ указовъ искаженъ Граубюнденскими клириками и судьями, можетъ быть пояснено двумя-тремя примѣрами. Кодификаторы, правда, имѣли достаточно храбрости, чтобы процитировать „новеллу“ Валентинiана III о пользованiи работами древнихъ юрисконсультовъ *). Нѣтъ еще большой бѣды въ томъ, что Gaius становится въ ихъ текстѣ Gaggius'омъ, а Scaevola—Scifol'ой,—само императорское постановленiе, гласящее, что въ случаѣ столкновенiя мнѣнiй должны быть перечислены юридическiе авторитеты и рѣшающiй голосъ признанъ за Папинiаномъ, какъ солиднѣйшимъ, перетолковано рѣтiйцами въ томъ смыслѣ, что каждая тяжущаяся сторона должна выставить свидѣтелей и соприсяжниковъ и, если число послѣднихъ на той и другой сторонѣ окажется равнымъ, искъ долженъ быть рѣшенъ въ пользу тѣхъ, чье притязанiе под-

*) См. прибавленiе I.

держивается Папіаномъ. Уже независимо отъ того, что Папіанъ является вмѣсто Папиніана,—ошибка, коренящаяся въ *Lex Romana Burgundionum*,—подобное обращеніе къ юридическому авторитету, который не имѣетъ силы въ данной мѣстности, довершаетъ путаницу, и становится яснымъ, что этотъ параграфъ, не соотвѣтствующій оригиналу, не могъ играть роли и въ практикѣ.

Встрѣчаются также слѣды варварскихъ обычаевъ, проникшихъ въ испорченное римское право Рэціи. *Fredum*, плата за миръ, поддерживаемый при содѣйствіи публичной власти, появляется здѣсь въ тѣхъ же самыхъ условіяхъ, какъ и во франкскихъ областяхъ. Собственность, гарантируемая вдовѣ преступника, имущество котораго конфисковано, является германскимъ приданымъ, даваемымъ женѣ ея мужемъ, а не римскимъ *dos*, приносимымъ женой въ совмѣстное хозяйство. Одно изъ постановленій Θεодосіева кодекса и Бривіарія Алариха о законномъ бракѣ, подчеркивающее важность согласія невѣсты и жениха, изложено такъ, что въ немъ можно уловить слабое отраженіе брачныхъ обрядовъ, происходившихъ передъ *iudex*’омъ, или подобнымъ ему должностнымъ лицомъ, и въ собраніи сосѣдей. Очевидно, что мы имѣемъ предъ собою искаженную и германизованную форму обычнаго права, основаннаго на фрагментахъ системы права имперскаго.

5. Теперь мы должны изслѣдовать, въ какомъ направленіи и въ какой степени примѣнялись выродившіеся обычаи римскаго права въ эпоху ранняго средневѣковья. Во-первыхъ, слѣдуетъ отмѣтить, что государство этого періода не было достаточно сильно, чтобы сдѣлать общеобязательными свои собственные законы, а всѣ остальные либо исключить совершенно, либо рассматривать какъ указы, относящіеся только къ чужестранцамъ. Даже самымъ могущественнымъ изъ варварскихъ правительствъ, возникшихъ на развалинахъ Имперіи,—въ родѣ Лангобардскаго или Франкскаго—приходилось имѣть дѣло съ порядками, сложившимися на почвѣ смѣшенія правовыхъ системъ. Каролингскіе правители и особенно Карлъ Великій внесли нѣкоторое единство въ правовыя нормы, существенно важныя для правильнаго функ-

ціонированія правительственной власти и для обезпеченія общественной безопасности, но даже и въ ихъ время племенные различія были признаны повсюду. Въ своемъ примѣненіи право по необходимости становится личнымъ и мѣстнымъ, и оба эти факта слѣдуетъ рассматривать въ связи съ пережитками римскихъ правовыхъ нормъ.

Вторженіе Готовъ, Лангобардовъ и Франковъ въ провинціи имперіи не повлекло за собою исчезновенія или денационализаціи римскаго населенія. За правовымъ *status*’омъ послѣдняго было признано право на существованіе. Личность римлянина была оцѣнена иначе, нежели личности его сосѣдей варваровъ. Во Франкскомъ государствѣ за убійство Франка платилось 200 солидовъ, убійство же римлянина каралось 100 солидами. Во всѣхъ сдѣлкахъ между римлянами примѣнялся ихъ національный законъ. Когда тулузскій римлянинъ бралъ въ жены римскую же дѣвушку, она приносила ему *dos* согласно сентенціямъ Павла II, 22,1; онъ осуществлялъ отцовскую власть надъ своими дѣтьми со всей строгостью древней *patria potestas*, видоизмѣненной законами Константина. Если землевладѣлецъ находилъ нужнымъ продать свою собственность, то онъ могъ сдѣлать это вполне свободно, по праву *emptio venditio*. Если онъ хотѣлъ отказать часть своего имущества послѣ смерти, то онъ могъ составить завѣщаніе, обязывающее его наслѣдниковъ выплатить „легаты“, при чемъ однако онъ тщательно избѣгалъ, согласно съ *Lex Falcidia*, отказывать чужимъ болѣе чѣмъ три четверти своей собственности. Во всѣхъ этихъ, а также многихъ другихъ оти пеніяхъ правовыя обычаи римлянъ должны были сильно расходиться съ обычаями сосѣднихъ германцевъ, подобно тому, какъ юридическія нормы этихъ послѣднихъ въ свою очередь значительно отличались по своимъ частнымъ племеннымъ особенностямъ—правды франковъ салическихъ или рипуарскихъ, бургундовъ, баваровъ и другихъ племенъ были неодинаковы. Положеніе становилось очень затруднительнымъ, когда членамъ различныхъ національностей, жившимъ по различнымъ законамъ, приходилось вступать въ сдѣлки другъ съ другомъ.

По разсказу ліонскаго епископа Агобарда (около 850 г.) часто случалось, что въ одной комнатѣ сходились предста-

вители пяти народностей, изъ которыхъ каждая слѣдовала своему праву. Въ судахъ, прежде чѣмъ приступить къ разсмотрѣнію дѣла по существу, судьи должны были опредѣлять по какому частному праву или правамъ разрѣшается данный казусъ. Отчетъ о тяжбѣ между монастырями Флери на Луарѣ и С. Дени даетъ хорошую иллюстрацію споровъ, возникавшихъ въ подобныхъ случаяхъ.

Это дѣло было внесено въ трибуналь франкскаго графа и тамъ его сочли необходимымъ отложить, потому что обѣ тяжущіяся стороны являлись церковными корпораціями и, какъ таковыя, подлежали суду согласно римскому праву, въ которомъ, однако, не было свѣдущъ ни одинъ изъ судей. Тогда пригласили въ качествѣ засѣдателей экспертовъ по римскому праву и процессъ разбирался на второмъ засѣданіи суда. Стороны, повидимому, хотѣли доказать свои права путемъ простого поединка между своими свидѣтелями, но одинъ изъ засѣдателей воспротивился этому на томъ основаніи, что способъ доказательства поединкомъ противорѣчитъ римскому праву. Поэтому вопросъ былъ рассмотрѣнъ и рѣшенъ согласно съ требованіями римскаго процесса, на основаніи свидѣтельскихъ показаній и документовъ. Однако, св. Бенедиктъ, патронъ аббатства Флери, повидимому, сочувствовалъ франкскому способу рѣшенія дѣла поединкомъ, и отомстилъ черезчуръ усердному засѣдателю, сдѣлавъ его нѣмымъ*).

Правила для признанія или непризнанія подсудности по тому или другому личному праву по необходимости были очень сложны. Такъ, напр., высота штрафа за преступленіе опредѣлялась согласно праву преступника, а не потерпѣвшаго; при контрактахъ каждая сторона была отвѣтственна по собственному праву, но если контрактъ сопровождался закладомъ, то онъ трактовался согласно съ правомъ стороны, внесшей закладъ. Если контрактъ скрѣплялся письменнымъ документомъ (*carta*), то законная сила и интерпретація его зависѣли отъ *status'a* лица, подписавшаго документъ. Нѣкоторые случаи осложнялись еще тѣмъ, что судьи находили необходимымъ считаться не только съ правомъ субъекта, но и

*) *Miracula St. Benedicti*; *Mon. Germ.*, XV¹, p. 490.

съ юридическими свойствами предметовъ. Напр., въ одной итальянской хартіи 780-го года мы читаемъ, что нѣкто Феликсъ сдѣлалъ дарственную запись своей дочери и взаменъ получилъ отъ нея *launegild*—вознагражденіе, согласно лангобардскому праву, хотя, какъ клирикъ, онъ самъ подлежалъ праву римскому. Основаніемъ при этомъ служило то обстоятельство, что, будучи еще мряниномъ, онъ получилъ данную собственность отъ своей жены по лангобардскому праву.

6. Путаница, происходившая отъ такихъ комбинацій лично-правовыхъ положеній, не уменьшалась тѣмъ, что почти во всѣхъ областяхъ повседневно сдѣлки населенія регулировались мѣстными обычаями. Въ округахъ съ очевиднымъ преобладаніемъ племенного большинства, эти обычаи, конечно, принимали специфическую національную окраску: лангобардскую, франкскую, римскую.

Мѣстные кутумы съ теченіемъ времени становятся очень характерной чертой средневѣковья. Они способствуютъ тому, что примѣненіе чисто личнаго принципа суживается, хотя еще „долго послѣдній не исчезаетъ совсѣмъ. Мѣстные обычаи были своего рода призмами, въ которыхъ преломлялась римская юридическая традиція и благодаря которымъ она принимала въ высшей степени разнообразную окраску. Для нашей цѣли достаточно намѣтить географическія границы областей, гдѣ правовые обычаи зиждились на основѣ римскаго права. Это пространство было довольно обширно. Оно захватывало прежде всего югъ Италіи, гдѣ византійская имперія поддерживала свое вліяніе, вплоть до появленія сарацинъ и норманновъ. Здѣсь суды примѣняли не только римское право, какъ оно записано въ *Corpus juris*, но также и законодательство преемниковъ Юстиніана. Въ центрѣ Италіи область, составлявшая т. наз. Романью, характеризовалась примѣненіемъ Юстиніанова кодекса. Наконецъ, въ юго-восточной Франціи и сѣверной Испаніи господствовалъ Бревіарій Алариха.

Но, относя центръ тяжести на этотъ географическій районъ, я не хочу сказать, что практика римскаго права не давала себя знать внѣ упомянутыхъ мѣстностей. Напротивъ, и въ сферѣ господства варварскихъ Правдъ, въ сѣвер-

ной Франціи, въ Германіи и даже въ Англіи, въ различныхъ направленіяхъ обнаруживалось вліяніе нѣкоторыхъ римскихъ институтовъ. Даже тамъ, гдѣ не существовало достаточно многочисленнаго римскаго населенія, чтобы образовать племенной римскій элементъ въ правѣ, духовенство, по крайней мѣрѣ, слѣдовало римскому праву, и нѣкоторыя нормы послѣдняго были приняты въ виду ихъ практической пользы. Отмѣтимъ нѣкоторыя изъ этихъ заимствованій римскаго права варварами ранняго средневѣковья.

Римское вліяніе сильнѣе всего испытали Готы. Они пришли въ соприкосновеніе съ имперіей еще во время ея относительнаго могущества, въ III и IV столѣтіяхъ. Двѣ главныя вѣтви ихъ долгое время жили на ея почвѣ въ качествѣ союзниковъ, правда очень безпокойныхъ и опасныхъ, какъ почувствовали это Римъ въ рукахъ Алариха, но все-таки союзниковъ, постоянно учившихся у своихъ цивилизованныхъ сосѣдей. Какъ слѣдствіе этого долгаго проникновенія римскими обычаями и правовыми идеями, мы видимъ, что остготы создали свое законодательство на основаніи римскихъ образцовъ, и что вестготы Испаніи и Франціи непосредственно рецепировали нѣкоторые изъ этихъ образцовъ, не говоря уже о томъ, что они, какъ мы видѣли выше, кодифицировали право имперіи для своихъ римскихъ согражданъ. Уже во фрагментахъ законовъ Эйриха (Eurich), древнѣйшей части вестготскаго законодательства (около 464 г.), находится нѣсколько параграфовъ, заимствованныхъ изъ римскихъ источниковъ. Таковы напр., запрещеніе предъявлять иски по дѣламъ, имѣвшимъ мѣсто болѣе чѣмъ 30 лѣтъ назадъ (ст. 277); разъясненіе, что даренія, вынужденныя силой и угрозой (*vi aut metu*), недѣйствительны (ст. 309)—правило, явно порывающее съ голымъ формализмомъ въ пониманіи обязательствъ, свойственнымъ варварскому праву; допущеніе равенства между мужчиной и женщиной въ правахъ наслѣдства (ст. 320) и т. п.

Позднѣе, въ VI в., вліяніе римскихъ нормъ становится сильнѣе и сильнѣе. *Lex Visigothorum* впитываетъ въ себя цѣлыя отдѣлы изъ Бревіарія, изъ новеллъ и обычнаго права римскаго происхожденія, еще влачившаго существованіе въ

судахъ, несмотря на официальную кодификацію Алариха II. Около трети такъ называемыхъ *antiqua* восходятъ къ римскимъ источникамъ.

Что касается законодательства знаменитыхъ королей VII столѣтія Хиндасвинда и Рецесвинда, которые попытались замѣнить личное право территоріальными сводами, то большая часть послѣднихъ основана на римскихъ образцахъ. Должно, однако, признать, что эта бросающаяся въ глаза романизация до нѣкоторой степени преувеличена въ официальныхъ законахъ. Замѣчательныя изслѣдованія Ficker'a показали, что и здѣсь существовала постоянная струя германской правовой практики, шедшая противъ романизирующихъ тенденцій королевскихъ указовъ и поддерживавшая нормы и установленія, которыя сильно напоминаютъ намъ скандинавскіе обычаи и очевидно восходятъ къ тевтонскимъ началамъ. Эти германскіе элементы прорываются и въ позднѣйшихъ записяхъ провинціальныхъ обычаевъ, такъ называемыхъ *Fueros*. Но даже если мы признаемъ существованіе этого подпочвеннаго источника германскихъ обычаевъ, остается въ силѣ общее заключеніе, что римская юридическая традиція оказала чрезвычайно могучее вліяніе на вестготовъ Испаніи и Франціи.

Исторія Лангобардовъ обнаруживаетъ иное положеніе дѣлъ. Весьма плотное римское населеніе сѣверной и центральной Италіи не было ни истреблено, ни всецѣло лишено своего правового достоянія. Но практическое примѣненіе его законовъ было ограничено добровольными сдѣлками и третейскими судами, напоминающими отчасти то, что практиковалось среди христіанъ до признанія церкви имперіей. Какъ извѣстно, послѣдователи христіанской вѣры избѣгали вмѣшательства языческихъ властей и рѣшали свои споры третейскимъ судомъ. Такое же точно отношеніе проявлялось и къ римскому праву: въ лангобардскихъ областяхъ въ VI и VII столѣтіи его традиціи сохранялись благодаря обычаю, пока указъ Ліутпранда (ст. 91) не установилъ, что акты, совершаемые у римскихъ нотаріусовъ, должны согласоваться съ нормами римскаго права, подобно тому какъ лангобардскіе юридическіе документы должны составляться согласно

лангобардскому праву. Хотя существование системы римскаго права было, такимъ образомъ, косвенно признано, но даже послѣ этого указа не было сдѣлано ничего для учрежденія римскихъ трибуналовъ или назначенія соответствующихъ судей, свѣдущихъ въ этой системѣ. Остается предположить, что когда дѣла, требовавшія примѣненія римскаго права, попадали въ лангобардскіе суды, то германскимъ судьямъ помогали засѣдатели, опытные въ римскомъ правѣ и избравшіеся вѣроятно изъ среды тѣхъ нотаріусовъ, о которыхъ упоминаетъ указъ Лиутпранда.

Замѣчательно то, что, несмотря на эту вѣрность по своему содержанию тевтонскимъ началамъ, лангобардское законодательство все же подверглось сильному вліянію римскаго права съ двухъ различныхъ сторонъ. Во-первыхъ, быстрое экономическое развитіе Италіи, вызывавшее усложненіе отношеній и необходимость точно регулировать ихъ, сдѣлало весьма желательнымъ возвращеніе къ цивилизованному праву, тѣмъ болѣе, что большинство населенія, занятаго торговлей, было римскимъ и сдѣлки съ гражданами экзархата и южной Италіи, непосредственно подлежащими римскому праву, были повседневыми. Эта спеціальная форма проникновенія римскаго права выражается въ появленіи лангобардскихъ формулъ (*formulae*) для составленія контрактовъ, формулъ, несомнѣнно слѣдовавшихъ римскимъ образцамъ. Второй путь вторженія римскихъ идей былъ открытъ пробужденіемъ юридическаго мышленія. Въ законодательствѣ чисто лангобардской эпохи въ началѣ VIII ст. мы уже находимъ слѣды юридическаго анализа. Таково, напр., мѣсто Лиутпранда (ст. 134), *) рассказывающее о выселеніи землевладѣльца его сосѣдями. Если во время этой насильственной операціи высеяемый потерпѣлъ тѣлесное поврежденіе, то виновники должны бы были платить по обычаю пеню за убійство или пораненіе, но законодатель добавляетъ, что они виновны также въ заговорѣ и должны заплатить за это 20 солидовъ. При разборѣ казуса Лиутпрандъ, или его совѣтники, объясняютъ, почему устанавливается именно такой, а не иной

штрафъ. Онъ излагаетъ основанія, почему данное правонарушеніе не можетъ разсматриваться ни какъ случай изъ *arischild*, т.-е. образованіе вооруженной шайки (ср. *Roth.* 19, *Lint.* 35, 141), ни какъ случай незаконной организаціи сельчанъ (*consilium rusticanorum*, *Roth.* 279), ни какъ бунтъ (*rusticanorum seditio*). Законодателю кажется, что суть разбираемаго казуса лежитъ въ намѣреніи учинить соединенное съ убійствомъ самоуправство. Именно въ этомъ намѣреніи и заключается признакъ преступнаго заговора. Несмотря на варварскій языкъ, самый способъ разсужденія свидѣтельствуетъ о возвышающемся уровнѣ юридическаго мышленія. Хотя прямой связи съ римскими нормами прослѣдить нельзя, однако этотъ и подобные примѣры юридическаго анализа въ законодательствѣ указываютъ на то, что лангобардское правосудіе отъ наивнаго примѣненія варварскихъ нормъ постепенно переходило къ юридической рефлексіи, что, въ свою очередь, несомнѣнно способствовало вдумчивому отношенію къ римской догмѣ.

Во франкской имперіи мы имѣемъ третій примѣръ процесса проникновенія варварскаго права римскими понятіями. Сопротивленіе чужому праву здѣсь даже сильнѣе, чѣмъ среди лангобардовъ.

Салическая и Рипуарская Правды основаны почти исключительно на германскихъ принципахъ. Однако даже и въ данномъ случаѣ оказывается не мало путей, по которымъ римскія правовыя идеи проникаютъ въ законодательство и утверждаютъ свое вліяніе.

Во-первыхъ, приходится отмѣтить вліяніе церкви, которое оставило слѣды, главнымъ образомъ, на Баварской Правдѣ и капитуляріяхъ королей и императоровъ каролингской династіи. Во-вторыхъ, слѣдуетъ считатьъ съ вліяніемъ римскихъ нормъ на гражданскія сдѣлки. Въ этой области варвары предоставили широкой просторъ для разрѣшенія юридическихъ затрудненій путемъ частныхъ соглашеній между сторонами, поскольку эти соглашенія не нарушали извѣстныхъ установленныхъ и формулированныхъ закономъ границъ. Въ варварскихъ постановленіяхъ, касающихся разрѣшенія торговыхъ дѣлъ, существовалъ значительный про-

*) См. Прибавленіе II.



бѣль, и онъ былъ восполненъ обширными заимствованіями изъ римскихъ юридическихъ нормъ.

Обильныя иллюстраціи этого представляютъ собранія формулъ, иначе говоря, образцовъ юридическихъ актовъ. Такія древнія компіляціи, какъ формулы Маркульфа, Анжуйскія и Турэнскія, полны актовъ, составленныхъ по образцамъ римскихъ документовъ, и исторія варварскихъ юридическихъ грамотъ во всякомъ случаѣ отправляется въ своихъ началахъ отъ римскихъ прецедентовъ. Эта мысль можетъ быть пояснена однимъ — двумя примѣрами. Одна изъ формулъ Маркульфа ясно показываетъ брешь, пробитую въ германскихъ обычаяхъ наслѣдованія теоріей римскаго права, допускавшей равенство половъ въ правахъ наслѣдства: отецъ оставляетъ землю дочери, несмотря на то, что Салическая Правда предоставляетъ землю исключительно однимъ мужчинамъ. Освобожденіе рабовъ по большей части происходитъ согласно съ римскимъ правомъ, устанавливающимъ въ этихъ случаяхъ отношеніе кліентѣлы между вольноотпущеннымъ и его бывшимъ господиномъ или церковью.

Даже Англія, страна меньше всего подвергшаяся романизации, не составляетъ исключенія въ этомъ отношеніи. Древнія англійскія грамоты (books), устанавливающія гарантіи частной собственности на землю, изъятую изъ сферы народнаго права, въ значительной степени являются романистическимъ нововведеніемъ королей въ союзѣ съ церковью. Ихъ главная цѣль заключается въ подстановкѣ новой формы собственности, сходной съ той, которую знаетъ римское право, на мѣсто землевладѣнія, стѣсненнаго племенными обычаями, каковымъ являлось варварское держаніе земли въ Англіи.

7. Жизнь римскаго права въ варварскихъ государствахъ, поскольку мы ее разсмотрѣли, поддерживалась непрерывающимся существованіемъ отрывочныхъ и искаженныхъ нормъ, заимствованныхъ болѣе или менѣе непосредственно изъ системы, сложившейся въ цвѣтущій періодъ римской цивилизаціи. Но можно ли думать, что преемники Папиніана и Ульпіана, Марка Аврелія и Константина, вышедшіе изъ среды варваровъ, сохранили до нѣкоторой степени нити

юридическаго мышленія и научнаго образованія, которыя въ прежнее время помогали комбинированію отдѣльныхъ деталей въ разумное цѣлое? Существовало ли особое русло юриспруденціи, пробивавшей себѣ путь сквозь мрачный періодъ, тянувшийся начиная съ V ст., когда западные юристы принимали участіе въ кодификаціи и толкованіи имперскаго права, вплоть до XII вѣка, когда въ Италіи и Франціи снова возродилась научная догма? Эти проблемы вызываютъ оживленные споры среди современныхъ ученыхъ. На одной сторонѣ мы встрѣчаемъ такія имена, какъ Стинцингъ, Фиттингъ, Кіапелли, на другой — Конратъ и Флакъ. Намъ необходимо встать на опредѣленную почву въ этомъ спорѣ, хотя мы не имѣемъ возможности входить въ детальныя разборы аргументовъ, приводимыхъ той и другой стороной.

Прежде всего ясно, что даже юридическое преподаваніе, какъ нѣчто отличное отъ судебной практики, не исчезло всецѣло съ паденіемъ имперіи. Въстѣ съ другими остатками античной культуры оно до извѣстной степени пережило его, и это, главнымъ образомъ, благодаря дѣятельности тогдашнихъ образованныхъ классовъ — духовенства и монашества. Эти пережитки, конечно, были мало значительны и безсвязны. Кромѣ того, ихъ трудно выдѣлить изъ ряда прочихъ попытокъ ранняго средневѣковья спасти нѣкоторые остатки общей культуры древняго міра.

Не было и слѣдовъ организованныхъ школъ права; если что осталось отъ юридическаго образованія, то оно было связано съ грамматическими, риторическими и діалектическими упражненіями. Яркій примѣръ ученыхъ сочиненій, бывшихъ въ обращеніи въ теченіе VII и VIII столѣтій, представляетъ этимологія или „Начала“ севильскаго епископа Исидора. Это нѣчто въ родѣ энциклопедіи, охватывающей все отрасли научныхъ свѣдѣній, извлеченныхъ изъ классическихъ источниковъ — по „искусствамъ“, медицинѣ, Ветхо- и Новозавѣтнымъ темамъ, церковной исторіи, филологіи и праву. Юридическіе отдѣлы содержатъ: 1) общія свѣдѣнія о подраздѣленіи юриспруденціи, о задачахъ и методахъ права, о законодательствѣ и юристахъ; 2) свѣдѣнія собственно юридическія: о свидѣтеляхъ, судебныхъ документахъ,

вещныхъ правахъ, преступленіи и наказаніи и т. д. Всѣ эти вопросы трактуются путемъ сопоставленія извлеченій изъ классической литературы, изъ сочиненій юристовъ и законодательныхъ памятниковъ. Какъ показываетъ заглавіе, авторъ придаетъ большое значеніе словопроизводству при объясненіи институтовъ и нормъ. Нечего и говорить, что предлагаемыя имъ филологическія толкованія представляются иногда до крайности натянутыми. Разсуждая, напр., о юридическихъ договорахъ, Исидоръ объясняетъ, что *donatio*—это то же что и *doni actio* (дарственный искъ), подобно тому какъ *dos* (приданое невѣсты) происходитъ изъ *do item* (даю снова). Вся эта игра словами опирается на тотъ фактъ, что при заключеніи брачнаго контракта брачный даръ (со стороны жениха) упоминается на первомъ мѣстѣ, тогда какъ часть невѣсты упоминается на второмъ. Подобнымъ же образомъ условіе производится отъ *condictio* (совмѣстное показаніе), потому что за истину можетъ быть принято свидѣтельство не менѣе чѣмъ двухъ свидѣтелей (V 24, 25). Есть много и другихъ случаевъ такого непониманія, какъ напр. объясненіе, что эдикты суть указы королей или императоровъ, что рескриптъ пользуется только несовершеннолѣтніе и т. д. Для состоянія юридическихъ познаній ранняго средневѣковья характерно, что эти фрагменты Исидора высоко цѣнились: они постоянно переписывались и цитировались.

Изученіе юридическихъ книгъ шло главнымъ образомъ въ двухъ узкихъ направленіяхъ. Досугъ духовенства употреблялся между прочимъ и на то, чтобы дѣлать извлеченія изъ многотомныхъ произведеній римскаго времени и трудолюбиво пытаться раскрыть буквальное значеніе выраженій. Извлеченія (*Epitome*) и глоссы были двумя руслами, по которымъ двигалась ученая традиція этой бесплодной эпохи. Какъ на примѣръ извлеченія, можно указать на такъ называемую *Lex Romana canonice compta*, компиляцію римскихъ законовъ въ IX вѣкѣ, въ которой подборъ матеріала опредѣлялся главнымъ образомъ стремленіемъ познакомить членовъ церкви съ нормами римскаго права, могущими быть полезными послѣдней.

Работа глоссированія тянется непрерывно съ классическихъ временъ черезъ всѣ средніе вѣка: глоссы замѣняли средневѣковой эпохѣ переводы и комментаріи.

Краткіе перифразы, этимологическія и другія объясненія вписывались надъ строкой, чтобы облегчить истолкованіе отдѣльныхъ терминовъ и словъ; болѣе длинныя замѣтки и резюме выносились на поля. Глосса туринскаго манускрипта институцій и глоссы къ извлеченію (*Epitome*) изъ Кодекса, принадлежація пистойскому деканату Тоскана, могутъ служить примѣромъ такого рода работъ. Первая была составлена нѣсколько ранѣе ст. X и основана на переводѣ византійскихъ примѣчаній ко всѣмъ частямъ Юстиніанова свода. Пистойская глосса—болѣе оригинальна. Основные элементы ея сложились въ X ст., но она употреблялась въ теченіе X, XI и XII столѣтій и значительно увеличилась благодаря позднѣйшимъ добавленіямъ. Большая часть примѣчаній была сдѣлана лицомъ далеко незауряднаго ума. Хотя прямыя заимствованія изъ *Corpus juris* не всегда могутъ быть прослѣжены, авторъ обнаруживаетъ, однако, въ своихъ резюме и объяснительныхъ замѣткахъ извѣстное пониманіе юридическихъ вопросовъ и вполне способенъ передать суть той или другой юридической нормы собственными словами. Такъ *Epitome II*, 12, 10 перефразируетъ слова одного указа въ томъ смыслѣ, что если представитель лица (*procurator*) имѣетъ полномочіе дѣйствовать въ интересахъ послѣдняго, то рѣшеніе процесса не въ его пользу должно имѣть силу для представляемаго, но въ случаѣ обмана прокураторъ можетъ быть преслѣдуемъ своимъ принципаломъ (*Si quid fraudi vel doli egit, conveniri eum more judiciorum non prohiberis*). Глосса коротко замѣчаетъ: „кто имѣетъ полномочіе дѣйствовать, можетъ довести тяжбу до конца, только бы онъ не допустилъ обмана“ (*nota qui habet plenam potestatem agendi posse rem sine dolo firmiter finire*). Идея та же самая, что и въ оригиналѣ, только формулирована съ другой точки зрѣнія. Подобныя замѣчанія позволяютъ заключить, что въ то время уже существовала постоянная, хотя и слабая, струя юридическаго образованія, пробивавшаяся сквозь самыя мрачныя столѣтія средневѣковья, отъ V до X в.

Существованіе организованныхъ школъ юриспруденціи не доказано; равнымъ образомъ не можетъ быть и рѣчи о широкомъ развитіи индивидуальной мысли. Но за то въ scriptoria монастырей и капитуловъ, въ классахъ учителей „искусствъ“ изучались выписки и извлеченія изъ фрагментарнаго матеріала, оставленнаго древностью.

ЛЕКЦІЯ II.

Возрожденіе юриспруденціи.

Пособія: Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter. II, III, IV; J. Ficker, Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens, 1868—74; N. Tammassia, Lanfranc arcivescovo di Canterbury e la Scuola Pavese въ „Mélanges“ Fitting, II; H. Fitting, Die Anfänge der Rechtsschule zu Bologna, 1888; Chiappelli, Lo Studio bolognese, 1888; Modderman, Die Reception des römischen Rechts, 1875; Quaestiones de juris subtilitatibus, изд. H. Fitting, 1894; Summa Codicis Ирнерія, изд. H. Fitting, 1894; Besta, L'opera di Irnerio, 1896; P. Krüger, Geschichte der Quellen und Litteratur des röm. Rechts, 1888; Dissensiones dominorum, изд. Haenel, 1834; E. Landsberg, Die Glosse des Accursius, 1883; T. E. Holland, Vacarius въ „Dictionary of National Biography“; F. Liebermann, Magister Vacarius въ „English Historical Review“, 1896; F. Maitland, Vacarius' Summa de matrimonio, „Law Qar. Rev.“ 1897; K. Wenck, Magister Vacarius, 1820; Stölzel, Ueber Vacarius, въ „Zeitschr. f. Rechtsgesch.“, VI (1867); Rivalta, Il rinovamento della giurisprudenza filosofica secondo la scolastica, 1888; Rivalta, Dispute celebri del diritto Civile, 1895; Ed. Meynial, Encore Irnerius въ „Nouvelle Revue de droit“, 1896; S. Brie, Die Lehre vom Gewonheitsrechte, I, 1899. С. Муромцевъ, Рецензія Римскаго права. 1886. Грабарь, Римское право въ исторіи международно-правовыхъ ученій. 1901. I. Покровскій, Естественнo-правовыя теченія въ исторіи гражданскаго права. 1909.

Около одиннадцатаго столѣтія характеръ изученія права начинаетъ значительно измѣняться. Это время знаменуется многими поворотными пунктами въ исторіи европейской цивилизаціи. Во время понтификата Григорія VII папство довершаетъ сосредоточеніе своей власти. Феодализмъ кристаллизуется въ законченную и послѣдовательную систему. Возникающія нормандскія государства несутъ съ собой начала дѣйствительной администраціи и политическаго порядка. Основы схоластики прочно закладываются въ вѣкъ Ансельма. Городскія коммуны Ломбардіи начинаютъ пожинать плоды блестящаго экономическаго и культурнаго прогресса. И на фонѣ этого возрождающагося благосостоянія и растущей увѣренности въ своихъ силахъ мы замѣчаемъ какъ бы самопроизвольное пробужденіе юриспруденціи,—теоріи и преподаванія въ области права,—при чемъ это пробужденіе не ограничено какой-либо одной мѣстностью.

Приходится отмѣтить по крайней мѣрѣ четыре вліятельныхъ центра юридическаго преподаванія — одинъ въ Провансѣ, въ то время еще зависѣвшемъ отъ Имперіи; другой въ Ломбардскихъ городахъ; третій въ Равеннѣ съ ея древними имперскими традиціями; и, наконецъ, послѣдній и наиболѣе значительный въ знаменитой болонской школѣ, въ городѣ, лежащемъ на перепутьѣ между Романьей, Ломбардіей и Тосканой.

Особенно бросающееся въ глаза доказательство возрожденія юриспруденціи въ Южной Франціи представляетъ трактатъ по римскому праву, названный „*Exceptiones Petri*“ — „Извлеченія Петра“, составленный во второй половинѣ XI столѣтія неизвѣстнымъ авторомъ, съ посвященіемъ викарію (*viguer*) Валанса въ Дофинѣ.

Вступительныя мѣста пролога объясняютъ цѣль труда. „Такъ какъ даже наиболѣе свѣдущимъ въ знаніи права ученымъ (*etiam juris sapientissimis doctoribus*) невозможно прійти къ опредѣленному заключенію относительно многихъ и различныхъ видовъ казусовъ, по причинѣ всякаго рода сомнительныхъ случаевъ, то да позволено будетъ намъ выяснитъ результаты юридическихъ рѣшеній и контроверсъ путемъ изслѣдованія сущности естественнаго и гражданскаго права.

Если окажутся въ правѣ положенія, вышедшія изъ употребленія, отмѣненныя или противорѣчащія справедливости (*inutile ruptum aequitative contrarium*), то да позволено будетъ намъ попить ихъ ногами (*pedibus concalcamus*). И, наоборотъ, да будетъ сообщено Вамъ, Одило, именитый господинъ города Валанса, все, что можетъ быть заново открыто, или что нерушимо сохраняется, съ тою цѣлью, чтобы въ разбирательствахъ Вашего трибунала и изъясненіяхъ Вашихъ актовъ не оказалось чего-либо несправедливаго или вызывающаго на споръ, но чтобы всякія искаженія были удалены и всѣ ваши слова сіяли какъ день ради могущества справедливости, славы Вашего сана и восхваленія верховной власти“.

Хотя это введеніе и изложено высокопарнымъ языкомъ, но оно не является потокомъ пустой реторики. Каждое слово имѣетъ въ немъ опредѣленный смыслъ, а частности достойны вниманія. Разсматриваемый трудъ подсказанъ практическими соображеніями и испытанными на дѣлѣ юридическими затрудненіями. Онъ не только посвященъ магистрату высокаго ранга, но и прямо предназначенъ служить ему руководителемъ при отправленіи его обязанностей. Юрисдикція послѣдняго образуетъ звено въ системѣ, восходящей до аппеляціи къ „высшей власти“—въ данномъ случаѣ, очевидно, къ верховной власти императора. Необходимость обращенія къ учебнику права вытекаетъ изъ частыхъ споровъ и сомнѣній среди знатоковъ права. Трактатъ употребляетъ выраженіе „*sapientissimis legibus doctoribus*“, которое хотя и не можетъ пониматься въ обычномъ академическомъ смыслѣ докторовъ права, тѣмъ не менѣе полно значенія, даже при томъ болѣе узкомъ смыслѣ, какой приданъ ему въ нашемъ переводѣ. Все это предполагаетъ предварительный періодъ изученія и изслѣдованія, который приходится отнести къ первымъ годамъ одиннадцатаго вѣка.

Это замѣчаніе вполне согласуется съ содержаніемъ „Извлеченій“, которыя, несмотря на свою краткость и случайныя недоразумѣнія, обнаруживаютъ замѣчательную зрѣлость юридическихъ сужденій и значительное знакомство съ источниками римскаго права.

Авторъ съ характерной самоувѣренностью беретъ на себя широкія полномочія и большую отвѣтственность. Онъ не задумывается „попирать ногами“ установленія, которыя на его взглядъ вышли изъ употребленія или противорѣчатъ справедливости, и единственный авторитетъ для него при такой операциі—это авторитетъ ученыхъ представителей юридической догмы.

Выполненіе труда соотвѣтствуетъ имѣвшей въ виду задачѣ. „Извлеченія“ образуютъ краткій учебникъ правилъ для практическаго употребленія. Ихъ матеріалъ заимствованъ изъ *Corpus juris*, а не изъ *Breviarium Alaricianum*.

Такъ какъ провансальское происхожденіе трактата не подлежитъ сомнѣнію, то мы имѣемъ право заключить, что въ XI вѣкѣ на югѣ Франціи замѣтно возрождалось изученіе и практическое примѣненіе Юстиніановаго законодательства; здѣсь играютъ роль тѣсныя связи съ Италіей. Авторъ „Извлеченій“ пользовался всѣми частями кодификаціи; только относительно Новеллъ приходится отмѣтить, что онъ цитировалъ ихъ по такъ называемому Юліановскому сокращенію, составленному около середины VI вѣка. Изъ Дигестъ авторъ главнымъ образомъ пользовался „*Digestum vetus*“ (первыя 24 книги); Новыми Дигестами (книги 39—50) онъ пользуется гораздо рѣже, а среднюю часть (*Infortiatum*) онъ едва ли даже принималъ въ соображеніе. Практическое направленіе автора предохраняетъ его отъ игнорированія существующихъ варварскихъ законовъ. Онъ иногда упоминаетъ объ обычаяхъ, основанныхъ на франкскихъ и лангобардскихъ нормахъ, напр., когда онъ опредѣляетъ штрафъ въ 200 солидовъ, который долженъ уплатить человекъ, выдавившій другому глаза. Хотя размѣръ штрафа выше, чѣмъ по варварскимъ Правдамъ, самый способъ характеренъ для раннихъ Германскихъ законовъ. Добавимъ еще, что Петръ, авторъ „Извлеченій“, опредѣленно утверждаетъ, что территорія сѣвернѣе Альпъ распадается на двѣ полосы съ точки зрѣнія примѣненія римскаго писаннаго или обычнаго права. Въ одномъ случаѣ, онъ противопоставляетъ области съ господствомъ „священнѣйшаго права“, т. е. признающія авторитетъ права императорскаго, — областямъ, гдѣ кодексы неизвѣстны (II, 31). Въ другомъ слу-

чаѣ онъ проводитъ различіе между собственно законами, иначе говоря, писаннымъ правомъ, и обычаемъ страны, поскольку послѣдній можетъ быть доказанъ (*secundum patriae prababilem consuetudinem*, IV, 3). Такимъ образомъ, на юго-востокѣ Франціи мы находимъ опредѣленный центръ, гдѣ изучается и сознательно разрабатывается римское право, при чемъ эта разработка отличается практическими тенденціями и намѣчаетъ своеобразные пути, хотя, благодаря сношеніямъ съ Италіей, и испытываетъ на себѣ очевидное вліяніе этой послѣдней.

Это обстоятельство мы должны имѣть въ виду, когда намъ придется говорить о дальнѣйшемъ развитіи изученія римскаго права во Франціи.

Существованіе этого южно-французскаго центра возрождающейся юридической науки показываетъ, что еще болѣе могучее и вліятельное возрожденіе юридическаго анализа въ Болоньѣ было явленіемъ, возникшимъ на почвѣ одновременнаго роста идей и потребностей въ различныхъ мѣстностяхъ наиболѣе цивилизованныхъ странъ Европы.

2. Второй центръ, какъ уже было сказано, образовался въ ломбардскихъ городахъ. Законодательство ломбардскихъ королей Ротаря, Гримоальда, Лиутпранда, Рахиса, Айстульфа не было отмѣнено послѣ франкскаго завоеванія въ 774 г. Лангобардская Италія, хотя и была поглощена каролингской имперіей и до нѣкоторой степени подчинилась франкскому законодательству, въ общемъ все же продолжала развиваться въ своемъ особомъ направленіи. Когда въ одиннадцатомъ столѣтіи сѣверная Италія сдѣлала шагъ впередъ по пути благосостоянія и роста политическаго значенія, отчасти благодаря экономическому прогрессу своихъ городовъ, отчасти благодаря дѣятельности императоровъ и папъ, — то толкованіе лангобардскаго права въ судахъ сдѣлало быстрые успѣхи и приняло характеръ систематическаго, сознательнаго изученія. Мы слышимъ не только о даровитыхъ адвокатахъ (*causidici*) и ученыхъ судьяхъ, но также и о настоящихъ школахъ, въ которыхъ учителя-соперники собирали учениковъ и излагали имъ содержаніе лангобардскаго или франко-лангобардскаго права. Ихъ познанія почерпаются въ значи-

тельной степени изъ „интерпретаціи“ источниковъ этихъ правъ, которой занималась Павійская школа. Интерпретація выражалась въ глоссахъ и юридическихъ упражненіяхъ, которыя не только требовали сравненія текстовъ и разсужденій, но все чаще и чаще отсылали за справками къ римскому праву. Наши тексты показываютъ, что однимъ изъ представителей этого метода толкованія былъ нѣкто Валькаузь, котораго, благодаря граматамъ, можно отождествить съ судьей императорскаго суда въ Веронѣ, дѣйствовавшимъ около середины XI ст. Слѣдуетъ замѣтить, что собранія глоссъ на лангобардское право часто противопологаютъ мнѣніямъ другой, болѣе древней группы толкователей. Мнѣнія послѣднихъ обозначаются литерой *a*,—которое собственно значило *antiqui* (древніе), но нерѣдко истолковывалось, какъ *amentes* (безумные) или даже *asini* (ослы). Подъ замѣчаніями, взятыми у Валькаузуса, ставилось *v*, которое разъясняется какъ *valentes*—иначе говоря, мнѣніе лучшихъ, преобладающихъ.

Съ приемами ломбардскихъ юрисконсультовъ лучше всего можетъ познакомить такъ называемое „Толкованіе“ на павійскую книгу — компиляцію законовъ, имѣвшихъ силу въ Ломбардіи. Оно представляетъ обширный комментарий, основанный на трудахъ многихъ поколѣній юристовъ.

Авторитеты старой Павійской школы, *antiqui*, *antiqui iudices*, *antiqui causidici* упоминаются въ семидесяти двухъ случаяхъ. Среди нихъ самымъ выдающимся былъ Бонифилій, засѣдатель императорскихъ судовъ, упоминаемый въ грамотахъ съ 1014 до 1055 года, и Ланфранкъ, знаменитый архіепископъ Кентерберійскій, который въ юности былъ блестящимъ свѣтиломъ павійской школы. Ланфранкъ покинулъ ее въ 1042 г., чтобы перейти въ Нормандію, гдѣ онъ сдѣлался монахомъ, а затѣмъ и аббатомъ въ Бекѣ (прежде чѣмъ послѣдовать за Вильгельмомъ Завоевателемъ въ Англію). Тщательный анализъ его позднѣйшихъ богословскихъ сочиненій показываетъ, что онъ не забылъ своего юридического воспитанія даже на томъ высокомъ посту, который онъ занялъ въ Англіи. Изъ болѣе молодыхъ ломбардскихъ юрисконсультовъ самыми крупными были упомянутый выше Валькаузусъ, Вильгельмъ и Уго. Чтобы дать понятіе о способѣ, какимъ ставились

вопросы и велись контroversы среди ломбардскихъ ученыхъ, приведемъ два диспута, въ которыхъ принималъ участіе Ланфранкъ. Гвидо изъ Сполето, избранный императоромъ въ 889 году, издалъ указъ, что въ случаѣ, когда документъ оспаривается какъ подложный, нотариусъ, подписавшій его, или, въ случаѣ смерти нотариуса, лицо, предъявляющее документъ, должны доказать подлинность послѣдняго вызовомъ свидѣтелей или клятвой двѣнадцати соприсяжниковъ. Ланфранкъ имѣлъ по поводу этого указа слѣдующій споръ съ Бонифиліемъ. Онъ спросилъ послѣдняго, какъ нужно поступать въ случаѣ, если и нотариусъ и свидѣтели умерли. Бонифилій отвѣтилъ: „сторона, предъявляющая документъ, можетъ доказать подлинность при помощи двѣнадцати соприсяжниковъ и двухъ другихъ документовъ (необходимыхъ для удостовѣренія почерка нотариуса)“. На это Ланфранкъ сказалъ: „развѣ нѣтъ другого обычая, кромѣ этого?“ „Нѣтъ“, отвѣтилъ Бонифилій. Ланфранкъ: — „Такъ значить обычай противозаконенъ, какъ показываетъ прологъ къ законамъ Оттона, гдѣ сказано, что гнусный и безчестный обычай, которому не должно слѣдовать, получилъ распространеніе въ Италіи“. Послѣ этого Бонифилій со стыдомъ опустилъ голову и ушелъ. Но Вильгельмъ слѣдующимъ образомъ выяснилъ смыслъ спорнаго пункта. Прологъ Оттона имѣетъ въ виду лицъ, жадныхъ до чужого добра, которые пріобрѣтаютъ его клятвopреступленіемъ. Поэтому король Оттонъ и указалъ, что истецъ имѣетъ право поддерживать свое притязаніе путемъ поединка. Если же онъ не прибѣгъ къ нему, то отвѣтчику, предъявляющему документъ, дозволено защищаться при помощи соприсяжниковъ. Изъ этого изложенія ясно, что Ланфранкъ разсматривалъ прологъ Оттона, какъ общее осужденіе судебной присяги, а Бонифилій не зналъ какъ отвѣтить на аргументъ, извлеченный изъ позднѣйшихъ указовъ Оттона. Вильгельмъ, однако, сумѣлъ преодолѣть затрудненіе, относя слова „гнусный обычай“ (*mos detestabilis*) не къ присягѣ вообще, а къ лжесвидѣтельству подъ присягой, такъ что указъ Оттона долженъ быть понятъ какъ дополненіе, а не какъ отмѣна постановленія Гвидо. Истецъ въ правѣ выбрать доказательство поединкомъ, но если онъ этого не

сдѣлаеть, старое правило относительно присяги остается въ силѣ. Въ одномъ забавномъ комментаріи къ Гримоальду, ст. 8, разсказывается, какъ Ланфранкъ сбиваетъ съ толку учениковъ Бонифилія, предлагая имъ щекотливый вопросъ, которая изъ двухъ вдовъ имѣеть право на четвертую часть наслѣдства послѣ ихъ умершаго мужа, если послѣдній принудилъ свою первую жену уйти въ монастырь и женился на второй. Діалектикъ запутываетъ своихъ оппонентовъ, выставляя имъ шесть различнаго рода аргументовъ. Они соглашались съ нимъ (*bene dixisti*) всякій разъ, какъ онъ приводитъ одинъ изъ этихъ аргументовъ; но онъ тотчасъ осуждаетъ ихъ за это (*immo male*) и начинаетъ защищать противоположное положеніе, пока, наконецъ, не приходитъ къ заключенію, что вторую жену нельзя разматривать какъ законную, и что поэтому она не имѣеть права на четвертую часть. Извороты этого діалектическаго упражненія приводятъ къ растянутымъ разсужденіямъ, которыя не стоитъ приводить цѣликомъ, но отмѣтимъ, что въ ходъ доказательствъ Ланфранкъ пользуется не только лангобардскими постановленіями, которыя онъ характерно называетъ *jus gentium*, но и ловко оперируетъ прямыми цитатами изъ Институцій: по точному смыслу права Институцій, касающагося „римскихъ гражданъ, заключившихъ законный бракъ“, — вдова не можетъ получить четвертой части имущества ея супруга. Изъ этого можно заключить, что ломбардскіе доктора разсматривали римское право какъ общее право (*Jus commune*), къ которому слѣдуетъ прибѣгать во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда лангобардскіе указы не даютъ рѣшающихъ указаній. Правило это въ нѣсколькихъ словахъ выражено въ „Изложеніи“ Гвидо, ст. 4: „древніе говорили, что когда законъ не содержитъ предписаній относительно извѣстныхъ казусовъ, то послѣдніе должны рѣшаться согласно съ римскимъ правомъ, которое является всеобщимъ (*quae omnium est generalis*)“. Этотъ принципъ, поясненный на отдѣльныхъ казусахъ, имѣеть первостепенную важность. Онъ показываетъ, что постоянная работа надъ юридической діалектикой приучила лангобардскихъ судей и юрисконсультовъ обращаться къ римскому праву за свѣдѣніями и руководствомъ. Контро-

версы, приведенныя въ „Изложеніи“, вдвойнѣ интересны, такъ какъ онѣ съ одной стороны тѣсно связаны съ непосредственной судебной практикой, а съ другой стороны указываютъ на зарождающееся систематическое изученіе права. Мы не можемъ сказать, гдѣ и какъ велись эти диспуты, но описанія ихъ показываютъ, что это были не простые споры между адвокатами или разногласія между судьями, а результаты школьной организаціи. Поэтому, я думаю, что выраженіе „ломбардскіе доктора“ имѣеть опредѣленный смыслъ. Главнымъ мѣстомъ, гдѣ велось подобное изученіе права, была Павія, хотя съ ней до извѣстной степени соперничали Верона и Нонантула.

3. Въ противоположность смѣшанному характеру этого изученія въ Ломбардіи, гдѣ Римское и Германское право переплетались между собою, въ Равеннѣ появляется чисто романистическая юридическая школа. Существуютъ, правда, нѣкоторыя указанія и на юридическое преподаваніе въ Римѣ, но рѣшить, какой specialный характеръ оно имѣло тамъ, не представляется возможнымъ. Что же касается Равенны, то мы имѣемъ ясныя указанія на то, что тамошняя юридическая школа принимала дѣятельное участіе въ борьбѣ между папой Григоріемъ VII и императоромъ Генрихомъ IV. Она стояла на сторонѣ императора и поддерживала Виберта Равеннскаго (Климента III), анти-папу, выдвинутаго Генрихомъ противъ его грознаго противника. Изъ Равенны Петръ Крассъ выпустилъ противъ Григорія жестокой памфлетъ, снабженный цитатами изъ источниковъ римскаго права. Отъ имени противной партіи выступилъ пылкой кардиналъ Петръ Даміани, поносившій неправедныхъ равеннскихъ законниковъ. Одно изъ сочиненій Даміани, написанное между 1061 и 1073 гг., особенно характерно. Оно касается введенія въ юридическую практику римскаго исчисленія степеней родства. Флорентинцы спросили совѣта равеннскихъ юристовъ, которые *in corpore* высказались въ пользу римскаго исчисленія.

Даміани гнѣвно опровергаетъ послѣднихъ и пренебрежительно отзывается о „сходкѣ равеннскихъ мудрецовъ“ (*sapientes civitatis Ravennae in unum convenientes*), объ „ихъ кни-

гахъ“ (*Corpus juris*) и „ихъ Юстиніанъ“. Это мѣсто, равно какъ и другія указанія, подтверждаютъ интересный рассказъ о происхожденіи болонской школы, передаваемый Одофредомъ, болонцемъ XIII вѣка. Согласно его рассказу первоначальнымъ центромъ юридическаго образованія былъ Римъ; оттуда вслѣдствіе войнъ онъ перемѣстился въ Равенну, затѣмъ уже перешелъ въ Болонью.

4. Непосредственнымъ поводомъ къ созданію великой болонской школы послужили старанія знаменитой маркграфини Матильды. Будучи надежной опорой Григорія VII, она захотѣла создать, въ противовѣсъ равеннской школѣ, стоявшей на сторонѣ императора, центръ изученія римскаго права, который бы дѣйствовалъ въ интересахъ папы. Первымъ профессоромъ права въ Болоньѣ былъ нѣкто Пепо, преподававший въ послѣдней четверти XI вѣка. Онъ упоминается какъ докторъ правъ въ замѣчательномъ приговорѣ, вынесенномъ въ 1076 г. въ судѣ герцогини Тосканской—Беатриче. Въ этомъ случаѣ для рѣшенія дѣла были привлечены и использованы Дигесты. Но по установившейся традиціи возникновеніе Болонской школы юристовъ обыкновенно ставится въ связь съ дѣятельностью Ирнерія или Гварнерія. Онъ былъ сначала преподавателемъ „искусствъ“; но затѣмъ онъ по настоянію маркграфини Матильды отправляется въ Римъ, нѣкоторое время учится здѣсь и наконецъ начинаетъ читать право въ Болоньѣ. Это произошло въ концѣ XI ст., приблизительно около 1088 г.

Намъ нѣтъ нужды подробно рассказывать о блестящихъ успѣхахъ этого преподаванія и о внѣшнихъ обстоятельствахъ, сопровождавшихъ развитіе болонской школы. Какъ извѣстно, она въ короткое время становится главнымъ средневѣковымъ университетомъ для изученія права и привлекаетъ тысячи студентовъ изъ всѣхъ странъ Европы.

Мнѣ бы хотѣлось только въ общихъ чертахъ характеризовать духъ этого возрожденія юридическаго образованія. Оно представляетъ въ своей основѣ приложеніе къ праву того метода, который употреблялся новыми учеными Западной Европы, при разработкѣ всѣхъ богословскихъ и научныхъ

проблемъ, т. е., такъ называемаго схоластическаго метода. За мрачными столѣтіями, предшествовавшими 1000 году, въ теченіе которыхъ наука сводилась лишь къ тому, чтобы спасти остатки античнаго знанія, послѣдовалъ періодъ организаци. Великимъ орудіемъ научнаго прогресса являлся въ это время діалектическій методъ, посредствомъ котораго формальная и универсальная логика анализируетъ понятія и строитъ силлогизмы. При помощи подобныхъ приѣмовъ недостаточнымъ и отрывочнымъ классическимъ текстамъ сообщалась поразительная логическая стройность: это былъ своего рода шедевръ искусства, въ созданіи котораго юристы приняли особое значительное участіе. Въ то время какъ ученики богословскихъ школъ оперировали надъ св. Писаніемъ и канонической традиціей, а преподаватели словесности, опираясь на искаженные тексты Аристотеля, трудились надъ метафизическими, политическими и естественными науками, юристы изощряли свою тонкую діалектику на весьма цѣнномъ матеріалѣ, на *Corpus juris*. И такъ какъ юридическое мышленіе въ значительной степени сводится къ діалектическимъ различеніямъ и соподчиненіямъ, то они уже на этой ранней стадіи могли достигнуть замѣчательныхъ результатовъ.

То обстоятельство, что текстъ *Corpus juris* привлекъ вниманіе критики и былъ полностью возстановленъ, не является дѣломъ случая. Для докторовъ этого новаго направленія книги Юстиніанова законодательства были книгами священными, авторитетомъ, отъ котораго должны исходить всѣ дальнѣйшія дедукціи. Неудивительно поэтому, что они не довольствовались случайными фрагментами, а стали изслѣдовать ихъ составные элементы и пытались разсматривать ихъ, какъ одно цѣлое. Пользованіе пизанскимъ манускриптомъ Дигестъ (теперь онъ находится во Флоренціи) играло несомнѣнно чрезвычайно важную роль въ возстановленіи правильнаго текста этой наиболѣе цѣнной части *Corpus juris*. Но и независимо отъ изученія этого манускрипта, различныя части Юстиніановой кодификаціи постепенно были спасены отъ забвенія, такъ что болонская Вульгата, версія, установленная для употребленія въ школахъ, съ исторической точки зрѣнія представляетъ не меньшій интересъ, чѣмъ *Littera Pisana*.

Ирнерій самъ принялъ видное участіе въ собираніи юстиніановыхъ текстовъ, замѣняя фрагменты Новеллъ, до тѣхъ поръ цитировавшихся по *Epitome* Юліана, такъ называемымъ *Authenticum*'омъ,—болѣе полной латинской компиляціей позднѣйшаго времени. Вообще надо сказать, что критическое изученіе текста являлось одной изъ главныхъ задачъ болонскихъ ученыхъ.

Слѣдующей за ней—было буквальное истолкованіе словъ; въ этомъ отношеніи Болонцы шли по слѣдамъ книжниковъ ранняго средневѣковья. Они стали глоссаторами *rag ex se- lense*, хотя, конечно, глосса и не являлась ихъ специфическимъ оружіемъ. Однако, глоссы Болонцевъ не могли уже оставаться между строкъ въ видѣ объясненій отдѣльныхъ словъ и короткихъ замѣтокъ. Онѣ по необходимости были вынесены на поля, гдѣ было больше мѣста для примѣчаній, переставшихъ быть чисто словесными объясненіями. У Ацо и Аккурсія глоссы разрастаются до настоящихъ комментариевъ. Періодъ глоссаторовъ въ собственномъ смыслѣ слова продолжался круглымъ счетомъ 150 лѣтъ и заканчивается на Аккурсія около 1250 г.

Однимъ изъ пріемовъ, которымъ глоссы поясняли текстъ, было суммарное изложеніе послѣдняго въ краткихъ сентенціяхъ. Компиляторы старыхъ глоссъ называли ихъ *notabilia*. У Болонцевъ они принимаютъ болѣе своеобразный характеръ изложенія юридическихъ нормъ—*brocardica*. Сводъ подобныхъ *brocardica* былъ сдѣланъ въ школѣ Ацо.

Другимъ обычнымъ средствомъ дать систематическій обзоръ подраздѣлений запутаннаго вопроса, являлась *distinctio*. Отправляясь отъ общаго термина, отъ широкаго понятія, оно указываетъ различные подчиненные ему виды, разлагаетъ каждый изъ этихъ послѣднихъ на подраздѣленія и ведетъ это развѣтвленіе смысла и терминологіи до самыхъ мелкихъ деталей. Это можно пояснить на нижеслѣдующемъ) примѣрѣ:

Judex	{ alias electus, alias compromissarius,	alias { major, minor,	alias { ordinarius delegatus.

Этотъ методъ былъ въ большомъ почетѣ уже у ученыхъ павійской школы.

Всѣ эти элементарные способы изученія служили средствомъ для разрѣшенія главной задачи—для діалектическаго анализа текстовъ, который показывалъ, какимъ образомъ эти послѣдніе пополняютъ и обосновываютъ другъ друга, или наоборотъ, какіе пробѣлы и противорѣчія они содержатъ. Въ послѣднемъ случаѣ представлялся удобный поводъ для упражненій въ пресловутомъ схоластическомъ остроуміи. При этомъ нужно замѣтить, что доктора болѣе ранней эпохи, несмотря на свою смѣлость и ловкость въ подобныхъ операціяхъ, по большей части прибѣгаютъ къ нимъ только чтобы объяснять текстъ; лишь потомъ, особенно послѣ Аккурсія, ученыхъ начало привлекать построеніе аргументовъ, какъ своего рода искусство для искусства.

Во всякомъ случаѣ, діалектической анализъ текстовъ являлся великой заслугой болонской школы; онъ достигалъ такой тонкости мышленія, которая заслуживаетъ удивленія даже теперь. Въ первый періодъ преподаванія, въ глоссаторскій, развивалась преимущественно теоретическая сторона. Ученые, насколько это было доступно ихъ уровню знаній, стремились дать возможно болѣе чистое, ясное и полное изложеніе римской юридической догмы. Смѣсь римскихъ и варварскихъ элементовъ, характерная для павійской и даже для провансальской школы, здѣсь исчезаетъ.

Ирнерій, Плацентинъ, Ацо, Аккурсіи разсуждали такъ, какъ будто императоръ Юстиніанъ еще владѣлъ Италіей и процессы разбирались въ его судахъ. Академическая точка зрѣнія налагала извѣстныя ограниченія, но въ то же самое время являлась источникомъ интеллектуальной силы. Она дала глоссаторамъ возможность вполне и во всѣхъ направленіяхъ овладѣть матеріаломъ *Corpus juris*. Важнымъ указаніемъ на то, до какой степени эти ученые освоились съ текстами, служить способъ ихъ цитированія. Въмѣсто указанія главы и параграфа, т.-е. цитированія книги титула, закона и статьи, какъ дѣлаемъ теперь мы и какъ дѣлалось въ прежнія времена, глоссаторы, слѣдуя правилу павійской школы, отсылали къ извѣстному мѣсту посредствомъ рубрики титула и иногда указанія на книгу. Напримѣръ, въ доказательство правила, что нельзя требовать обратно своей собственности

посредством иска *Condictio* ни отъ кого, кромѣ вора, они ссылались на *Digestы*, *usufructuarius quem ad modum*, послѣдній законъ, иначе говоря, согласно нашему способу цитирования, на *Dig. VII, 9, 12*. Это показываетъ, что любой докторъ изъ Болоньи привыкъ держать всю „массу отдѣльныхъ рубрикъ главъ Корпуса на концѣ своихъ пальцевъ“. Кромѣ обработки матеріала и его систематическаго изложенія, эти юристы нерѣдко предлагали для разрѣшенія различные казусы, какъ сдѣлано, напр., въ трактатѣ, озаглавленномъ „*Quaestiones de juris subtilitatibus*“, приписываемомъ Ирнерію. Какъ и въ школахъ Ломбардіи, болонскіе ученые изопрямились въ контроверсахъ, и развитіе наиболѣе важныхъ споровъ сохранено для насъ, главнымъ образомъ, въ сочиненіи „*Dissensiones dominorum*“ и въ большихъ сводныхъ глоссахъ Ацо и Аккурсія.

5. Болонская школа не отождествляла себя съ какой-нибудь крупной политической партией того времени. Хотя Ирнерій и началъ свою дѣятельность подъ покровительствомъ маркграфини Матильды, онъ, приобрѣвъ извѣстность, перемѣнилъ убѣжденія и въ послѣдніе годы своей жизни при Генрихѣ V былъ императорскимъ судьей. Его послѣдователи, четыре доктора—Булгаръ, Мартинъ, Яковъ и Уго, сдѣлали знаменитую декларацию на Ронкальскомъ сеймѣ въ 1158 г. въ пользу права императора Барбароссы облагать податью ломбардскіе города. Здѣсь, однако, сказалась не столько ихъ гибеллинская ревность, сколько естественная склонность истолковывать источники римскаго права буквально и приписывать имъ рѣшающую роль въ спорахъ XII-го столѣтія. Эти четыре доктора, на дѣлѣ, были не вполнѣ согласны относительно границъ императорской власти, и одинъ школьный анекдотъ рассказываетъ, что однажды императоръ Фридрихъ ѣхалъ верхомъ, имѣя Булгара по правую руку и Мартина по лѣвую. Онъ спросилъ у нихъ, является ли императоръ по праву господиномъ (*dominus*) всего, чѣмъ владѣютъ его подданные. Одинъ изъ докторовъ—Булгаръ—имѣлъ смѣлость отвѣтить, что императоръ есть господинъ только въ политическомъ смыслѣ, но не какъ собственникъ. Нѣкоторые изъ болонскихъ юристовъ были ревностными сторонниками

Гвельфовъ, напримѣръ, одинъ изъ самыхъ блестящихъ между ними,—Плацентинъ. Но, вообще говоря, кругозоръ этихъ людей, воспитанныхъ на законахъ поздней имперіи, естественно склонялся къ монархической точкѣ зрѣнія. Во всякомъ случаѣ, они стояли на сторонѣ центральной власти противъ феодальнаго раздробленія, и, хотя нѣкоторые изъ нихъ и изучали феодальное право, но они разсматривали его лишь какъ развитіе римскаго ученія объ *эмфитевсисѣ*.

6. Лучшимъ приемомъ для нѣкотораго ознакомленія съ умственной работой глоссаторовъ, думается мнѣ, будетъ нѣсколько болѣе обстоятельное знакомство съ преподаваніемъ одного изъ нихъ. Съ этой точки зрѣнія мнѣ кажется наиболѣе удобнымъ остановиться на ученой дѣятельности Вакарія, который, хотя и не является самымъ блестящимъ и вліятельнымъ представителемъ школы, заслуживаетъ, однако, нашего особеннаго вниманія въ качествѣ пионера новой науки въ Англіи. Внѣшнія обстоятельства его карьеры достаточно извѣстны. Онъ изучалъ лангобардское, каноническое и римское права и писалъ по всѣмъ тремъ отраслямъ тогдашней юриспруденціи, но главнымъ предметомъ его преподаванія являлось право римское, и его можно разсматривать какъ хорошаго представителя ранней болонской юриспруденціи. Вакарій былъ вызванъ въ Англію архіепископомъ Теобальдомъ, училъ въ Кентербэри, а, по свидѣтельству Гервасія, также и въ Оксфордѣ. На нѣкоторое время его преподаваніе было запрещено королемъ Стефаномъ, потому ли, что оно казалось опаснымъ для авторитета національнаго обычнаго права, или потому, что Стефана раздражали успѣхи, достигнутые клирикомъ архіепископа Теобальда, относившагося къ королю враждебно. Вакарій, повидимому, возобновилъ свою профессорскую дѣятельность послѣ перерыва въ нѣсколько лѣтъ, и во всякомъ случаѣ его ученое вліяніе оставило глубокіе слѣды въ Оксфордѣ, гдѣ студенты права иронически титуловались пауперистами (*pauperistae*) по той причинѣ, что главнымъ руководствомъ для нихъ служила „Книга для бѣдныхъ студентовъ“ (*Liber pauperum*) Вакарія.

До сихъ поръ еще нѣтъ полного изданія этого сочиненія, но оно достаточно извѣстно по нѣсколькимъ рукописямъ,

дошедшимъ до насъ, и нѣкоторымъ извлеченіямъ изъ его глоссъ, изданнымъ Венкомъ и Штёлльцелемъ. *Liber pauperum* представляетъ компиляцію кодекса и Дигестъ, предназначенную для студентовъ, которые не имѣли ни денегъ для покупки дорогихъ учебниковъ, ни времени для продолжительнаго изученія римскихъ источниковъ. Глоссы и краткія замѣтки включены между строками и на поляхъ. Одна изъ самыхъ раннихъ замѣтокъ показываетъ, какъ нашъ авторъ боролся съ трудностями въ примѣненіи церковныхъ привилегій, касающихся права давности. Согласно постановленіямъ Юстиніана церковнымъ учрежденіямъ не было запрещено предъявлять свои права собственности послѣ истеченія обычнаго тридцатилѣтняго давностнаго срока; этотъ срокъ былъ продолженъ для нихъ до 40 лѣтъ, а канонисты утверждали, что римская церковь сохраняетъ права даже на еще большій промежутокъ времени, именно до ста лѣтъ. Относительно послѣдняго пункта между цивилистами существовали значительные споры, въ которыхъ Вакарій, однако, не принималъ участія.

Устерская рукопись его книги просто приводитъ извлечение изъ 9-ой новеллы о привилегіи столѣтней давности для римской церкви и не входитъ въ разсмотрѣніе того, насколько она отмѣнена 111-ой новеллой. Но нашъ авторъ не упускаетъ отмѣтить вопросъ, связанный съ юридическимъ примѣненіемъ привилегіи. Можно ли ссылаться на истечение тридцатилѣтней давности противъ церкви, если послѣдняя приобрѣла собственность отъ частнаго лица, которое само не осуществляло своихъ правъ владѣнія въ теченіе 30 лѣтъ, согласно общему праву. По свидѣтельству глоссы Вакарія, одно направленіе юристовъ отвѣчало на это отрицательно, на томъ основаніи, что лицо, чьи права обезсиливаются давностью, не можетъ передавать собственности, которую не имѣетъ. Но нашъ глоссаторъ приводитъ также другое мнѣніе, по которому привилегія церкви вытекаетъ изъ ея особаго положенія и не зависитъ отъ правъ третьяго лица, ея право-предшественника.

Таковы, какъ я понимаю ихъ, краткія замѣтки въ *Liber pauperum* Вакарія; онѣ могутъ служить примѣромъ юридическихъ вопросовъ, представлявшихъ сами собою внимательному изслѣдователю римскихъ источниковъ.

Ближайшій раздѣлъ книги, посвященный комментарию къ *Dig. I 3*, озаглавленъ „о законахъ, указахъ, декретахъ сената и давнихъ обычаяхъ“ (*de legibus, constitutionibus, senatus consultis et longa consuetudine*). Онъ представляетъ болѣе общій интересъ, такъ какъ трактуетъ, согласно объяснительной глоссъ, о „законахъ относительно законовъ“, которые совершенно отличны отъ законовъ, касающихся сдѣлокъ (*leges legum — leges negotiorum*). Здѣсь Вакарій вступаетъ на почву самыхъ насущныхъ проблемъ юриспруденціи. Глоссаторы очень много занимались основнымъ вопросомъ объ отношеніи между закономъ и справедливостью. Мы уже имѣли случай отмѣтить радикальную точку зрѣнія „Извлеченій Петра“. Авторъ этого провансальскаго руководства не задумывается „попирать ногами“ положительныя нормы права, которыя кажутся ему устарѣлыми или противорѣчащими справедливости, и онъ отнюдь не является одинокимъ въ данномъ случаѣ. Авторъ трактата о „юридическихъ тонкостяхъ“ изображаетъ въ своемъ прологѣ „стѣну, на которой вырѣзаны тексты законовъ“. Многіе почтенные люди часто приближаются къ этой стѣнѣ и тщательно изучаютъ тексты для того, чтобы можно было устранить постановленія не согласныя съ справедливостью.

Въ рукописи учебника (*Summa Trecensis* *), представляющаго одну изъ первыхъ стадій глоссаторской юриспруденціи, мы читаемъ, что законы должны толковаться гуманно, такъ чтобы былъ сохраненъ ихъ общій смыслъ и не было расхожденій съ справедливостью; предписанія законовъ должны исполняться лишь въ томъ случаѣ, если они совпадаютъ съ справедливостью (*Summa Trecensis*, I, 14, §§ 6, 7). Съ другой стороны, самъ Ирнерій, какъ свидѣтельствуемъ его подлинная глосса, признавалъ опасность въ такихъ неограниченныхъ полномочіяхъ судьи измѣнять законъ **). Онъ считаетъ, что справедливость есть простое выраженіе общаго принципа правосудія, въ то время какъ законъ представляетъ этотъ же самый принципъ въ видѣ выраженія авторитетной воли. То

*) *Fitting* приписываетъ его Ирнерію.

**) См. Прибавленіе IV.

и другое, вследствие слабости человеческой природы, значительно разнится: законъ содержитъ частью больше, частью меньше того, что требуется справедливостью. Они приводятъ еще рядъ другихъ различій, а это обуславливаетъ и различіе въ толкованіи. Придавать послѣднему силу закона можетъ только высшая власть. По тому, что мы знаемъ объ ученіи Булгара, видно, что онъ стоялъ на сторонѣ болѣе строгаго истолкованія закона, въ то время какъ Мартинъ и его ученикъ Плацентинъ склонялись къ болѣе свободной интерпретаціи.

Любопытно, что точка зрѣнія Вакарія въ этомъ спорѣ развита въ короткой, но интересной глоссѣ.*) Онъ исходитъ изъ ученія, что лишь императору принадлежитъ право издавать и истолковывать законы. Для него самого законодательство есть обнаруженіе его воли, между тѣмъ какъ подчиненные магистраты и судьи примѣняютъ законъ по необходимости. Разъ это такъ, то нѣтъ ничего удивительнаго въ правилѣ, что государь не связанъ закономъ (*legibus solutus*); законъ самъ есть созданіе его воли. Далѣе, когда судья истолковываетъ законъ, то его интерпретація имѣетъ силу единственно для тяжущихся и притомъ постольку, поскольку они не имѣютъ законныхъ средствъ обжаловать его рѣшеніе.

Интерпретація, измѣняющая самый смыслъ правовой нормы, есть дѣло законодателя и не можетъ быть уступлена судѣ. Различныя противорѣчія между справедливостью и закономъ должны поэтому устраняться законодательнымъ путемъ, власть же судьи не простирается далѣе, чѣмъ того требуетъ непосредственно данный судебный споръ.

То же самое почтительное отношеніе къ верховной власти сохраняется и въ ученіи Вакарія о юридическомъ обычаѣ. Глоссаторы расходились по данному вопросу. Одни полагали, что разъ народъ воплотилъ свою законодательную власть въ императорѣ, то обычай подчиненъ закону и послѣдній не можетъ быть отмѣненъ обычаемъ даже тогда, когда онъ установленъ. По другому воззрѣнію, народный обычай является

пережиткомъ законодательной власти народа, и это оправдываетъ измѣненіе закона обычаемъ. Глосса Вакарія считается съ этой разницей взглядовъ. Его мысль та, что каждая норма можетъ быть уничтожена только тѣмъ же путемъ, какимъ она была создана. Разъ постановленіе сдѣлано,—оно имѣетъ законную силу даже противъ воли народа и несмотря на его протестъ. Поэтому оно не можетъ быть отмѣнено обычаемъ, развѣ только если народъ лишитъ суверена императорской власти и авторитета и снова присвоитъ ихъ себѣ. Послѣднія слова предполагаютъ возможность возвращенія власти народомъ.—Какъ извѣстно, это любопытное представленіе отнюдь не было необычно въ эпоху среднихъ вѣковъ.

Но эта сторона доктрины не развита далѣе, первая же часть глоссы вполне гармонируетъ съ отношеніемъ Вакарія къ законодательному всемогуществу суверена.

Приведенныхъ мѣстъ достаточно, чтобы показать, какая оживленная борьба идей происходила въ средѣ ученыхъ двѣнадцатаго вѣка. Ихъ дебаты велись по большей части въ рамкахъ академическихъ вопросовъ, но ясно, что интересы окружающей жизни далеко не оставались безъ вліянія на постановку и разрѣшеніе проблемъ. Юридическая интерпретація, вліяніе обычая, роль идеи суверенитета въ образованіи права,—все эти вопросы помимо своей существенной юридической важности имѣли и специальный интересъ для людей, жившихъ въ обществѣ, которому приходилось какъ бы заново открывать элементарные принципы правового и политическаго строя. Теоретики придавали своимъ опредѣленіямъ и различеніямъ слишкомъ педантическую форму; но при этомъ они оказали существенную услугу переходу дѣйствующаго права отъ хаотической неопредѣленности и слѣпой борьбы за существованіе къ сознательному и продуманному примѣненію.

*) Прибавленіе V.

ЛЕКЦІЯ III.

Римское право во Франціи.

Пособія: Brachylogus juris civilis, изд. Böcking, 1829; Lo Codi, изд. H. Fitting и H. Suchier, 1906; E. Litten, Ueber lo Codi und seine Stellung in der Entwicklung des Culpa-problems, въ „Mélanges“, Fitting, II, 1908; A. Tardif, Histoire des Sources du droit français; Origines romaines, 1890; J. Brissaud, Histoire du droit français, 1899; P. Viollet, Hist. du droit civil français, 1905; Esmein, Histoire du droit français, 8 éd. 1907; P. Viollet, Les Etablissements de St. Louis, I—IV, 1881—6; Ch. Guiraud, Essai sur l'histoire du droit français au moyen âge, 1846; Beaumanoir, Coutume de Beauvaisis, ed. Salmon, I, II, 1899; P. Van Wetter, Le droit romain et Beaumanoir, въ „Mélanges Fitting, II, 1908; Ed. Meynial, Des renonciations au moyen âge et dans notre ancien droit въ „Nouv. rev. hist. de droit français et étranger“, 1900, 1901, 1902, 1904; Bordier, Philippe de Rémi, sire de Beaumanoir, 1869.

1. Я уже имѣлъ случай отмѣтить нѣкоторые факты, показывающіе, что въ XI вѣкѣ Италия далеко не была единственной страной, гдѣ появились признаки возрождающейся культуры. Франція также стояла на пути къ новымъ идеаламъ просвѣщенія. Если условія итальянской жизни подготавливали возникновеніе болонской школы, то французская жизнь, въ свою очередь, подготавливала силы для расцвѣта парижскаго университета. Въ Парижѣ курсы читались по словесности, богословію и каноническому праву. Нигдѣ великое схоластическое движеніе, стремившееся къ сосредоточенію знаній, не было представлено сильнѣе, чѣмъ въ Парижѣ.

Оно обнаружило такой ростъ умственной мощи, который уже самъ по себѣ не могъ не оказать благотѣльнаго, хотя и косвеннаго, вліянія на изученіе права. И дѣйствительно, въ тотъ самый критическій періодъ, когда итальянскіе профессора постепенно вырабатывали свои доктрины, многіе французскіе ученые посвящали свои труды изученію права. Кромѣ уже упомянутыхъ „Извлеченій Петра“ слѣдуетъ обратить вниманіе на сочиненія Иво Шартрскаго (около 1100 г.). Его *Desretum* и *Ranormita* показываютъ близкое знакомство съ источниками римскаго права и, особенно, съ кодификаціей Юстиніана. Другимъ значительнымъ трудомъ французскаго происхожденія былъ *Brachylogus juris civilis*, очень ясное и научное руководство для преподаванія римскаго права, составленное вѣроятно въ первой четверти 12-го столѣтія. Обнаруживая уже нѣкоторые слѣды вліянія глоссаторовъ, оно по своему методу и расположенію матеріала является оригинальнымъ.

Самымъ же любопытнымъ вкладомъ Франціи въ возрожденіе римскаго права является недавно открытое изложеніе Юстиніанова Кодекса, такъ называемый *Lo Codi*, составленный для провансальскихъ судей. Подобно *Excerptiones Petri*, источникъ этотъ возникъ на юговостокѣ Франціи, по всей вѣроятности въ Арлѣ, городѣ, зависѣвшемъ въ то время отъ Имперіи. Намекъ на возможность взятія Фраги, укрѣпленнаго города барселонской Марки, даетъ основаніе приурочить составленіе „Codi“ приблизительно къ 1149 году.

Если въ „Извлеченіяхъ Петра“ уже встрѣчаются отдѣльныя провансальскія выраженія, то *Lo Codi* прямо написанъ по-провансальски и является первымъ трактатомъ римскаго права, составленнымъ на туземномъ нарѣчій. Провансальскій текстъ *Lo Codi* еще не изданъ; изданіе его только подготавливается профессоромъ университета въ Галле Suchier, — но латинскій переводъ, сдѣланный Ричардомъ Пизанскимъ нѣсколько ранѣе 1162-го года, уже находится въ нашихъ рукахъ благодаря стараніямъ профессора Германна Фиттинга, главнаго представителя изученія римскаго права въ средніе вѣка.

Lo Codi уже испыталъ вліяніе глоссаторовъ. Онъ близко слѣдуетъ за изложеніемъ Кодекса, находящимся въ Тройской рукописи (Summa Trecensis) и приписываемомъ Фиттингомъ самому Ирнерію.

Авторство послѣдняго, правда, доказать невозможно, но Summa Trecensis во всякомъ случаѣ представляетъ прекрасный образецъ трудовъ раннихъ глоссаторовъ. Компиляторы Кодекса пользовались также Суммой Кодекса (Summa Codicis) Рожера (Rogerus), глоссатора третьяго поколѣнія. Повидимому Рожеръ даже лично принималъ участіе въ компиляціи Lo Codi. Но послѣдній носитъ вполне опредѣленныя черты, съ одной стороны отличающія его отъ сочиненій Болонской школы, и съ другой связывающія его съ „Извлеченіями Петра“. Онъ написанъ не съ академическими цѣлями, но составленъ для судовъ и, въ частности, для мірянъ, исполняющихъ роль предсѣдателей судовъ или третейскихъ судей; онъ совершенно свободенъ отъ педантизма и неясныхъ аргументовъ, и его главная цѣль—ясность и доступность на случай справокъ. Въ немъ постоянно приводятся казусы, съ которыми обычно приходится имѣть дѣло на практикѣ. Словомъ, Lo Codi представляетъ руководство для непосредственнаго пользованія, отчасти напоминающее справочныя книжки современныхъ мировыхъ судей. Остановимся на двухъ—трехъ примѣрахъ того, какъ Lo Codi трактуетъ свои сюжеты.

Нормы, касающіяся отвѣтственности лица, въ пользованіи котораго находится чужое имущество, привлекали вниманіе римскихъ юристовъ. Ссудоприиматель, понятно, былъ отвѣтственъ за обманъ (dolus), но какъ далеко простиралась отвѣтственность за небрежность (culpa)? По сообщенію Цельза, Нерва училъ, что грубая небрежность (culpa latior) равносильна злему умыслу и является нарушеніемъ довѣрія. Но что считать мѣрой грубой небрежности? Codi разъясняетъ это понятіе на рѣзкихъ примѣрахъ, граничащихъ съ нелѣпностью. Равносильно умыслу считать безвреднымъ то, что во всѣхъ случаяхъ приноситъ вредъ; какъ, на примѣръ, если я оставлю книгу подъ дождемъ и не приму во вниманіе, что она можетъ быть попорчена, или, если я поведу лошадь, довѣренную моему попеченію, мѣстностью, гдѣ, какъ я знаю,

гнѣзятся воры или разбойники. Такіе поступки составляютъ грубую небрежность, и я долженъ вознаградить за вредъ, происходящій отъ нихъ.

Но указаній на очевидныя нелѣпности недостаточно. На практикѣ многое зависитъ отъ критерія разумности. И хотя Lo Codi не слѣдуетъ за римскими юристами въ тщательномъ проведеніи различій между culpa, culpa latior и dolus, зато онъ весьма заботливо останавливается на вопросѣ о критеріи разумнаго попеченія и дѣлаетъ это съ чисто практической точки зрѣнія. Классическіе юристы держались разныхъ мнѣній по данному вопросу: одни считали, что минимумъ средней заботливости достаточенъ для того, чтобы избѣжать прямой отвѣтственности за ущербъ, другіе полагали, что договаривающаяся сторона обязана проявлять наивысшую степень вниманія,—т. е. дѣйствовать такъ, какъ при данныхъ обстоятельствахъ дѣйствовалъ бы хорошій домохозяинъ (bonus paterfamilias) и разсудительный человѣкъ (sapiens). Компиляція Юстиніана и ранніе глоссаторы не обращали большого вниманія на эту контроверсу и не установили точныхъ практическихъ нормъ. Но не такъ поступаетъ Lo Codi. Съ его практической точки зрѣнія вопросъ о правильномъ критеріи гораздо болѣе важенъ, чѣмъ абстрактное опредѣленіе culpa. И Lo Codi разрѣшаетъ его, принимая, какъ критерій, наивысшую заботливость, если я обращаюсь со взятыми въ ссуду вещами, не такъ, какъ обращался бы на моемъ мѣстѣ человѣкъ благоразумный (sicut faceret aliquis sapiens homo, IV, 69, 9; ср. IV, 55, 3), то это является преступною небрежностью.

Приведемъ другой примѣръ, показывающій, до какой степени абстрактныя положенія римскаго права испытали вліяніе со стороны обычныхъ нормъ и мѣстныхъ условій. Въ пониманіи ущерба, причиненнаго кому-либо другимъ лицомъ путемъ мошенничества и обмана (fraude vel inganno, II, 10), Codi вообще слѣдуетъ ученію римскаго права въ II, 20 Кодекса Юстиніана. Но онъ вводитъ здѣсь измѣненія въ деталяхъ. Codi исходитъ изъ существеннаго различія. Если обманщикъ вовлекъ потерпѣвшую сторону въ невыгодную сдѣлку, напр., убѣдилъ заключить договоръ пу-

темъ сообщенія ложныхъ свѣдѣній, то этотъ контрактъ долженъ быть уничтоженъ по требованію потерпѣвшаго. Если я продалъ вещь челоуѣку, обманувшему меня относительно ея цѣны, то я въ правѣ требовать возмѣщенія разницы между неправильной цѣной и дѣйствительной стоимостью.

Если я вообще не имѣлъ въ виду продавать вещь и былъ вовлеченъ въ сдѣлку обманомъ, то продажа не имѣетъ никакой силы. Если обманъ имѣлъ мѣсто внѣ договора, то вознагражденіе должно быть дано, если ущербъ значителенъ—не менѣе двухъ византійскихъ золотыхъ.

Въ незначительныхъ случаяхъ иска не дается, но во всѣхъ важныхъ случаяхъ вознагражденіе должно быть гарантировано.

Такъ напримѣръ, предположимъ, что кто-либо, умирая, призываетъ къ себѣ своего брата и говоритъ ему: „братъ, будь моимъ наслѣдникомъ, а если ты не примешь наслѣдства, то наслѣдницей пусть будетъ моя жена“. Послѣ смерти завѣщателя вдова убѣждаетъ законнаго наслѣдника отказаться отъ наслѣдства, ложно представивъ дѣло такъ, что наслѣднику грозитъ разореніе отъ долговъ наслѣдодателя, а послѣ того какъ онъ послѣдовалъ ея совѣту, она принимаетъ наслѣдство сама. Въ этомъ случаѣ обманутый имѣетъ право возмѣщенія убытковъ, хотя не было заключено договора. Общая постановка вопросовъ и ихъ анализъ явно окрашены житейской практикой, а не просто скопированы изъ Юстиніанова Кодекса или глоссаторскихъ руководствъ.

2. Такимъ образомъ, въ провансальскомъ *Codi* мы имѣемъ превосходный образецъ разумнаго и практическаго пользованія римскимъ правомъ въ странѣ, гдѣ это послѣднее признавалось основнымъ юридическимъ авторитетомъ. Но вліяніе римскихъ источниковъ шло гораздо дальше. Оно существенно воздѣйствовало на состояніе права и въ тѣхъ частяхъ Франціи, которыя жили по обычному праву, основанному въ значительной степени на германской традиціи.

Здѣсь процессъ преобразования былъ особенно интересенъ. Онъ начался не съ признанія нѣкотораго внѣшняго

авторитета, изъ котораго должны были вытекать всѣ дальнѣйшія детальныя измѣненія, а съ своего рода борьбы за существованіе между конкретными нормами и институтами германскаго и римскаго происхожденія.

Естественно, что первый толчокъ въ этомъ направленіи былъ данъ распространеніемъ научныхъ знаній. Прежде чѣмъ примѣнять римское право, было необходимо изучать его, и въ этомъ отношеніи весьма существенно то обстоятельство, что болонская школа не только привлекала иностранцевъ и среди нихъ многихъ французовъ, но также и сама посылала учениковъ во Францію. Одинъ изъ наиболѣе блестящихъ глоссаторовъ, Плацентинъ, поссорившись съ Болоньей, сталъ знаменитымъ преподавателемъ права въ Монпелье. Юридическій факультетъ этого университета находился въ „*paus de droit écrit*“, въ области господства римскаго права, но онъ являлся въ то же время вліятельнымъ центромъ и для остальной Франціи. Не можетъ быть сомнѣнія, что этотъ соперникъ болонской школы, возникшій на французской почвѣ, значительно содѣйствовалъ развитію юриспруденціи и прогрессу самого права въ тѣ богатыя событіями столѣтія, когда и Франція и Англія вырабатывали основныя начала своего національнаго права. Позднѣе, авторитетнымъ представителемъ юридическаго образованія въ „*paus de droit coutumier*“ сдѣлался Орлеанскій университетъ, получившій въ 1312 г. грамоту отъ Филиппа IV, но этотъ официальный шагъ былъ подготовленъ дѣятельностью писателей-юристовъ и академическимъ вліяніемъ сначала въ Монпелье, а затѣмъ въ самомъ Орлеанѣ.

Царствованіе Людовика Святого замѣчательно не только Крестовыми походами и блестящимъ расцвѣтомъ рыцарства, но и развитіемъ юридическихъ институтовъ. Судебный поединокъ былъ отодвинутъ на задній планъ и его мѣсто въ королевскихъ судахъ заняло разслѣдованіе дѣла путемъ свидѣтельскихъ показаній. Въ то же время и организація парижскаго парламента отливается въ систематическія и развитыя формы. Это юридическое возрожденіе было вызвано главнымъ образомъ двумя явленіями: ростомъ королевской власти и тщательнымъ изученіемъ права. Слѣдуетъ отмѣ-

тить появленіе Conseil à un ami („совѣта другу“) Филиппа Фонтэня, балби въ Вермандуа. Эта работа свидѣтельствуесть о сильномъ интересѣ къ писанному праву и въ то же время о крайне жалкомъ пониманіи его: Фонтэнь просто выписываетъ отдѣльныя мѣста изъ Дигестъ и Институцій, не будучи въ состояніи ни связать, ни истолковать ихъ. Болѣе любопытно произведеніе орлеанской школы „Книга правосудія и тяжбъ“ (le livre de justice et de plaid). Изъ ея 342 статей 197 извлечены изъ римскихъ источниковъ, а остальные изъ мѣстныхъ кутюмовъ. Неизвѣстный намъ авторъ, можетъ быть профессоръ орлеанской школы, старается оживить свой сухой сюжетъ многочисленными ссылками на рѣшенія и изреченія крупныхъ личностей своего времени; однако, эти ссылки оказываются на дѣлѣ вымышленными, отчасти напоминая подобныя же ссылки на короля Альфреда и англосаксонскихъ судей въ англійскомъ *Mirror of Justices*. Такъ, подъ именемъ самого короля Людовика появляется цитата изъ Ульпiana, а цитаты, приписываемыя Renaut de Tricot, Geoffrey de la Chapelle и т. п., подлинны не болѣе ея.

Рядомъ съ упомянутыми трудами стоитъ частная компиляція, получившая значительное распространеніе и вліяніе подъ именемъ *Etablissements de Saint Louis*. Только первыя девять главъ ея дѣйствительно заимствованы изъ ординасовъ Людовика Святого; остальные параграфы первой книги представляютъ запись кутюмнаго права въ Турэнъ-Анжу, а вторая книга содержитъ кутюмы Орлеанъ. Компиляторъ кое-какъ сшилъ эти два документа обычнаго права съ извлеченіями изъ юстиніанова *Corpus juris*, но, даже если удалить эти мѣста, то вліяніе римскаго права все же остается ясно различимымъ, особенно въ орлеанскомъ кутюмѣ.

3. Наболѣе интереснымъ документомъ юридическаго возрожденія во Франціи подъ вліяніемъ римскаго права является извѣстный *Coutume de Beauvaisis*, составленный Филиппомъ Реми, сиромъ Бомануаръ между 1279 и 1283 гг., только десятью или пятнадцатью годами позже великаго трактата Брактона объ англійскомъ Общемъ правѣ. Бомануаръ (*Beaupoir*) былъ балби, т. е. судьею и намѣстникомъ въ граф-

ствѣ Клермонъ въ Бовэзи, принадлежавшемъ Роберту Клермонтскому, шестому сыну Людовика Святого. Это былъ человекъ выдающихся способностей, образованія и опытности. Въ ранней юности Бомануаръ служилъ въ Англии и, кромѣ своего вышеупомянутаго юридическаго трактата, оставилъ также поэтическія произведенія,—между ними поэтическій романъ, описывающій приключенія французскаго рыцаря Jehan'a и прекрасной оксфордской дамы Blonde d'Oxford. Оригинальность мысли не покинула Бомануара и тогда, когда онъ принялся за составленіе трактата по юридическимъ вопросамъ, и его *Coutume de Beauvaisis* представляетъ собою одинъ изъ самыхъ лучшихъ юридическихъ трактатовъ. Бомануаръ въ совершенствѣ знаетъ свое римское право и пользуется имъ съ свободой и ловкостью человека, овладѣвшаго вполне его содержаніемъ и не слѣдующаго рабски своему авторитету. Лучшимъ средствомъ для сужденія о вліяніи римскаго права на юридическую практику сѣверной Франціи является нѣсколько болѣе детальное разсмотрѣніе ученія Бомануара по двумъ тремъ юридическимъ вопросамъ.

Прологъ Бомануара *) заслуживаетъ особеннаго вниманія. Авторъ не стремится импонировать читателю своимъ личнымъ авторитетомъ; онъ даже скрываетъ свое имя до конца труда, „для того чтобы хорошее вино, которое онъ предлагаетъ, не осталось не испробованнымъ благодаря скромной этикеткѣ (étiquette)“. Мы не должны, конечно, слишкомъ вѣрить этой скромности автора, но все-таки ясно, что Бомануаръ задается весьма ограниченной и непритязательной цѣлью. Онъ прежде всего стремится изложить въ основныхъ чертахъ мѣстные обычаи его родной области — Клермонъ въ Бовэзи; съ ними онъ, по собственному его признанію, лучше всего знакомъ, между тѣмъ какъ за точное знаніе всего того, что выходитъ за предѣлы Бовэзи, онъ не можетъ поручиться. Поэтому Бомануаръ основываетъ свое изложеніе на дѣйствительно имѣвшихъ мѣсто судебныхъ рѣшеніяхъ или безспорныхъ кутюмахъ Клермона; онъ главнымъ образомъ довѣряетъ имъ, и, только когда возникаетъ сомнѣніе отно-

*) См. Приложение VI.

сительно мѣстныхъ обычаевъ, обращается къ кутюмамъ сосѣднихъ владѣній или даже къ общему праву французскаго королевства. Эта точка зрѣнія характерна для французскаго юриста того періода, который можно еще называть феодальнымъ. Она прямо противоположна методу Брактона, который, опираясь на судебный авторитетъ королевскихъ судовъ, задается цѣлью описать общее право (common law) Англии и рассматриваетъ мѣстные обычаи только какъ второстепенный источникъ юридическаго матеріала. Разъ это такъ, то какой смыслъ слѣдуетъ приписать термину „общее право“ (droit commun) у Бомануара? Этотъ терминъ попадаетъ нѣсколько разъ въ его трактатъ и можетъ только обозначать правовыя нормы, общепринятыя во всемъ французскомъ королевствѣ, какъ напр., правило, что мужъ распоряжается собственностью жены во все время ихъ супружеской жизни. Это правило не является ни нормой, специально выраженной въ кутюмахъ Бовэзи или установившейся въ трибуналахъ Клермона, ни нормой, находящейся въ строгомъ соотвѣтствіи съ Юстіановымъ правомъ, а есть лишь взглядъ, который вообще получилъ преобладаніе во Франціи и, по всѣмъ вѣроятіямъ, проводился королевскими судами, напр., парижскимъ парламентомъ (см. § 552 объ опекахъ). Изъ этого и изъ другихъ примѣровъ видно, что Бомануаръ употребляетъ выраженіе „общее право“ въ болѣе широкомъ и менѣе опредѣленномъ смыслѣ, чѣмъ Брактонъ. Въ то время какъ для послѣдняго Common law Англии является совокупностью нормъ, содержаніе и практическое примѣненіе которыхъ устанавливается королевскими судами, французскій юристъ имѣетъ въ виду скорѣе сравнительное сходство отдѣльныхъ кутюмовъ, въ результатъ котораго и возникаетъ то, что можетъ быть названо общимъ правомъ всѣхъ французскихъ областей. Нѣкоторые изъ рукописей Бомануара прямо выражаются въ этомъ смыслѣ въ томъ мѣстѣ, которое мы только что привели. При установленіи нормъ „общаго права“ ссылка на авторитетъ королевскихъ судовъ и парижскаго парламента не исключается, но и не указывается, какъ безусловно необходимая (ср. § 374). Что же касается до предположенія, что дѣло идетъ здѣсь о римскомъ правѣ, то ав-

торъ не могъ говорить о немъ какъ о главномъ или общемъ, въ томъ, напримѣръ, смыслѣ, какъ дѣлали это ломбардскіе юристы. Римское право, какъ таковое, не было признано внутри территоріи обычнаго права. Оно примѣнялось лишь поскольку оно уже ранѣе было признано въ рѣшеніяхъ мѣстныхъ судовъ, мѣстными или общими кутюмами. Это ясно доказывается двумя положеніями; во-первыхъ, Бомануаръ выразительно заявляетъ, что всякій разумный человѣкъ долженъ слѣдовать не „старымъ законамъ“, которые онъ не можетъ знать достаточно хорошо, а своимъ собственнымъ обычаямъ, и, во-вторыхъ, прологъ Бомануара, конструированный по схемѣ одного мѣста Юліана въ Дигестахъ, намѣренно уклоняется отъ послѣдняго въ рѣшительномъ пунктѣ. Тамъ, гдѣ Юліанъ рекомендуетъ обращаться къ праву города Рима, Бомануаръ говоритъ объ „общемъ правѣ королевства Франціи“, или „кутюмахъ Франціи“.

4. Я остановился на анализѣ этого пролога, потому что онъ даетъ ключъ къ пониманію отношенія Бомануара къ римскому праву. Бомануаръ не считаетъ послѣднее за авторитетъ и однако постоянно пользуется римскими нормами, поскольку онѣ были восприняты французскими кутюмами или судебными трибуналами. Вслѣдствіе этого онъ ни разу не дѣлаетъ прямыхъ ссылокъ на римскіе трактаты, но его выраженія тѣмъ не менѣе часто буквально повторяютъ слова послѣднихъ; короче говоря, Бомануаръ имѣетъ дѣло не съ писаннымъ правомъ Рима, а съ обычнымъ правомъ, отчасти заимствованнымъ изъ римскихъ источниковъ. Хорошіе примѣры этого даютъ главы его книги о такъ-называемыхъ „ренунаціяхъ“, т. е. оговоркахъ, помѣщаемыхъ въ документахъ и заключающихъ въ себѣ отказъ отъ пользованія извѣстными тяжёлыми средствами и возраженіями. При этомъ упоминается о цѣломъ рядѣ чисто римскихъ формъ, оговаривается, напр., *exceptio rescriptae non pignoratiae* *), и жалоба продавца, получившаго менѣе чѣмъ половину стоимости своей собственности. Ясно, во всякомъ случаѣ, что Бомануаръ не самъ составилъ этотъ

*) Возраженіе противъ иска объ уплатѣ долга, что отвѣтчикъ деньги не получилъ.

списокъ „ренунціацій“. Онъ просто приводитъ обычныя формулы, проложившія себѣ путь изъ области писаннаго права на югѣ, гдѣ онѣ имѣли гораздо болѣе реальное значеніе, на сѣверѣ, въ территоріи права кутюмнаго (§§ 1094—1098). Это дѣлаетъ отношеніе Бомануара къ римскому праву еще болѣе интереснымъ: оно зависитъ не отъ его личнаго вкуса, но отъ самаго процесса рецепціи, совершавшагося въ правовыхъ обычаяхъ и юриспруденціи его времени.

Въ XIII столѣтіи юриспруденція выработала нѣсколько основныхъ положеній относительно судопроизводства.

Вопросы о томъ, какими способами и въ какомъ порядкѣ можно добиваться охраны правъ, въ какихъ формахъ представлять иски, какія допустимы возраженія на послѣдніе, имѣли великое значеніе. До тѣхъ поръ, пока эти и подобныя имъ процессуальные вопросы не были разрѣшены, всѣ споры по существу о правѣ являлись праздными. Важность судопроизводства, какъ основа матеріальнаго права, усиливалась кромѣ того сложностью судоустройства: приходилось проводить разграниченія, съ одной стороны, между различными степенями феодальной іерархіи, съ другой между свѣтскими и духовными судами. Эти затрудненія стояли передъ англійскими юристами уже въ XII столѣтіи, во время Генриха II, тогда какъ во Франціи они начали выясняться только цѣлое столѣтіе спустя, при Людовикѣ Святомъ и его преемникахъ. Изъ трактата Бомануара ясно, что знакомство съ римскими терминами и процессуальными формами въ значительной степени облегчило работу французскихъ юристовъ. Начало изложенія нашимъ авторомъ различныхъ видовъ процессовъ иллюстрируетъ данное положеніе (гл. VI). Бомануаръ отмѣчаетъ, что клирики, ученое духовенство имѣютъ въ своемъ распоряженіи весьма удобныя выраженія, заимствованныя изъ латинскаго языка, но свѣтскія лица не понимаютъ эти термины, когда они переведены по французски. Ихъ слѣдуетъ объяснить для послѣднихъ и тогда они, какъ бы одѣтые въ туземную одежду, могутъ употребляться въ свѣтскихъ судахъ. Искъ начинается съ *demande* (прошенія или жалобы), соответствующаго *libellus* клириковъ (при этомъ подразумѣвается *libellus conventionis* поздняго римскаго права). Бомануаръ не

упоминаетъ о *libellus responsionis* отвѣтчика *), но онъ обстоятельно говоритъ о возраженіяхъ, которыя могутъ быть выставлены противъ доводовъ истца. Какъ и въ римскомъ процессѣ, онъ называетъ ихъ *exceptions*, при чемъ истецъ можетъ противопоставить имъ контрвозраженія — *replications*, согласно съ указаніями *Corpus juris*. Но здѣсь сходство прекращается. Римляне допускали дальнѣйшія пренія обѣихъ сторонъ: дубликаціи, трипликаціи и т. д., и церковные суды слѣдовали имъ въ этомъ отношеніи; но въ свѣтскихъ судахъ дѣло обстоило иначе. Процессъ былъ упрощенъ, и каждая сторона могла представить возраженія только одинъ разъ; послѣ того процессъ сводился къ разрѣшенію вопроса о фактѣ. Контекстъ, въ которомъ изложено все это ученіе, позволяетъ предположить, что романистскіе взгляды перешли въ суды кутюмнаго права черезъ посредство церковныхъ трибуналовъ. Точно такъ же мы находимъ въ *Coutume de Beauvaisis* (какъ и въ *Établissements de St. Louis*) юстиціанову классификацію исковъ на личные, вещные и смѣшанные: первые представляются для понужденія къ исполненію обязательствъ, вторые направлены на приобрѣтеніе права собственности на вещи и третьи исходятъ отъ обязательствъ, но осуществляются въ требованіи вещи (§§ 228—230, ср. *Inst. IV, 6, § 2, 20*). Въ данномъ случаѣ нѣтъ надобности предполагать вліяніе каноническаго права: эти различія были хорошо извѣстны и часто обсуждались во всѣхъ школахъ права.

Для юристовъ XIII вѣка являлся особенно важнымъ вопросъ объ основномъ различіи между собственностью и владѣніемъ и объ его вліяніи на процедуру. Въ древне-германскомъ правѣ, когда частная собственность на землю была весьма ограничена, споры о собственности происходили главнымъ образомъ между родами, деревнями, церковными учрежденіями и т. д. и разсматривались какъ нѣчто совершенно отличное отъ притязаній частныхъ лицъ. Съ другой стороны, право, охраняющее заимку и владѣніе, быстро росло и основывалось на приложеніи труда къ данному земельному участку. Разъ человѣкъ допустили поселиться на участкѣ земли

*) Относительно *niance de fait*, см. § 257.

и обрабатывать его въ теченіе года и дня, то онъ имѣлъ право искать судебной защиты своего труда и владѣнія. Таково начало своеобразно германскаго „владѣнія“, на основаніи давности года и дня. Она вытекаетъ изъ дѣйствительной, хотя и кратковременной обработки участка, на который за этотъ срокъ не предъявлялось притязаній другими лицами. Этотъ видъ пріобрѣтенія владѣнія отчетливо оговоренъ въ кутюмѣ Турэна-Анжу, включенной въ первую книгу *Établissements* (I, 163), и онъ же встрѣчается въ трактатѣ Бомануара. „Пользованіе въ теченіе года и дня достаточно для пріобрѣтенія „сезины“ (защищаемаго закономъ владѣнія); такъ напр. сезина устанавливается, если человекъ держитъ пахотную землю, или виноградникъ, или иное какое-либо наслѣдство (т.-е. землю) и пользуется ея плодами въ теченіе года и одного дня. Если въ теченіе этого срока кто-либо помѣшаетъ ему, то сеньоръ долженъ удалить мѣшающаго, пока фактическій владѣлецъ не потеряетъ правъ на землю въ судебномъ процессѣ“ (§ 685, ср. 955). Не говоря уже о введеніи особо короткаго періода для установленія заимочной давности, мы замѣчаемъ здѣсь и опредѣленное стремленіе властей защищать сезину, какъ предварительное основаніе для заимки земли и пользованія ею. Этотъ принципъ оказывалъ широкое вліяніе и изъ него вытекали различные иски. Извѣстное процессуальное средство англійскихъ судовъ—искъ о новой диссезинѣ—не безызвѣстенъ и французскому праву, хотя онъ и введенъ во Франціи позднѣе, королевскимъ ордонансомъ 1277 г. (§§ 958, 959). Кромѣ того обычная процедура позволяла обиженному принесеніе жалобы и иска мѣстному феодальному сеніору противъ насильственного нарушенія мирнаго владѣнія, и для этого было достаточно, чтобы владѣніе продлилось годъ и одинъ день. Съ другой стороны, каноническое право заимствовало изъ римскаго права процессуальную форму, которая черезъ посредство церковной юрисдикціи получила доступъ въ провинціальныя кутюмы, напр., въ Орлеанскую. Здѣсь развивается совершенно иная теорія пріобрѣтенія права владѣнія. Лицо, потерпѣвшее вслѣдствіе нарушенія мирнаго пользованія участкомъ, могло вчинить искъ о *réintégrande*,

при чемъ судъ, при рѣшеніи во прося о давности, считалъ 10-лѣтнее пользованіе достаточнымъ для установленія послѣдней, если имѣлось какое-нибудь разумное основаніе для такого пользованія; въ случаѣ если такового не оказывалось, давность считалась 30-лѣтняя. Бомануаръ вполне опредѣленно говоритъ объ ученіи относительно десяти и тридцатилѣтней давности; при этомъ онъ рекомендуетъ своимъ читателямъ хлопотать объ установленіи сезины по давности, прежде чѣмъ пускаться въ гораздо болѣе трудную тяжбу о собственности. Только когда установлена первая, можно пытаться доказывать послѣднюю (§ 199).

Съ этой точки зрѣнія „счастливаго обладанія“ (*beati possidentes*) и орлеанская кутюма и Бомануаръ придаютъ большое значеніе правилу, которое выражалось формулой— *le mort saisit le vif*. Она обозначаетъ не то, что мертвый хватаетъ живого, а то, что земельная сезина или наслѣдство переходятъ отъ мертваго, т.-е. отъ предка, къ живому, т.-е. къ его потомку. Это просто краткое и болѣе сильное выраженіе той мысли, что наслѣднику нѣтъ нужды доказывать свое право на землю: оно защищается сезиной его предшественника. Вопросъ о собственности превращается такимъ образомъ въ вопросъ о наслѣдственныхъ правахъ—и здѣсь мы опять оказываемся на чисто римской почвѣ.

Технической характеръ этихъ правилъ не долженъ заслонять отъ насъ ихъ крупнаго соціальнаго значенія. Разработка ученія о сезинѣ, покровительствуемому владѣнію, со всѣми его деталями и развѣтвленіями, дѣлаетъ возможнымъ избѣгать запутанныхъ феодальныхъ споровъ и, что еще важнѣе, установить правовой порядокъ тамъ, гдѣ неограниченно царили насиліе и случайное завладѣніе. Борьба съ захватами, выразившаяся въ „ассизѣ новой Диссезины“, являлась прекраснымъ свидѣтельствомъ дѣятельности и соціального значенія государства. Разъ было установлено покровительство владѣнія, можно было приступить и къ различенію основныхъ принциповъ права. Римскія опредѣленія и нормы сыграли въ этомъ процессѣ правового развитія далеко не малую роль.

5. Что касается до семейнаго права, то здѣсь вліяніе римскихъ понятій было не такъ сильно, потому что нѣкоторыя римскія нормы остались архаичными (каковой была напр., даже въ своей смягченной формѣ, *patria potestas*). Было мало основаній выбирать между германскими и римскими обычаями, относящимися до отеческой власти и привилегированнаго положенія мужчинъ во всякаго рода юридическихъ сдѣлкахъ. Съ другой стороны, въ тѣхъ частяхъ права, которыя такъ или иначе были связаны съ родствомъ, старинные племенные обычаи обнаруживали особенную стойкость. Поэтому мы находимъ въ кутюмахъ Бовези такіе институты, какъ *retrait lignager*, право выкупа вещей, отчужденныхъ родственниками, затѣмъ германское приданое (*douaire*)—часть, закрѣпляемая за женой изъ собственности мужа, и т. д.

Весьма важнымъ отступленіемъ отъ германскихъ обычаевъ является допущеніе матери къ опеку надъ малолѣтними дѣтьми (§ 629; ср. Nov. 118). Это рѣзко противорѣчитъ какъ древне-германскимъ, такъ и древне-римскимъ воззрѣніямъ. Возможно, что мы имѣемъ здѣсь дѣло не съ принципомъ, заимствованнымъ изъ юстиніанова права, а съ туземной эволюціей правовыхъ представленій.

Въ 640 параграфѣ Бомануаръ разсуждаетъ объ отвѣтственности родителей за преступленія, совершенныя ихъ дѣтьми. Согласно этой точкѣ зрѣнія, отецъ долженъ платить наложенную на дѣтей пеню, если они находятся подъ его покровительствомъ (*mainburnie*). Дѣти, находящіяся подъ покровительствомъ отца, не имѣютъ никакой собственности—все равно, достигли они совершеннолѣтія или нѣтъ. Если отецъ или мать хотятъ избѣжать отвѣтственности, они должны выпустить дѣтей изъ подъ своей власти (*main*) и покровительства (*mainburnie*) и раздѣлить съ ними „хлѣбъ и похлебку“ (*rain et pot*). Это ученіе представляетъ причудливую комбинацію терминовъ,—*main*, соответствующаго римскому *manus* (въ смыслѣ власти, авторитета), и *mainburnie*, испорченнаго германскаго *mundeburdis*. Существеннымъ пунктомъ въ немъ является то, что дѣти, живущія у одного очага съ родителями, даже и по достиженіи совершеннолѣтія

не считаются независимыми личностями въ смыслѣ правъ собственности — очень яркое выраженіе принципа единства совмѣстнаго хозяйства. Этотъ принципъ весьма характеренъ какъ для германскихъ, такъ и для римскихъ, архаичныхъ обычаевъ. Согласно *Corpus juris*, лицо, достигшее совершеннолѣтія, остается во власти отца, пока оно не эманципировано имъ: раздѣленіе общаго хозяйства и правъ собственности происходило обычно лишь при женитьбѣ сына.

Другимъ отдѣломъ права, испытавшимъ сильное римское вліяніе, было ученіе о договорахъ. Оно приобрѣтало тѣмъ большую важность, чѣмъ болѣе развивался торговый оборотъ, и естественно, что римскія нормы, въ сравненіи съ обычаями варварскихъ общинъ, имѣли тутъ большое преимущество. Кромѣ того, обстоятельства, ведущія къ возникновенію обязательствъ, къ настаиванію на ихъ выполненіи или къ объявленію ихъ недѣйствительными, значительно варьируются и даютъ поводъ къ сложной казуистикѣ. Адвокаты и юристы могли поэтому съ болѣею свободой проводить здѣсь свои личные взгляды и ссылаться, въ подтвержденіе ихъ, на римскіе юридическіе источники: такъ, напримѣръ, опредѣленіе товарищества (*compagnie*) заимствовано Бомануаромъ изъ Институцій, III, 25 §§ 1, 2. Бомануаръ особенно старается внушить своимъ читателямъ мысль, что равенство денежныхъ взносовъ не является необходимымъ условіемъ для полученія равнаго дивиденда. Для этой цѣли особенно удобно было сослаться на соответствующее мѣсто Институцій.

При анализѣ обязательствъ, заключенныхъ по порученію (*mandatum*), въ связи съ личнымъ характеромъ послѣдняго возникаютъ нѣкоторые затруднительные вопросы. Не трудно видѣть, что, если лицо, давшее порученіе, измѣнитъ свое намѣреніе и своевременно отмѣнитъ порученіе, то контрактъ теряетъ силу. Точно также ясно и то, что если отмѣна порученія не дойдетъ до исполнителя и послѣдній добросовѣстно выполнитъ его такъ, какъ оно было дано ему, то поручившій все же будетъ связанъ имъ. Но какъ поступить, если послѣдній умретъ? Такъ какъ агентъ представляетъ его личность, то договоръ долженъ потерять силу и наслѣдникъ поручившаго не связанъ обязательствомъ. Слѣдуетъ, однако,

по справедливости предусмотрѣть одинъ возможный оборотъ дѣла: если наслѣдникъ получить известную выгоду отъ исполненія мандата, то онъ не можетъ отказаться отъ обязательства. Такимъ образомъ Бомануаръ во всѣхъ отношеніяхъ слѣдуетъ Институціямъ (III, 26, §§ 9, 10) (§§ 810, 811).

Нѣтъ надобности вести дальше изслѣдованіе вліянія римскаго права на текстъ Бомануара. Сказаннаго болѣе чѣмъ достаточно, чтобы показать, какъ велико оно было. Это вліяніе было обусловлено превосходствомъ римскихъ правовыхъ нормъ въ борьбѣ съ соотвѣтствующими, но не тождественными понятіями германскаго происхожденія. Распространеніе римскихъ юридическихъ доктринъ не привело, однако, ни къ случайному нагроможденію фрагментовъ, ни къ слѣпому заимствованію римскихъ нормъ и полному подчиненію имъ по формѣ и содержанію. Оно привело скорѣе къ разумной „рецепціи“, если будетъ позволено мнѣ употребить этотъ обычный терминъ нѣмецкихъ ученыхъ. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ римскія понятія были видоизмѣнены, комбинированы съ туземными возрѣніями или всецѣло отброшены. Для лучшаго уясненія того, какимъ образомъ происходилъ этотъ процессъ рецепціи, не мало даетъ знакомство съ такой личностью, какъ Бомануаръ.

6. Прежде чѣмъ покончить съ даннымъ вопросомъ, слѣдуетъ обратить вниманіе на одну особенность въ психологической сторонѣ рецепціи. Нерѣдко случалось, что практикующіе юристы или ученые судья, являвшіеся главными проводниками римскихъ возрѣній, заимствовали ту или иную доктрину не для того, чтобы провести ее въ ея собственномъ и логическомъ значеніи, а лишь для того, чтобы подкрѣпить или доказать ею какое-либо собственное мнѣніе, которое можетъ-быть и не совпадало въ точности съ нормой, выдвинутой въ его защиту. Возьмемъ, напримѣръ, знаменитое правило, *quod principi placuit legis habet vigorem* (Inst. I, 1, 2 § 6). Бомануаръ въ точности приводитъ его въ 1103 параграфѣ. Но, разумѣется, цѣль его заключается не въ томъ, чтобы привить въ современной ему Франціи эту доктрину, какъ обще-конституціонную норму. Да и было бы странно, если бы онъ собирался дѣлать это въ кон-

цѣ XII столѣтія, во время Филиппа Красиваго, всего нѣсколько лѣтъ до того, какъ королю съ большимъ трудомъ удалось созвать первое болѣе или менѣе полное собраніе Штатовъ королевства. Нѣтъ, Бомануаръ пользуется знаменитымъ правиломъ, чтобы подкрѣпить, придать авторитетъ своимъ собственнымъ соображеніямъ на счетъ права короля, отправляющагося въ экспедицію или крестовый походъ, приостанавливать исполненіе обязательствъ для рыцарей, присоединяющихся къ его арміи. Въ этомъ средневѣковомъ облаченіи едва ли можно узнать изреченіе римскаго юриста, но мы не должны обвинять балби изъ Клермонта въ невѣжество или непониманіи; онъ просто пользуется римскимъ матеріаломъ для постройки своего собственнаго зданія.

Другой любопытный случай въ этомъ же духѣ относится къ употребленію Бомануаромъ начала *res judicata**): послѣ постановленія приговора по известному дѣлу онъ не можетъ быть отмѣненъ тѣмъ же судомъ. При отсутствіи такого правила тяжба могла бы стать безконечной, и римляне, признавая это правило въ теоріи, послѣдовательно проводили его и на практикѣ. Такъ же поступаетъ Бомануаръ (въ 31 статьѣ), но онъ даетъ этому правилу своеобразное толкованіе. Единственнымъ рѣшеніемъ, къ которому относится правило о *res judicata*, является, по Бомануару, приговоръ въ судебномъ трибуналѣ феодальнаго синьора, составленномъ изъ полнаго комплекта засѣдателей, пэровъ, или согласно средневѣковой фразеологіи *prud'hommes*. Отъ такого рѣшенія должно отличать рѣшеніе, вынесенное балби въ качествѣ единоличнаго судьи по достаточно яснымъ и допускающимъ примѣненіе обычая дѣламъ. Такое рѣшеніе не есть судебный приговоръ. Почему нашъ юристъ прибѣгаетъ здѣсь къ такой двусмысленной игрѣ словами? Причина этого двоякая. Во-первыхъ, онъ хочетъ дать просторъ личной юрисдикціи балби, не стѣсняемой вмѣшательствомъ засѣдателей,—а во-вторыхъ, проводимое имъ различіе имѣетъ цѣлью, не нарушая правила о *res judicata*, предоставить возможность вторичнаго разсмотрѣнія нѣкото-

*) См. Прил. VII.

рыхъ вопросовъ, найденныхъ балы слишкомъ сложными, путемъ перенесенія ихъ въ полный составъ суда. Во всякомъ случаѣ мы должны привыкнуть не относиться слишкомъ узко и педантично къ ссылкамъ нашего юриста на римскіе тексты. Бомануаръ не имѣлъ въ виду дать намъ безупречный комментарий къ *Corpus juris*; его задачей было использование нѣкоторыхъ римскихъ доктринъ для своихъ собственныхъ юридическихъ цѣлей въ качествѣ мудраго французскаго судьи.

ЛЕКЦІЯ IV.

Римское право въ Англіи.

Пособія: Pollock and Maitland, *History of English law*, I, II; W. S. Holdsworth. *History of English law*, II, III, 1909; Stubbs, *Lectures on Mediaeval and Modern History*; Selden, *Dissertatio ad Fletam*. Maitland, *Bracton's Notebook*, 1888; Marcel Fournier, *L'Eglise et le droit romain au XIII s.*, въ „*Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*“, 1890; E. Caillemer, *Le droit civil dans les provinces Anglo-Normandes au XII s.*, 1883; Glanvill, *De legibus et consuetudinibus Angliae*; Bracton, *De legibus Angliae*; *Güterbogk*, Henricus de Bracton und sein Verhältniss zum römischen Recht; F. W. Maitland, *Bracton and Azo*; Selden Society. VIII, 1894; P. Vinogradoff, *Villainage in England*, 1892; James Williams, *Latin Maxims in English Law*, „*Law Magazine and Review*“, 1895, August.

Хотя римское гражданское право не вошло въ качествѣ составного элемента, признаннаго и проводимаго судами, въ англійское общее право (*Common Law*), оно тѣмъ не менѣе оказало мощное вліяніе на развитіе юридическихъ доктринъ въ критическую эпоху XII и XIII в.в., когда закладывалось основаніе общаго права. Въ самомъ дѣлѣ, преподаваніе римскаго права, начатое Вакаріемъ, одно время, казалось, должно было поглотить все остальные отрасли знанія; въ Оксфордѣ на исходѣ XII столѣтія не было болѣе популярнаго факультета, чѣмъ юридическій. Это движеніе было однако до извѣстной

степени приостановлено могучими социальными влияниями, действовавшими въ противоположномъ направлении. Церковь ясно увидѣла, что распространеніе свѣтскаго образованія въ области права угрожаетъ ея господству: каноническое право болѣе рѣзко ограничивается отъ гражданской юриспруденціи и начинаетъ противодействовать этой послѣдней въ ея стремленіяхъ къ юридическому верховенству. Одна булла Гонорія III (*Super Speculam*, 1217 года) и другая Иннокентія IV (*Dolentes*, 1259 г.) были направлены противъ преподаванія римскаго права въ Парижѣ и „сосѣднихъ странахъ“. Съ другой стороны, противъ космополитическихъ доктринъ росла и національная оппозиція, опредѣленно выразившаяся во многихъ фактахъ. Такъ въ 1234 г. Генрихъ III запретилъ преподаваніе цивильнаго права въ Лондонѣ, а въ 1236 г. знать Англіи, собравшаяся въ Мертонѣ, при обсужденіи вопроса о незаконныхъ дѣтяхъ, высказалась противъ всякихъ измѣненій англійскихъ обычаевъ въ угоду чужеземнымъ взглядамъ (*plurimus leges Angliae mutari*).

Тѣмъ не менѣе, преподаваніе римскаго права никогда не прекращалось въ главныхъ центрахъ англійскаго просвѣщенія. Сами канонисты часто ссылались на его источники, какъ это показываетъ, напр., „золотая книга“ (*Summa aurea*) оксфордскаго профессора Вильяма изъ Дрогеды (XIII в.). Изученіе римскаго права въ Кэмбриджѣ можетъ быть прослѣжено какъ разъ съ этого XIII столѣтія, въ теченіе котораго столь часто раздавались протесты властей противъ его введенія. Это изученіе имѣло мѣсто въ обоихъ университетахъ и другихъ менѣе крупныхъ центрахъ просвѣщенія, при чемъ римское право разсматривалось, какъ нѣчто вродѣ „общей юриспруденціи“; въ качествѣ таковой оно оказывало значительное, хотя и косвенное, влияніе на практику общаго права.

Обращаясь къ результатамъ изученія римскаго права въ Англіи, слѣдуетъ, во-первыхъ, отмѣтить его отношеніе къ главной юридической доктринѣ, развившейся въ теченіе XII столѣтія, именно къ ученію о „*seisina*“ и средствахъ ея защиты. Эпоха Генриха II оставила здѣсь глубокой слѣдъ; въ теченіе ея былъ формулированъ основной взглядъ на

владѣніе и выработаны соотвѣтствующія средства для защиты владѣнія въ королевскихъ судахъ. Выше мы видѣли, что французскіе юристы XIII вѣка, подобно англійскимъ юристамъ XII столѣтія, много работали надъ этой стороной юриспруденціи. Пунктъ, въ которомъ влияніе римскаго права оставило наиболѣе ясныя слѣды,—это самая форма иска, которымъ защищается владѣніе. Знаменитый судебный указъ (*writ*) „новой диссеизины“, введенный юристами Генриха II, является свѣтской вариацией каноническаго иска о похищеніи (*actio spoli*), а этотъ послѣдній въ свою очередь очевидно происходитъ отъ римскаго интердикта „*unde vi*“.

До какой степени англійскій взглядъ на сезину былъ окрашенъ римскимъ ученіемъ о владѣніи, можетъ быть показано между прочимъ на трактатѣ Глэнвилля въ статьѣ о залогѣ земли. Онъ допускаетъ переходъ земли отъ должника къ кредитору съ цѣлью обезпеченія долга и процентовъ, но въ то же время не признаетъ, чтобы кредиторъ получилъ самостоятельное держаніе (*estate*) по отношенію къ землѣ. Владѣніе должника юридически остается неприкосновеннымъ. Отношеніе къ землѣ кредитора разсматривается какъ фактъ, лишенный юридическаго значенія; владѣніе кредитора можетъ быть прервано законнымъ владѣльцемъ, если послѣдній не побоится отвѣтственности въ видѣ направленного противъ него личнаго иска о нарушеніи обязательства.

Въ одно время съ трактатомъ Глэнвилля, вѣроятно, составилъ свою „Практику законовъ и декретовъ“ (*Practica legum et decretorum*) и Вильямъ Лонгчемпъ, норманскій крестьянинъ, сдѣлавшійся епископомъ Илійскимъ (*Ely*) и регентомъ Англіи въ царствованіе Ричарда — Львиное Сердце. Это сочиненіе представляетъ собою краткое руководство процесса, основанное на цивильномъ и каноническомъ правѣ и предназначавшееся главнымъ образомъ для употребленія во французскихъ владѣніяхъ Англійской короны. Какъ показываетъ карьера автора, тогда не существовало еще рѣзкаго раздѣленія между англійскими и французскими владѣніями Плантагенетовъ. На ярмаркѣ въ Ланьи (*en Bresse*),

которая случайно упоминается въ трактатѣ Лонгчемпа, англійскіе купцы были такъ многочисленны, что одна изъ улицъ получила отъ нихъ свое названіе (*vicus Anglicus*).

Взгляды „Практики“ могли оказать вліяніе на современныхъ англійскихъ юристовъ въ нѣсколькихъ важныхъ случаяхъ. Такъ напримѣръ, среди юристовъ того времени велись большіе споры относительно формулировки исковъ. Авторитетный глоссаторъ, Плапентинъ, полагалъ, что излагать искъ въ строгомъ соотвѣтствіи съ формулой не является необходимымъ; истецъ можетъ составить свою жалобу въ общихъ выраженіяхъ. Другіе юристы, какъ Юганнъ Бассіанъ и Ацо, возражали противъ этого и требовали, чтобы иски предъявлялись въ опредѣленныхъ техническихъ формахъ. „Практика“ Вильяма Лонгчемпа стоитъ на сторонѣ необходимости опредѣленныхъ исковыхъ формулъ и въ этомъ отношеніи можетъ быть разсматриваема, какъ сочиненіе, вводящее ту теорію точныхъ указовъ (*writs*), которой придерживалось общее право Англій.

2. Но самымъ крупнымъ вкладомъ въ романистическую юриспруденцію со стороны Англій является работа Брактона о законахъ и обычаяхъ Англій (*De legibus et consuetudinibus Angliae*). Хотя эта знаменитая книга была написана прежде всего для наставленія юристовъ-практиковъ и ея наиболѣе цѣнныя главы основаны на казуальномъ правѣ временъ Генриха III, она начинается обширнымъ общимъ введеніемъ, заимствованнымъ, главнымъ образомъ, изъ учебниковъ Ацо по институціямъ и кодексу. Уже тотъ фактъ, что англійскій судья почувствовалъ необходимость такого общаго введенія, чрезвычайно знаменателенъ.

Работа Брактона въ теоретическомъ отношеніи далеко не малоцѣнна. Но мы не будемъ заниматься опредѣленіемъ научной цѣнности ея для нашего времени. Намъ слѣдуетъ отмѣтить, что насколько цѣль Брактона была отлична отъ цѣлей его образца, Болонскаго доктора, настолько же различны были и средства, находившіяся въ его распоряженіи. Онъ жилъ въ странѣ, которая не могла итти въ сравненіе

съ Италіей по общему уровню культуры и въ особенности по силѣ классическихъ традицій и ученыхъ знаніямъ. Болонскій глоссаторъ имѣетъ въ виду болѣе или менѣе полную экзегезу институцій и кодекса Юстиніана; онъ комментируетъ ихъ текстъ, приводитъ примѣры и объясненія, но не видоизмѣняетъ ихъ положеній; онъ говоритъ о *patria potestas*, о рабствѣ, о *lex Aquilia*, объ интердиктахъ, какъ будто это были институты, еще имѣющіе силу въ современной ему итальянской практикѣ. Дѣлая это, Ацо не обращаетъ вниманія на послѣднюю; онъ стоитъ весьма близко къ современнымъ изслѣдователямъ римскаго права, и мы почти можемъ считать его за одного изъ своихъ собратьевъ, за одного изъ гражданъ современной научной республики. Къ Брактону подобная оцѣнка совершенно не приложима. Брактонъ не стремится къ болѣе или менѣе точному изложенію юридическихъ ученій Юстиніана; онъ компилируетъ Институціи для современнаго ему англійскаго права и пытается построить эти англійскія институціи съ помощью римскаго матеріала. Лучшимъ матеріаломъ онъ и не располагалъ: тогда не существовало болѣе подходящихъ доктринъ, могущихъ сообщить общія понятія, съ которыми приходится оперировать юридической мысли. И мы не можемъ удивляться, что Брактонъ избралъ именно этотъ путь, если вспомнимъ о роли, какую играло преподаваніе римскаго права въ европейскихъ школахъ. Брактонъ, въ сущности, задумалъ выполнить въ систематическомъ видѣ то, что его французскіе современники дѣлали гораздо болѣе случайнымъ образомъ.

Въ то время какъ положенія, совершенно чуждыя англійской жизни, приходилось отбросить, нѣкоторые изъ общихъ принциповъ, изложенныхъ въ Институціяхъ и комментаріяхъ къ нимъ, могли служить въ качествѣ хорошаго руководителя для англійской юридической мысли. „Введеніе“ Брактона своимъ заимствованіемъ юридическихъ понятій высшаго порядка изъ главнаго источника цивилизованнаго научно разработаннаго права несомнѣнно имѣло въ виду содѣйствовать болѣе строгой формулировкѣ туземныхъ юридическихъ обычаевъ. Но оно могло преслѣдовать и другую цѣль, именно, матеріальное вліяніе на развитіе англійскихъ юридическихъ

доктринъ, обезпеченіе ихъ средствами для разрѣшенія трудныхъ проблемъ и введеніе улучшеній въ практику дѣйствующихъ судовъ. Брактоу имѣетъ въ виду, главнымъ образомъ, перваго рода результаты, хотя въ нѣкоторыхъ случаяхъ приходится отмѣтить, что онъ старался воспользоваться вліяніемъ римскаго права для измѣненія англійскаго права по содержанию.

Перейдемъ теперь къ самой работѣ Брактона и остановимся въ качествѣ примѣра на нѣкоторыхъ изъ ея исходныхъ положеній.

Съ самаго же начала Брактоу наталкивается на неизбѣжное затрудненіе въ своемъ начинаніи; рѣзкій контрастъ между англійскимъ и римскимъ правомъ заставляетъ его остановиться на важномъ вопросѣ о способахъ, которыми санкціонируются и закрѣпляются правовыя нормы. Римское право, кодифицированное Юстиніаномъ и излагаемое Ацо, являлось опредѣленнымъ комплексомъ ученій, санкціонированныхъ императорскою властью и сохраняемыхъ въ установленной разѣ навсегда версіи. Представляетъ ли нѣчто подобное и англійское право? Гдѣ приходится искать его санкцію и какъ опредѣлять его нормы? Вотъ вопросы, которыми задавались и Глэнвилль и Брактоу. Дать англійскимъ неписаннымъ нормамъ обозначеніе права не казалось невозможнымъ: онѣ исходятъ изъ почина короля, устанавливаются согласіемъ знатныхъ лицъ королевства и подразумеваютъ обѣщаніе подчиняться имъ со стороны общества (Sponsio). Такого взгляда придерживается Брактоу. Глэнвилль же и короче и одностороннѣ выводитъ авторитетъ англійскаго права изъ знаменитаго изрѣченія *quod principi placuit legis habet vigorem*. Изрѣченіе это не подходило къ политическимъ тенденціямъ временъ Симона де-Монфора и потому игнорировалось Брактономъ.

Но въ какомъ смыслѣ слѣдуетъ понимать выраженіе, что согласіе знатныхъ людей королевства составляетъ одинъ изъ элементовъ англійскаго права? На первый взглядъ это можетъ казаться вѣрнымъ относительно статутовъ и ассизъ, но не относительно судебныхъ рѣшеній, на которыхъ основывается большая часть общаго права (common law). Но, по-

скольку статуты и ассизы являются правомъ писаннымъ, вышеприведенное положеніе ихъ совсѣмъ не касается. Становится яснымъ, что собраніе магнатовъ, знатныхъ людей, согласіе которыхъ является необходимымъ для созданія англійскаго права, предполагается тождественнымъ съ рѣшеніемъ Куріи короля, отъ которой исходитъ всякая юрисдикція. Къ ея авторитету въ концѣ концовъ и восходитъ санкція англійскихъ правовыхъ нормъ, несмотря на то, что все это выражено въ неопредѣленныхъ романистическихъ терминахъ*). Изъ этого мы видимъ, что возникало затрудненіе по вопросу о компетенціи отдѣльнаго судьи въ опредѣленіи правовыхъ нормъ, при чемъ оно разрѣшалось способомъ, отчасти напоминающимъ Бомануара. Нормы общаго права, установленныя общимъ обычаемъ, должны исходить отъ королевской куріи въ ея совокупности, и ихъ отмѣна или измѣненіе могутъ быть сдѣланы только послѣдней. Въ сомнительныхъ случаяхъ также слѣдуетъ обращаться къ королевскому суду, который представляетъ собою *major et* магнатовъ королевства. Несомнѣнно, нѣкоторые изъ этихъ знатныхъ людей, судьи и юстиціари, дѣйствуютъ не въ согласіи съ этой общей доктриной, а выносятъ рѣшенія такимъ образомъ, какъ будто ихъ мнѣнія достаточны для установленія права. Такой образъ дѣйствій заслуживаетъ рѣшительнаго порицанія. Отдѣльный судья является однако истолкователемъ права, и, хотя у него отнята возможность измѣнять послѣднее по произволу, онъ не только можетъ слѣдовать ему въ случаѣ, если оно ясно, но иногда и исправлять его, если только его исправленіе не будетъ измѣненіемъ по существу.

Данное разсужденіе отчасти внушено ученіемъ Ацо относительно интерпретаціи права и тѣхъ юридическихъ фикцій, посредствомъ которыхъ расширяется смыслъ юридическихъ нормъ, но оно по своимъ выраженіямъ и духу идетъ дальше и, являясь натяжкой съ чисто логической точки зрѣнія, служить хорошимъ началомъ для работы, которая стремится и комбинировать и разграничить римское право съ общимъ правомъ Англій.

*) Прибавленіе VIII.

Но если можно было легко преодолѣть затрудненіе относительно авторитета и санкціи общаго права, то второе замѣчаніе относительно общей формы англійской правовой доктрины вызывало на серьезныя размышленія. Узаконеннаго текста англійскихъ юридическихъ нормъ не существуетъ и это чувствовалось какъ Глэнвиллемъ, такъ и Брактономъ. Отсутствие такого текста влекло за собою весьма существенныя неудобства: законы извращались вслѣдствіе невѣжества новичковъ, занявшихъ судейскую скамью прежде чѣмъ они усвоили элементы юридическаго образованія, а также и вслѣдствіе грубаго высокомерія властей, нарушавшихъ законы въ зависимости отъ своихъ личныхъ взглядовъ и склонностей. Оба, и Глэнвилль, и Брактоны, считаютъ своей главной задачей устраненіе этихъ неудобствъ, но въ то время, какъ первый выполняетъ это суммарно, чисто практическимъ способомъ, второй при разрѣшеніи своей задачи опирается на солидные авторитеты. Работа Брактона можетъ быть названа частнымъ трактатомъ по общему праву въ его отношеніи къ теоретической юриспруденціи, и это литературное начинаніе оказалось весьма значительнымъ для дальнѣйшаго развитія англійской юридической науки.

4. Вслѣдъ за изложеннымъ книга Брактона содержитъ общія положенія относительно *justitia* и *jus*. Болонскій докторъ исходитъ изъ опредѣленія справедливости, даннаго въ Дигестахъ: „справедливость есть устойчивая и постоянная рѣшимость обеспечивать за каждымъ его право (*justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*). Слѣдуя схоластическому методу, Ацо останавливается на каждомъ словѣ даннаго предложенія и истолковываетъ его съ цѣлью опредѣлить различныя свойства и условія справедливости. Онъ обращаетъ вниманіе на то, что справедливость можно разсматривать или какъ божественное установленіе, разъ навсегда опредѣляющее правое и неправое, или какъ человѣческое установленіе— и въ этомъ случаѣ вся суть заключается не во внѣшнихъ фактахъ, а въ волѣ чловѣка поступать справедливо. Неизмѣнность и постоянство являются необходимыми свойствами справедливости; измѣненія и перемѣны разрушаютъ самую сущность ея. Если пра-

вовая привилегія сначала дается, а потомъ отнимается, то это является не измѣненіемъ справедливости, а результатомъ измѣненій въ фактической обстановкѣ. Изложеніе даннаго вопроса у Брактона значительно сокращаетъ филологическія различія. Ему пришлось столкнуться съ особенностями англійской фразеологіи, съ отсутствіемъ въ англійскомъ языкѣ слова, соотвѣтствующаго латинскому *jus*. Брактоны, хотя и пишетъ по-латыни, не желаетъ ставить свое ученіе въ зависимость отъ иностраннаго употребленія терминовъ и поэтому онъ вводитъ (правда въ весьма немногихъ словахъ) термины *lex* и *consuetudo*, законъ и обычай, съ объясненіемъ, что они соотвѣтствуютъ *jus*, которое въ такомъ случаѣ пришлось бы перевести англійскимъ словомъ *law*—право. Но *jus* не всегда значить „право“ (*law*), какъ объективный порядокъ вещей и обязанностей; *jus* можетъ иногда обозначать право въ субъективномъ смыслѣ, сферу юридическихъ полномочій извѣстнаго лица, право, которое я защищаю, какъ мое собственное, противъ моего сосѣда („*right*“). Если бы Брактоны дѣлалъ переводъ на англійскій, ему пришлось бы принять въ соображеніе это различіе въ смыслѣ. Но онъ пишетъ по-латыни, хотя и обращается къ англійскому читателю, и благодаря этому обстоятельству высказываетъ иногда мысли, которыя на первый взглядъ кажутся грубымъ промахомъ. Такъ напр., Ацо, понимая *jus* какъ „право“ въ объективномъ смыслѣ, осмѣиваетъ мысль, что можетъ существовать право Петра или Ивана, льва или осла. Брактоны, очевидно имѣя въ виду *jus* какъ право въ субъективномъ смыслѣ, придаетъ выраженію Ацо положительное значеніе и допускаетъ существованіе правъ (*rights*) Петра или Павла. „Право льва или осла“, во всякомъ случаѣ, звучитъ довольно странно, и было бы конечно лучше, если бы Брактоны не шель такъ далеко въ сторону субъективной дифференціаціи; но его мысль, повидимому, заключалась въ томъ, что приходится считаться съ особенностями права, зависящими отъ различій не только въ субъектахъ, но и въ объектахъ, на которые оно простирается: можно говорить, напр., о правѣ земельномъ, о правѣ на скотъ и т. п.

Бракто́нь расходится съ Ацо и въ другомъ случаѣ, когда контрасть между *proprietas* (собственность) и *possessio* (владѣніе) принуждаетъ его отмѣтить существенную разницу въ употребленіи этихъ основныхъ понятій въ Римѣ и въ Англіи.

Въ то время какъ римскій юристъ проводитъ рѣзкое различіе между собственностью, какъ полнымъ и исключительнымъ правомъ на вещь, и владѣніемъ, какъ гарантированнымъ пользованіемъ ею, англійскій юристъ соединяетъ обѣ идеи въ промежуточное и относительное понятіе сезины. Если кто овладѣлъ какой-нибудь вещью, чаще всего землей, то его фактическое владѣніе (сезина) должно защищаться судами, пока не будетъ выставлено противъ нея болѣе вѣскаго юридическаго основанія. В, старшій сынъ А, можетъ имѣть законное право на наслѣдство послѣдняго, но если онъ не добился сезины послѣ смерти А, а С, второй сынъ, сдѣлалъ это, то С долженъ быть защищенъ судомъ *prima facie*, такъ какъ онъ является фактическимъ владѣльцемъ сезины. Онъ будетъ лишенъ сезины только въ томъ случаѣ, если В вызоветъ его въ судъ и докажетъ правильность своихъ притязаній. Бракто́нь вполне умѣстно обратилъ вниманіе на эту основную разницу юридическихъ принциповъ въ замѣткѣ на поляхъ книги, которая вкралась въ текстъ и разрушила послѣдовательный ходъ римскихъ ученій, изложенный по руководству Ацо.

Далѣе слѣдуетъ отдѣлъ о правѣ естественномъ, о *jus civile* и *jus gentium*. Ацо, занятый послѣдовательнымъ истолкованіемъ римскихъ текстовъ, излагаетъ общую философскую проблему естественнаго права, какъ начала, противоположнаго положительному праву государства. При этомъ онъ говоритъ также о чисто римскомъ различіи между *jus civile*—правомъ римскаго народа—и *jus gentium*—гражданскимъ правомъ, основаннымъ на сходствѣ юридическихъ обычаевъ различныхъ націй. Бракто́нь передаетъ сущность ученія Ацо объ „естественномъ правѣ“, отмѣчая два возможные смысла этого выраженія: во-первыхъ, это право, вытекающее изъ природы живыхъ существъ, какъ человѣка, такъ и животныхъ, и, во-вторыхъ, право, осуществляющее

разумныя требованія человѣческой природы. Но онъ комбинируетъ вторую изъ названныхъ идей съ понятіемъ о *jus gentium* и не слишкомъ заботится о раскрытіи историческаго различія между этими нормами разума и предписаніями *jus civile*. Въ данномъ случаѣ Бракто́нь, конечно, повиненъ въ нѣкоторомъ смѣшеніи понятій, но мы едва ли можемъ ставить это ему въ вину, если вспомнимъ, что сами римскіе юристы не всегда проводили ясное различіе между предписаніями *jus naturale* и *ratio naturalis*, на которомъ, какъ предполагалось, основаны нормы *jus gentium*. Что же касается до *jus civile*, то Бракто́нь пользовался этимъ выраженіемъ въ смыслѣ характерномъ для среднихъ вѣковъ. Его не интересовало особое право римскаго государства, *jus Quiritium*, но въ Англіи существовала одна форма права, которую онъ сближалъ съ *jus civile*, а именно кутюмное право городовъ—*jus civitatum*.

5. Противоположность между профессоромъ, излагающимъ древнія ученія, и судьей, приспособляющимъ англійскіе факты къ римскимъ формамъ, становится особенно рѣзкой при разборѣ личнаго права. Бракто́нь слѣдуетъ Ацо въ основномъ и весьма важномъ обобщеніи: „все люди либо свободные, либо рабы“. Однако, это обобщеніе нуждалось въ видоизмѣненіяхъ какъ для древняго Рима, такъ и для средне-вѣковой Италіи или Англіи. Ацо, приступая къ своему комментарию, разсуждаетъ съ древне-римской точки зрѣнія о *statu liberi* и объ *adscripticii*, при чемъ считаетъ возможнымъ распредѣлить эти подгруппы между главными категоріями свободныхъ и несвободныхъ. Онъ игнорируетъ условія итальянскаго міра, въ которомъ живетъ самъ, и не смущается тѣмъ обстоятельствомъ, что ни *statu liberi*, ни *adscripticii* не были извѣстны его болонскимъ или флорентійскимъ современникамъ. Англійскій юристъ идетъ по совершенно другому пути. Термины *statu liberi* и *adscripticii* употребляются имъ съ цѣлью иллюстрировать дѣйствительныя англійскія отношенія, хотя при этомъ процессъ приспособленія указанные термины многое теряютъ изъ своей антикварной точности.

О свободныхъ (*liberi*) не приходилось говорить много, потому что подъ тѣмъ же самымъ названіемъ они являются и въ Англии. Что же касается виллановъ, то они приравнены къ рабамъ, и этотъ выводъ имѣетъ весьма важное социальное значеніе. Такъ какъ *adscripticii* представляютъ извѣстную среднюю стадію между свободными и рабами, то соотвѣтствовать имъ должны вилланы-сокмены старыхъ королевскихъ имѣній и, до нѣкоторой степени, свободные, держащіе вилланскіе участки (*tenentes in vilenagio*). Что касается до *statu liberi*, то Брактонъ употребляетъ этотъ терминъ для обозначенія рабовъ, фактически находящихся въ свободномъ состояніи, напримѣръ, рабовъ, живущихъ въ качествѣ свободныхъ на свободной землѣ. Въ этомъ случаѣ они *prima facie* пользуются судебной защитой, и лицо, имѣющее на нихъ притязаніе какъ на виллановъ, должно вчинить особый искъ (*de nativo habendo*) и принять на себя бремя судебного доказательства. Это, конечно, не римская доктрина, а примѣненіе римскихъ терминовъ къ англійскимъ социальнымъ подраздѣленіямъ.

Въ концѣ отдѣла, трактующаго о личномъ правѣ, Брактонъ возвращается къ вопросу о рабствѣ и указываетъ на то, что рабы не всецѣло находятся во власти своего господина. Онъ находитъ поддержку этому утвержденію въ позднѣйшихъ римскихъ доктринахъ, которыя, подъ вліяніемъ стоицизма и христіанства, обезпечивали рабу нѣкоторую защиту отъ чрезмѣрной жестокости господина. Во время Антониновъ господинъ, жестоко обращающійся со своимъ рабомъ, могъ быть принужденъ магистратомъ къ продажѣ послѣдняго. Было объявлено, что убійство раба его господиномъ составляетъ уголовное преступленіе. Ацо посвящаетъ этимъ ограниченіямъ власти господина особую замѣтку и приводитъ въ качествѣ основанія для вмѣшательства въ право собственности на раба общегосударственную важность предупредить злоупотребленія личною собственностью со стороны частнаго лица (*ex reid reipublicae ne quis re sua male utatur*). Брактонъ не только заимствуетъ это ученіе, а дѣлаетъ къ нему существенныя практическія дополненія, показывающія, что въ данномъ случаѣ онъ не просто копируетъ ино-

земную доктрину, но и приводитъ доводы съ точки зрѣнія англійскихъ юристовъ. Брактонъ опредѣляетъ *intolerabilis injuria*, какъ разореніе господиномъ *waynagium* раба, т. е. его участка и рабочей плуговой упряжки, которые, согласно постановленію Великой Хартіи, были изъяты отъ королевскихъ штрафовъ. Прецеденты для этого взгляда существовали уже въ норманскихъ юридическихъ обычаяхъ, запрещавшихъ уничтоженіе крестьянскаго вайнагія помѣщикомъ, а также въ томъ фактѣ англо-саксонскаго времени, что кѣрлтъ, предшественникъ виллана, совсѣмъ не являлся рабомъ, а имѣлъ право судебного иска противъ своего господина. Однако, въ то время, когда писалъ Брактонъ, защита вайнагія не соотвѣтствовала общему упадку старыхъ правъ свободныхъ земледѣльцевъ въ другихъ отношеніяхъ. Самъ Брактонъ, поддаваясь общему направленію юриспруденціи своего времени, настаиваетъ на отсутствіи разницы между рабомъ и вилланомъ. Оговорки, которыя онъ старался сдѣлать по вопросу о правѣ *Waynagium*, напоминаютъ колебанія его собратій-судей въ тѣхъ случаяхъ, когда возникалъ вопросъ о правѣ челоуѣка, держащаго земельный участокъ на положеніи виллана, обращаться къ защитѣ королевскихъ судовъ противъ своихъ помѣщиковъ. Послѣ ряда противорѣчивыхъ рѣшеній суды кончили тѣмъ, что стали строго соблюдать правило, согласно которому вилланы не имѣютъ правъ иска противъ помѣщика, и все то, чѣмъ они владеютъ, является юридической собственностью послѣдняго. Въ это самое время исчезаютъ и оговорки, касающіяся *Waynagium*. Ученіе Брактона о вилланахъ весьма поучительно не только съ точки зрѣнія эволюціи вилланскаго держанія, но также и для опредѣленія пракческаго вліянія романистическихъ ученій на него и другихъ англійскихъ юристовъ. Хотя вилланство несомнѣнно развилось подъ давленіемъ экономическихъ и политическихъ силъ, но ясно, что изученіе римскихъ прецедентовъ сыграло важную роль въ образованіи регулирующихъ его юридическихъ нормъ. Иначе говоря, историческій ростъ англійскаго вилланства не приводилъ по необходимости къ постановкѣ его на основу ученія о крѣпостничествѣ или рабствѣ. Но вліяніе римскихъ ученій

сдѣлало правовыя опредѣленія вилланскаго состоянія суровѣе, чѣмъ это вызывалось туземными условіями, а частичныя оговорки, внесенныя императорами и принятыя Брактономъ, не получили большого значенія на практикѣ.

Другимъ примѣромъ того вліянія, которое изученіе римскаго права оказало на англійскую юридическую мысль, является хорошо извѣстное различіе между вещнымъ и личнымъ имуществомъ (Real и personal property). Мы можемъ прослѣдить дѣйствительное происхожденіе этого знаменитаго различія, которое имѣетъ силу до настоящаго времени. Одинъ изъ корней его лежитъ въ ученіи римскихъ юристовъ объ искахъ. Послѣдніе дѣлились на иски реальные (actiones in rem), цѣлью которыхъ являлось приобрѣтеніе права собственности на извѣстную вещь, и иски личные (actiones in personam), направленные противъ опредѣленнаго лица и заключающіе въ себѣ требованіе, чтобы это лицо сдѣлало что либо, дало что либо, или воздержалось отъ чего либо. Вопросъ о приобрѣтеніи того или другого предмета въ послѣднемъ случаѣ не возбуждается, вся суть тутъ въ требованіи извѣстной цѣнности. Въ такомъ видѣ ученіе объ искахъ обще какъ римскимъ, такъ и англійскимъ юристамъ, но Брактономъ и его товарищи—судьи, исходя изъ данныхъ основаній, сдѣлали шагъ въ сторону отъ своихъ римскихъ руководителей. Они пользовались различіемъ между исками для разграниченія различныхъ видовъ собственности. Земля и связанные съ ней интересы казались имъ предметомъ реальныхъ исковъ, по той причинѣ, что притязаніе въ данномъ случаѣ направлялось не на что иное, какъ на опредѣленную вещь. Съ другой стороны, движимая собственность разсматривалась съ той же точки зрѣнія, какъ и права, возникающія изъ обязательствъ, напр., право на полученіе извѣстнаго количества труда или услугъ. Цѣлью иска являлось полученіе отъ обязавшагося лица или самой вещи, или услуги, или ея эквивалента. Указанное различіе сдѣлалось въ англійской юридической системѣ основнымъ. Далѣе, бросающимся въ глаза примѣромъ вліянія римскихъ раздѣленій можетъ служить отношеніе къ арендѣ на срокъ. Брактономъ и судьи XIII вѣка разсматривали арендаторовъ не какъ свободныхъ держав-

телей, а какъ простыхъ узупруктуаріевъ (usufructuarii). Правда, этотъ взглядъ былъ въ значительной степени видоизмѣненъ позднѣйшими доктринами, но первоначальная классификація оставила свои слѣды даже въ современномъ правѣ.

Особенно много восприняли Брактономъ и его товарищи у римскихъ юристовъ и излагавшихъ ихъ глоссаторовъ по вопросу объ обязательствахъ, происходящихъ изъ договоровъ и изъ правонарушеній (деликтовъ). Чрезвычайно развитая экономическая жизнь римскаго государства во время его расцвѣта была использована проникательными юристами для построенія теоріи, замѣчательной по тонкости и богатству діалектики даже въ области классическаго права. Часть этого обширнаго матеріала была оставлена Брактономъ въ сторонѣ, а другая была принята, хотя скорѣе ради возможныхъ случайностей, чѣмъ для непосредственныхъ практическихъ надобностей. Брактономъ усваивается основная идея, что голый договоръ, соглашеніе, лишенное особой опредѣленной формы, не порождаетъ обязательства, имѣющаго законную силу, и цитируетъ нескладное двустишіе, предназначенное для запоминанія новичками и указывающее, что должно служить „одеждой настоящаго договора“: „*re, verbis, scripto, consensu, traditione, junctura vestes sumere pacta solent*“.

Три первые вида соотвѣтствуютъ реальнымъ контрактамъ, напр., поклажѣ, и формальнымъ словеснымъ контрактамъ, — торжественному римскому обѣщанію (*stipulatio*); или равносильному ему письменному договору, — грамотѣ, утвержденной печатью: въ Англии эта форма стала основнымъ видомъ договоровъ; четвертый видъ состоитъ изъ контрактовъ консензуальныхъ, — напр., продажа и наемъ по взаимному соглашенію, хотя и въ этомъ отношеніи англійское право не послѣдовало всецѣло римскимъ образцамъ. Кромѣ указанныхъ Ацо упоминаетъ и весьма причудливо описываетъ еще два вида оформленія договоровъ. Въ то время, какъ въ четырехъ первыхъ случаяхъ контрактъ уже въ самый моментъ его заключенія является „облеченнымъ въ надлежащую одежду“, есть два случая, когда договоръ „рождается голымъ“, при

чемъ, однако, разъ увидѣвъ свѣтъ, онъ начинаетъ искать подходящаго одѣянiя и въ концѣ концовъ можетъ найти „мѣхъ, который предохранилъ бы его отъ мороза и разрушенiя“. Такими счастливыми обстоятельствами являются формальная передача (*traditio*), или же привходящее условiе, котораго не существовало во время заключенiя соглашения, но которое, появившись потомъ, придаетъ договору юридическую силу и обезпечиваетъ его „одѣянiемъ“. Всѣ эти разсужденiя усвоены Брактономъ въ слабо измѣненной формѣ и такая „рецепцiя“ римской доктрины даетъ отправный пунктъ для послѣдующаго развитiя. Сначала церковные суды и судъ канцлера, а потомъ и суды общаго права приняли участiе въ развитiи ученiя объ обязательствахъ, которое стало считаться съ неформальными договорами и установило нормы, обезпечивающiя имъ юридическую силу.

Вообще ясно, что влiянiе римскаго права въ Англiи нельзя оцѣнивать ссылкой на статьи Дигестъ или Кодекса. Если мы хотимъ найти опредѣленные слѣды его, то должно обращаться не къ ссылкамъ, а къ изрѣченiямъ, нѣкоторыя изъ которыхъ, впрочемъ, перешли черезъ посредство каноническаго права*). Единственнымъ дѣйствительнымъ указаниемъ, дающимъ намъ представленiе о характерѣ и степени римскаго влiянiя, является развитiе юридическихъ идей; въ этомъ отношенiи начальное влiянiе римскихъ ученiй на англiйскiя доктрины было несомнѣнно значительно. По многимъ вопросамъ англiйскiе судьи и юристы вдохновлялись своими римскими предшественниками, и такой обмѣнъ идей нигдѣ не является столь очевиднымъ, какъ въ тѣхъ частыхъ случаяхъ, когда англiйскiе юристы не просто копировали римскiе образцы, но заимствовали у нихъ руководящiя мысли, и развивали ихъ затѣмъ въ своеобразномъ направленiи.

*) см. Year Books of Edw. II (Selden Soc.), I, 5, 31, 186; II, 110, 176.

ЛЕКЦІЯ V.

Римское право въ Германіи.

Пособія: R Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte, 1889; H. Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, 1887; J. Bryce, The Holy Roman Empire 1904; Jansen, Geschichte des deutschen Volks, I, 1890; Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 1880; Stintzing, Gesch. der populären Litteratur des römisch-kanonischen Rechts am Ende des Mittelalters, 1867; Stintzing, Ulrich Zasius; Die Juristen sind böse Christen, 1875; Stobbe, Geschichte der Rechtsquellen, 1860—4; E. Seckel, Beiträge zur Geschichte beider Rechte im Mittelalter, 1898; Muther, Zur Geschichte der Rechtswissenschaft und der Universitäten in Deutschland, 1876; A. Stölzel, Die Entwicklung des gelehrten Richterthums, 1872; G. v. Below, Die Ursachen der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland, 1905; Modderman, Die Rezeption des römischen Rechts, übersetzt von K. Schurz, 1875; C. A. Schmidt, Die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland, 1868; O. Gierke, Deutsches Genossenschaftsrecht, 1873; J. Kohler, Beiträge zur Geschichte des römischen Rechts in Deutschland, 1896; Landsberg, Ueber die Entstehung der Regel, „Quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit forum“, 1890.

1. Влiянiе римскаго права въ Германіи носитъ совершенно особый характеръ. На первый взглядъ можетъ казаться, что въ странѣ съ населенiемъ германскаго происхожденiя, говорящимъ на нѣмецкомъ языкѣ, не могло быть значительнаго простора для римскихъ доктринъ. Однако, въ эпоху еще болѣе позднюю, чѣмъ во Франціи или Англiи, а именно,

въ теченіе XV столѣтія, правовая жизнь Германіи была направлена по совершенно новому пути благодаря обширной рецeпціи римскаго права. Чтобы дать ясное понятіе объ обстоятельствахъ, вызвавшихъ этотъ поразительный результатъ, я долженъ сначала сказать нѣсколько словъ о политическомъ и правовомъ состояніи Германіи въ концѣ среднихъ вѣковъ.

Паденіе швабской династіи и смутное время междуцарствія въ третей четверти XIII столѣтія обнаружили, насколько непроченъ фундаментъ великолѣпнаго зданія Священной Римской Имперіи. Распространившись на Италію и Бургундію, она не сумѣла пустить прочныхъ корней на родной германской почвѣ и распалась на куски, несмотря на блестящіе подвиги отдѣльныхъ правителей. Габсбургскіе и Люксембургскіе государи, наслѣдовавшіе императорскую корону послѣ междуцарствія, были главнымъ образомъ заинтересованы въ созданіи могущества своего дома путемъ соединенія различныхъ княжествъ и усиленія государственной власти въ этихъ территорияхъ. Германская имперія, какъ таковая („Reich“), сдѣлалась простой конфедераціей безчисленныхъ политическихъ единицъ безъ осязательнаго правительственнаго центра; имперія не могла даже помѣшать раздорамъ между своими членами—различными герцогами, баронами, аббатами и городами. Императоръ Фридрихъ III, царствованіе котораго занимаетъ цѣлую половину XV столѣтія, не появлялся въ предѣлахъ имперіи въ теченіе цѣлыхъ 25 лѣтъ (1444—71). Передача верховной власти отдѣльнымъ князьямъ была формально признана Золотой Буллой по отношенію къ наиболѣе значительнымъ правителямъ, — къ семи курфюрстамъ, но на практикѣ степень политическаго вліянія, проявляемаго различными „чинами“ (Stände) государства, зависѣла исключительно отъ ихъ силы и благоприятныхъ обстоятельствъ. Центральный имперскій судъ, „Reichshofgericht“, существовалъ только по имени. Когда приходилось рѣшать въ немъ дѣло, то нужно было специально собирать засѣдателей: тяжбы тянулись безконечно долго, а средства для исполненія приговора являлись совершенно недостаточными. Неудивительно поэтому, что различные представители политической

власти въ странѣ гораздо больше полагались на союзы и лиги, чѣмъ на имперскій судъ или на постановленіе имперскаго сейма (Reichstag). Города образовывали могущественныя конфедераціи, которыя сталкивались съ еще болѣе могущественными лигами князей. Послѣ двухъ большихъ междоусобій 1388 и 1450 гг. и безчисленныхъ мелкихъ раздоровъ, извѣстный порядокъ былъ гарантированъ мѣстными лигами вродѣ Швабской и Рейнской, которыя включали въ себя князей и города и старались поддержать болѣе или менѣе надежный миръ.

Ясно, что правовые порядки общества, живущаго въ такихъ политическихъ условіяхъ, по необходимости принимали своеобразный характеръ. Юрисдикція и право были какъ бы раздроблены на массу мелкихъ и крупныхъ обломковъ. Каждое княжество, помѣстье, городъ слѣдовали собственному праву, и рядомъ съ этимъ разнообразіемъ мѣстныхъ обычаевъ, являлись безчисленныя варіаціи, зависѣвшія отъ различій въ социальномъ положеніи отдѣльныхъ носителей права. Такъ напр. право рыцарское и феодальное (Lehnrecht) отличалось не только отъ общаго права области (Landrecht), но также и отъ права помѣстнаго (Hofrecht), муниципальнаго (Stadtrecht), цеховаго (Zunftrecht) и крестьянскаго (Bauernrecht). Кромѣ этого, существовалъ расколъ между свѣтскими и духовными судами. Основное юридическое начало Германіи сводилось къ тому, что за каждой группой гражданъ признавалось право примѣнять собственные обычаи во взаимныхъ отношеніяхъ ея членовъ. Этотъ принципъ превосходитъ въ смыслѣ обезпеченія свободы и самостоятельности развитія, но ясно, что въ противовѣсъ ему необходимо было провести извѣстную координацію между центробѣжными силами всѣхъ этихъ мѣстныхъ группъ. А между тѣмъ центростремительная тенденція, столь существенно необходимая при подобныхъ условіяхъ, отсутствовала, ибо политическое раздробленіе имперіи дѣлало невозможнымъ сведеніе мѣстныхъ обычаевъ въ одно общее право при помощи государства и его судовъ. Въ концѣ среднихъ вѣковъ германскаго права, какъ единаго цѣлаго, не существовало. Оно было разбито на безчисленныя мѣстные обычаи, которые, въ силу своего мѣстнаго характера,

не могли охватить болѣе широкихъ потребностей гражданскаго оборота.

Другая трудность возникала изъ состава различныхъ судовъ и способа, какимъ проявлялось въ нихъ право. Естественно, что право, закрѣпленное въ статутахъ, являлось рѣдкимъ исключеніемъ. Существовали только нѣкоторыя постановленія, вынесенныя имперскими сеймами и касающіяся главнымъ образомъ публичнаго права, да случайные законы различныхъ княжествъ и городовъ. Большинство же юридическихъ вопросовъ приходилось въ концѣ концовъ рѣшать на основаніи незаписаннаго и неформулированнаго права, которое надо было устанавливать, „находить“ для каждаго даннаго случая. Германскіе суды всѣхъ родовъ имѣли свой опредѣленный органъ для этого „нахожденія права“, такъ называемыхъ Schöffen'овъ, или засѣдателей. Судья (Richter), предсѣдательствовавшій въ судѣ, руководилъ процессуальными дѣйствіями и задавалъ вопросы засѣдателямъ. Обязанностью послѣднихъ являлось выносить рѣшенія или приговоры (Urtheil) по всѣмъ вопросамъ права, предложеннымъ судьей. Что касается рѣшенія вопросовъ факта, то они разрѣшались формальными приемами: поединками, клятвами, допросомъ свидѣтелей, представленіемъ документовъ. Такимъ образомъ все зависѣло отъ „нахожденія“ права Schöffen'ами, которые выражали своими приговорами юридическія сужденія извѣстной соціальной или политической группы. Эти Schöffen'ы назначались не на нѣсколько дней, подобно нашимъ присяжнымъ, но служили въ судахъ въ качествѣ постоянныхъ засѣдателей, хотя при этомъ оставались простыми гражданами. Ихъ знаніе права вытекало главнымъ образомъ изъ личнаго опыта или случайной освѣдомленности, а также подсказывалось и житейской мудростью. Права различныхъ группъ оставались такимъ образомъ въ тѣсномъ соприкосновеніи съ общераспространенными въ народѣ взглядами, и иногда въ своей обработкѣ различныхъ юридическихъ проблемъ достигали значительнаго совершенства, но они не были связаны въ опредѣленную научную систему и оставляли желать многого въ смыслѣ точности. Естественно, что на извѣстной ступени экономическаго и соціальнаго развитія въ правовой сферѣ

стала чувствоваться необходимость школьнаго обученія и технической подготовки. Это случилось какъ разъ въ тотъ моментъ, когда въ соціальныхъ порядкахъ Германіи наступилъ переходъ отъ средневѣковья къ новому времени, когда ея городская жизнь, благодаря торговымъ сношеніямъ съ одной стороны съ Италіей и Левантомъ, и съ другой—съ Фландріей, скандинавскимъ сѣверомъ, Польшей и Россіей, переживала своего рода искусственный расцвѣтъ; а между тѣмъ германское право той эпохи было изуродовано партикуляристическими тенденціями и отсутствіемъ у судей профессиональной подготовки. Дальнѣйшаго прогресса можно было достигнуть лишь созданіемъ общаго права, основаннаго на систематическомъ знаніи.

2. Интересно прослѣдить попытки положить конецъ этимъ очевиднымъ неудобствамъ германскаго права путемъ созданія туземныхъ учреждений. Однимъ изъ приемовъ, приобрѣвшимъ значительный успѣхъ въ муниципальной юрисдикціи, была передача наиболѣе спорныхъ дѣлъ изъ мѣстныхъ судовъ въ особые высшіе трибуналы. Эти послѣдніе (Oberhöfe) были учреждены въ нѣкоторыхъ изъ наиболѣе важныхъ городовъ, съ которыми остальные были тѣсно связаны или въ качествѣ ихъ колоній, или какъ члены одной и той же лиги. Такими „верховными судами“ (Oberhöfe) являлись для Рейнской провинціи судъ во Франкфуртѣ на Майнѣ, для Ганзейскихъ городовъ—судъ въ Любекѣ, для Саксоніи, Тюрингіи и нѣмецкихъ поселеній на Востокѣ—судъ въ Магдебургѣ. Практика верховныхъ судовъ естественно способствовала извѣстной систематизаціи тѣхъ разнообразныхъ правовыхъ понятій, которыя нарастали въ сферѣ частнаго права.

Могущественное вліяніе въ данномъ направленіи оказывало также распространеніе авторитетныхъ записей обычнаго права. Наиболѣе замѣчательнымъ и самымъ вліятельнымъ изъ этихъ послѣднихъ являлась записъ саксонскаго права, составленная Эйке-фонъ-Репгомъ (т. наз. Sachsenspiegel). Она можетъ быть поставлена рядомъ съ работой Брактона о законахъ Англій, съ тѣмъ только характернымъ различіемъ, что англійскій юристъ писалъ объ общемъ правѣ своей страны,

а нѣмецкій имѣлъ въ виду обычное право одного нѣмецкаго племени. Однако, несмотря на эту ограниченность содержания, трудъ Эйке-фонъ-Репгова имѣлъ историческое значеніе. Онъ снабдилъ суды саксонской Германіи твердымъ базисомъ юриспруденціи, авторитетъ котораго распространился далеко за предѣлы этой племенной области. Наиболѣе яркимъ примѣромъ того вліянія, которое оказала эта авторитетная запись, можетъ служить тотъ фактъ, что сѣверныя области Германіи, вооруженныя юриспруденціей этого „Саксонскаго зеркала“, оказали упорное сопротивленіе вторженію римскаго права. Это показываетъ, что огульная рецепція римскихъ нормъ объясняется не врожденнымъ безсиліемъ самого германскаго права. Тамъ, гдѣ, какъ въ саксонскихъ земляхъ, крайнему партикуляризму и неопредѣленности юридическихъ нормъ было оказано національное противодѣйствіе, германское право показало себя способнымъ развиваться самостоятельно.

Другія записи мѣстныхъ обычаевъ свидѣтельствуютъ о начавшемся распространеніи римскихъ идей. „Германское зеркало“ уже прибѣгаетъ къ помощи знатоковъ права, т.-е. римскихъ юристовъ, а въ „Швабскомъ зеркалѣ“ ясно видны непосредственныя заимствованія изъ римскихъ юридическихъ источниковъ. Иоганнъ-фонъ-Бухъ, авторъ глоссы къ „Саксонскому зеркалу“, составленной между 1325 и 1355 гг., считаетъ необходимымъ подтверждать предписанія послѣдняго путемъ сравненія со сходными римскими нормами; и въ то же самое время городской секретарь Иоганнъ изъ Брюнна составляетъ настоящую хрестоматію римскаго права для нѣмецкихъ практиковъ.

Это можетъ уже служить вѣрнымъ показателемъ того, что римское право начали считать средствомъ для исправленія недостатковъ нѣмецкой юриспруденціи.

Для объясненія этого явленія приходится прежде всего считаться съ тѣмъ, что въ глазахъ образованныхъ нѣмцевъ Священная Римская Имперія объединяла Германію и Римъ; императоры германскаго происхожденія считались прямыми преемниками Константина и Юстиніана. Фридрихъ Барбаросса и Фридрихъ II ссылались на свои наслѣдственныя

права, какъ преемники древнихъ римскихъ императоровъ, и нѣкоторые изъ ихъ постановленій были введены въ Кодексъ въ качествѣ продолженія Новеллъ. Средневѣковымъ людямъ было чуждо историческое чутье. Художники того времени не затруднялись представлять гостей на бракѣ въ Канѣ Галлилейской въ средневѣковыхъ одеждахъ и широкополыхъ шляпахъ. Равнымъ образомъ средневѣковому обществу не казалось нелѣпнымъ считать *Corpus juris Civilis* имперскимъ правомъ Сигизмунда или Фридриха III, какъ правителей Священной Римской Имперіи. Церковь, другая космополитическая сила этой эпохи, усиленно пропагандировала подобную же теорію. Она разработала свое собственное каноническое право и стремилась провести точныя границы между его декретами и законами (*leges*) свѣтской власти. Но взаимная близость юриспруденціи обоихъ кодексовъ—Гражданскаго и Каноническаго—была настолько очевидна, что въ университетахъ изученіе ихъ по необходимости тѣсно переплеталось. Такъ было въ Прагѣ и въ чисто нѣмецкихъ университетахъ въ Эрфуртѣ, Кельнѣ, Ростокѣ, Гейдельбергѣ, Лейпцигѣ, Грейфсвальдѣ и др. Правда, главными кафедрами на юридическихъ факультетахъ этихъ университетовъ были кафедры каноническаго права, но занимавшіе ихъ профессора часто являлись докторами обоихъ правъ (*utriusque juris*) и читали лекціи въ одно и то же время и по гражданскому и по каноническому праву. Въ Прагѣ и въ Ростокѣ римское гражданское право стало разсматриваться какъ необходимая часть систематическаго курса.

Въ первое время большинство профессоровъ права были итальянцы, но постепенно стали выдвигаться и нѣмецкіе ученые, и хотя среди нихъ нельзя встрѣтить первоклассныхъ знатоковъ ранѣе Ульриха Цазія во Фрейбургѣ и Шюрпфа въ Виттенбергѣ (около 1500 г.), однако значительное число преподавателей и студентовъ говоритъ о возрастающей практической важности изученія римскаго права.

3. Еще болѣе вѣскимъ доказательствомъ усиленія его вліянія являются руководства римскаго и каноническаго права, составленныя въ XIV и особенно XV столѣтіяхъ. Они были предназначены для лицъ, которыя не имѣли достаточно

времени для продолжительнаго и основательнаго изученія юридических источниковъ, но въ то же время желали воспользоваться готовой премудростью римской юриспруденціи. Такимъ руководствомъ являлся, напимѣрь, Словарь того и другого права, составленный Эрфуртскимъ докторомъ Юдокомъ около 1452 г. и широко распространенный въ Германіи и сосѣднихъ странахъ. Въ теченіе пятидесяти лѣтъ (съ 1473 по 1523 г.) онъ выдержалъ 52 изданія. Этотъ словарь, изложенный ясно и выказывающій достаточную степень освѣдомленности, даетъ короткія опредѣленія и объясненія всякаго рода терминовъ, встрѣчающихся въ сочиненіяхъ римскихъ юристовъ и въ постановленіяхъ законовъ.

Курьезнымъ проявленіемъ этого стремленія познакомиться съ римскими юридическими идеями и процессуальными формами является сильно распространенный въ то время родъ юридической литературы, именно такъ называемые „процессы сатаны“. Богословы любили излагать ученіе о спасеніи, пользуясь формой фиктивного процесса. Ихъ цѣлью было показать, что послѣ искупительной жертвы Спасителя адъ потерялъ свою власть надъ родомъ человѣческимъ и что искупленіе, достигнутое этой жертвой, можетъ быть разсматриваемо, какъ актъ не только милости, но и справедливости. Одинъ изъ такихъ трактатовъ приписывался, повидимому правильно, не кому иному, какъ самому болонскому доктору Бартолу и его нѣмецкій переводъ, получившій названіе „Веліала“, обнаруживаетъ отличное знакомство съ техническими подробностями процесса. Содержаніе самого процесса слѣдующее. Сатана подъ именемъ Маскарона появляется передъ трибуналомъ Христа и приносить жалобу противъ человѣческаго рода; Христосъ назначаетъ день для разбирательства. Отвѣтчикъ не является на судъ въ назначенный день и истецъ требуетъ, чтобы судъ призналъ его выигравшимъ процессъ по неявкѣ противника, но Христосъ даетъ отсрочку по соображеніямъ справедливости (aequitas) и въ силу своей дискреціонной власти въ качествѣ судьи. На слѣдующій день является въ качествѣ адвоката со стороны человѣческаго рода Дѣва Марія. Маскаронъ возражаетъ противъ допущенія такого повѣреннаго: Богородица не правомочна быть

адвокатомъ, во-первыхъ, потому, что она женщина и, во-вторыхъ, въ силу своего родства съ судьей. Христосъ не признаетъ это возраженіе дѣйствительнымъ и переходитъ къ разбирательству дѣла. Искъ, вчиненный Маскаронемъ, есть *actio spoli*, искъ о лишеніи ада его владѣнія. Богородица представляетъ возраженіе съ точки зрѣнія права: оно основано на томъ, что адъ получилъ родъ человѣческой во временное храненіе и обязанъ удерживать его у себя лишь въ интересахъ Бога. *Actio spoli* отвергается судомъ, и тогда Сатана вчиняетъ новый искъ о собственности; онъ требуетъ осужденія человѣчества на основаніи первороднаго грѣха и словъ Бога: „въ тотъ день, когда ты вкусишь отъ плода запретнаго дерева, смертію умрешь“. Пресвятая Дѣва возражаетъ противъ этого: адъ самъ явился причиной грѣхопаденія и не имѣетъ права пожинать плоды собственнаго обмана (*dolus*). Тогда Сатана предъявляетъ встрѣчное возраженіе: если это такъ, то человѣчество должно быть осуждено *officio iudicis*, по долгу судьи, такъ какъ справедливость не дозволяетъ оставлять преступленіе безнаказаннымъ. Пресвятая Дѣва протестуетъ противъ этого новаго изворота, какъ незаконнаго видоизмѣненія основанія предъявленнаго иска. Кромѣ того, въ пользу обвиняемаго приводится рѣшающій аргументъ: Христосъ претерпѣлъ наказаніе за человѣческой родъ и удовлетворилъ справедливость своей добровольной жертвой. Послѣ этого Маскарону отказываютъ въ искѣ.

Можно замѣтить, что въ этомъ примѣрѣ приведены различные виды тяжбъ и процессуальныхъ средствъ, очевидно съ намѣреніемъ познакомить новичка съ техническими терминами и такими основными процессуальными формами, какъ вызовъ въ судъ, неявка, ссылка на справедливость, искъ о собственности, защитѣ владѣній, возраженіе и встрѣчное возраженіе, отводъ, изложеніе иска, обманъ и т. д.

Популярной работой другого рода является „Зерцало исковъ“, произведеніе, приурочиваемое къ началу XV столѣтія. Авторъ его, вѣроятно какой-нибудь городской секретарь, составилъ свою книгу въ пограничномъ округѣ между Швабіей и Франконіей, можетъ быть въ маленькомъ городкѣ

Schwäbisch Hall. Его глубоко огорчают неопредѣленность германскаго обычнаго права, алчность и насилія князей, слабость Императора, и онъ хочетъ утвердить законы своего отечества на основахъ римской кодификаціи, не пренебрегая при этомъ однако старыми разумными обычаями. Первая книга его труда, посвященная частному праву, частью заимствована изъ работы болонскаго доктора Роффреда и частью изъ болѣе элементарнаго руководства Іоанна de Blasio (de actionibus, 1259 года). Нѣмецкій авторъ стремится по большей части дать простое и удобное для практическихъ цѣлей изложеніе римскихъ правилъ и отбрасываетъ педантичныя тонкости. Комбинировать германскіе правовые принципы съ ученнымъ аппаратомъ и своеобразными различеніями римскихъ юристовъ было, конечно, дѣломъ нелегкимъ, и нельзя сказать, что нашему автору вполнѣ удалось ясно и логично спаять содержаніе того и другаго права. Однако его попытка для насъ крайне важна: она показываетъ, что введеніе такого техническаго аппарата, какъ римская схема исковъ, уже въ XV столѣтіи не столько было дѣломъ книжной учености, сколько результатомъ практической потребности. Мы видимъ, что „Зерцало исковъ“ (Klagspiegel) старалось какъ приладить нѣмецкія классовыя различія къ римской специальной классификаціи точно такъ же, какъ это дѣлалъ Брактонъ. Оно обычно переводитъ латинское *servus* черезъ *Eigen Mann*, т.-е. крѣпостной. Равнозначущимъ этому выраженіемъ въ современномъ нѣмецкомъ языкѣ является *Leibeigen*, человекъ, личностью котораго владѣтъ другой. Иногда, правда, авторъ „Зерцала“ чувствуетъ, что такое отождествленіе не годится, и онъ спѣшитъ прибавить, что рабства или даже крѣпостничества въ германскомъ правѣ нѣтъ. Между тѣмъ, если и не въ городахъ, то въ селахъ существовала многочисленная группа крестьянъ, къ которымъ могъ быть вполнѣ примѣненъ терминъ „крѣпостные“ (*leibeigen*), и по отношенію къ нимъ *Klagspiegel* „рецепируетъ“—воспринимаетъ нѣкоторыя изъ нормъ римскаго права касательно рабовъ. Не менѣе значительны заимствованія изъ римскаго ученія объ обязательственномъ правѣ. При этомъ, однако, авторъ *Klagspiegel*я, повиди-

мому, не замѣчаетъ затрудненій, испытываемыхъ римскими юристами по вопросу относительно юридической силы неформальныхъ, „голыхъ“ обѣщаній, и допускаетъ, что они могутъ быть предметомъ иска. Далѣе, въ изложеніи эфитевсиса права (римской наслѣдственной аренды) его трактатъ носить значительные слѣды самостоятельности, вслѣдствіе того, что въ качествѣ конкретнаго матеріала для построенія его схемы берутся крестьянскія держанія средневѣковаго германскаго обычнаго права. Такъ, главнымъ факторомъ въ отношеніяхъ между помѣщикомъ и держателемъ (*Hintersasse*) являются оброки и барщина; право помѣщика на надзоръ за крестьянскимъ хозяйствомъ и его дисциплинарная власть надъ самимъ крестьяниномъ считаются за непремѣнное, издревле признанное условіе держанія, и т. д. Все это, съ точки зрѣнія комментарія къ римскимъ источникамъ, ошибочно, но для исторіи рецепціи эти и подобныя имъ уклоненія отъ ортодоксальныхъ ученій интересны и важны. Они доказываютъ, что мы имѣемъ здѣсь дѣло не съ простыми литературными заимствованиями, а что передъ нами на практикѣ происходитъ борьба между римскими и германскими теоріями.

4. Теперь намъ предстоитъ разсмотрѣть вліяніе римскаго права, преподаваемаго въ университетахъ и проводимаго въ популярныхъ и ученыхъ сочиненіяхъ, на судебную практику. Можно легко прослѣдить, что лица, имѣвшія дѣло съ римскими текстами и романистической литературой въ XV столѣтіи, по большей части принадлежали къ одному изъ трехъ классовъ. Это были, во-первыхъ, клирики, стремившіеся подкрѣпить духовныя и свѣтскія притязанія церкви ссылками на римское гражданское право; во-вторыхъ, городскіе секретари, служившіе юрисконсультами въ городахъ и у князей и принимавшіе участіе въ судебныхъ разбирательствахъ обыкновенныхъ судовъ въ качествѣ засѣдателей; въ третьихъ, адвокаты, подыскивавшіе аргументы для своихъ кліентовъ и склонные предпочитать писаное римское право туземной мудрости германскихъ засѣдателей (*Schöffen*). Но какими путями шло проникновеніе римскаго права въ судъ и въ административныя учрежденія?

Юридическая консультация являлась главным средством для его примѣненія на болѣе раннихъ стадіяхъ процесса рецепціи. Чиновники, затруднявшіеся рѣшать запутанные вопросы частнаго и административнаго права, а также и тяжущіяся стороны въ особенно сложныхъ процессахъ прибѣгали къ совѣту извѣстныхъ юристовъ, главнымъ образомъ докторовъ правъ въ университетахъ. Одинъ изъ раннихъ примѣровъ (въ концѣ XIV столѣтія) представляетъ обращеніе Кельнскаго Городскаго Совѣта по дѣлу о такъ называемыхъ „Братствахъ совмѣстной жизни“ (*Brüder des gemeinsamen Lebens*). Это были ассоціаціи религиозныхъ энтузіастовъ обоого пола, практиковавшихъ общую молитву и трудъ. У юристовъ спрашивали заключенія, считаютъ ли они подобныя ассоціаціи за *collegia licita* по римской терминологіи или нѣтъ. Одинъ изъ отвѣтовъ подписанъ двумя докторами и двумя лиценціатами правъ Кельнскаго университета, изъ которыхъ оба первые являлись постоянными профессорами по кафедрѣ права (*legum doctores actu regentes in legibus*). Казусъ былъ поставленъ слѣдующимъ образомъ:

„Въ извѣстныхъ мѣстностяхъ нѣкоторые люди соединяются для совмѣстной жизни. Такъ нѣкоторые клирики живутъ въ одномъ домѣ, гдѣ они заняты перепиской дозволенныхъ закономъ книгъ. Другіе, неумѣющіе писать, заняты ремеслами или другой ручной работой въ другомъ домѣ. Эти лица, живущія въ двухъ домахъ, трудятся и живутъ на выручку отъ своего труда, и раздѣляютъ между собою заработокъ и движимое имущество, когда есть такое. Они вмѣстѣ обѣдаютъ, не просятъ милостыни и имѣютъ правителя (ректора), который заботится о жилищѣ. Они повинуются ему, какъ хорошіе ученики своему хозяину, и распредѣляютъ время для труда, отдыха и тому подобнаго. Они рѣшили пребывать въ общинѣ, чтобы жить болѣе спокойно; главная цѣль этой жизни—не выгода, но надежда, что, живя такимъ образомъ, они угождаютъ Богу и служатъ Ему. Таково заданіе. Спрашивается, можно ли признать такое общежитіе законнымъ и имѣютъ ли его члены право выбирать ректора, создавать для себя особые уставы и вообще то, что предоставляется закономъ обществамъ. Точно также спра-

шивается, что гласитъ законъ о женщинахъ, которыя живутъ отдѣльно отъ супруговъ, шьютъ, прядутъ и ткутъ, добывая средства для описаннаго выше образа жизни“? Доктора гражданского права вынесли вполне благоприятное рѣшеніе вопроса на основаніи авторитета Бартола, съ добавленіемъ, что женщины могутъ жить въ такомъ общежитіи только въ томъ случаѣ, если ихъ трудъ въ немъ не противорѣчитъ женственности (*si statui muliebri non repugnet*). Мнѣніе, высказанное канонистами и основанное на авторитетѣ Иоанна-Андреа, склонялось къ выводу, что не дозволяется вводить новыя религиозныя вѣрованія, но что жизнь сообще не запрещена сама по себѣ. Можно къ этому добавить, что „Братства совмѣстной жизни“ выдержали нѣсколько нападений со стороны ревностныхъ церковниковъ, но были поддержаны Констанцскимъ Соборомъ и ихъ общины и школы продолжали процвѣтать въ теченіе всего XV столѣтія. Вышеупомянутая юридическая консультация интересна съ двухъ точекъ зрѣнія. Она любопытна съ точки зрѣнія религиозной исторіи, такъ какъ предметомъ ея служило замѣчательное религиозное возрожденіе, связанное съ именемъ Гергарда де Гроота и его вѣтскихъ братствъ. Но, кромѣ того, консультация отмѣчаетъ извѣстную ступень въ введеніи въ Германію римской теоріи корпорацій. И легисты, и канонисты основывали свое ученіе на римскомъ понятіи объ *universitas*, какъ юридическомъ лицѣ, какъ особомъ фиктивномъ существѣ, пользующемся правами, одинаковыми съ правами индивидуума, и организованномъ такимъ образомъ, чтобы имѣть возможность непрерывно дѣйствовать для достиженія извѣстныхъ, дозволенныхъ закономъ, цѣлей. Наличность правителя (ректора) и обязательныхъ постановленій являлись необходимымъ условіемъ для такого рода дѣйствій; гражданскія права были присвоены этимъ корпораціямъ по примѣру прочихъ законныхъ обществъ, и индивидуальность ихъ членовъ до извѣстной степени поглощалась этимъ высшимъ корпоративнымъ существомъ. Единственнымъ сомнительнымъ пунктомъ было признаніе законности самой цѣли корпораціи. Разъ таковая была признана, то все остальное вытекало само собою согласно римской теоріи о юридическомъ лицѣ. Теперь мы мо-

жемъ понять, почему консультація была нужна по данному вопросу и какія были ея юридическія послѣдствія. Германистическій взглядъ на корпорацію не совпадалъ съ римскимъ: онъ склонялся къ допущенію совмѣстныхъ дѣйствій нѣсколькихъ отдѣльныхъ лицъ (*Gesammtheit*), дѣйствующихъ какъ „союзъ“ (*Genossenschaft*). Это понятіе не достигло однако теоретической полноты и сознательнаго соподчиненія всѣхъ деталей одному руководящему принципу. Римская доктрина, наоборотъ, отвѣчала этому требованію, и она была принята вмѣсто германской, какъ болѣе научная и послѣдовательная.

Рядъ другихъ характерныхъ консультацій, вынесенныхъ кельнскими юристами XIV и XV столѣтій, касался затрудненій, возникавшихъ при столкновеніяхъ между публичными и частными правами въ городахъ и княжествахъ. Образование въ предѣлахъ Имперіи различныхъ типовъ городскихъ общинъ, возникавшихъ благодаря спеціальнымъ пожалованіямъ императоровъ, захвату, обычаю или давности, давало поводъ къ возникновенію постоянныхъ споровъ и осложненій въ Италіи и въ Германіи. Одинъ изъ виднѣйшихъ итальянскихъ юристовъ XIV вѣка, Бартоль, установилъ новые взгляды на этотъ запутанный отдѣлъ муниципальнаго права. Онъ принялъ и развилъ римскія понятія о народномъ суверенитетѣ, какъ источникѣ власти, о принудительной силѣ, которая играетъ роль въ созданіи права (*vis coactiva*), о политическомъ и юридическомъ авторитетѣ, возникающемъ по спеціальному пожалованію императора и т. п. Комментарій Бартола по данному вопросу сталъ основой публичнаго права центральной Европы, и замѣчательно, что профессора римскаго права въ Германіи усвоили его доктрины предпочтительно передъ ученіемъ самого Юстиніанова Кодекса.

Модернизированные элементы въ ученіи Бартола сдѣлали послѣднее легко примѣнимымъ для разрѣшенія вопросовъ, возникавшихъ среди юридической путаницы, характерной для Германіи XV-го столѣтія, и собственно въ этомъ итальянскомъ видоизмѣненіи римское право было принято нѣмцами. Эти видоизмѣненія объясняютъ намъ до нѣкоторой степени, почему рецепція произошла сравнительно столь легко.

Нѣтъ нужды прибавлять, что въ томъ состояніи правительства и общества, которое преобладало въ Германіи въ XV столѣтіи, перекрестныя отношенія между различными политическими единицами и социальными группами постоянно приводили къ столкновеніямъ и тяжбамъ. Во всѣхъ подобныхъ случаяхъ правовыя учрежденія Германіи, основанныя на мѣстныхъ обычаяхъ, оказывались совершенно несостоятельными. Обращеніе къ римскому праву общему являлось естественнымъ и неизбѣжнымъ. Оно происходило какъ въ формѣ приговоровъ, такъ и въ формѣ консультацій. Все болѣе входило въ обычай, чтобы тяжущіяся стороны предлагали свои притязанія на посредническое разсмотрѣніе докторовъ права. Однимъ изъ характерныхъ приѣмовъ при этомъ являлся институтъ, такъ называемый „*Actenversendung*“, пересылки документовъ, относящихся къ извѣстному дѣлу, изъ суда, гдѣ оно разсматривалось, юридическому факультету какого-нибудь знаменитаго университета. Профессора факультета дѣйствовали при этомъ *in cogroge*, разсматривали судебныя доказательства, притязанія сторонъ, требуя иногда дополнительныхъ свѣдѣній, и въ концѣ концовъ давали заключеніе. Все это затѣмъ препровождалось въ судъ. Нечего, конечно, и говорить, что эта „пересылка актовъ“ могла имѣть мѣсто только въ случаѣ процесса, основаннаго на письменныхъ документахъ. Производство при этомъ соответствовало практикѣ церковныхъ судовъ, которая въ свою очередь установилась подъ влияніемъ заимствованій изъ поздняго римскаго судопроизводства. Такимъ образомъ „пересылка актовъ“ помимо того, что она являлась обращеніемъ къ коллегіи юристовъ, воспитанныхъ на чужеземномъ правѣ, по самой формѣ юридической процедуры способствовала процессу романизации.

5. Я остановился на началахъ рецепціи въ XV столѣтіи болѣе детально потому, что причины и основанія изучаемаго процесса, какъ всегда, болѣе замѣтны въ самомъ началѣ, чѣмъ во время дальнѣйшаго развитія. Однако практическая сторона этого процесса, его результаты въ сферѣ судопроизводства и законодательства обнаружались главнымъ образомъ въ XVI вѣкѣ. Германскіе суды съ ихъ особыми процессуальными формами и ихъ обычнымъ правомъ были

вытѣснены трибуналами, слѣдовавшими римскимъ правиламъ; прежде всего это вытѣсненіе началось благодаря организаціи центрального имперскаго суда, „Reichskammergericht“. Для своего руководства этотъ судъ сознательно принялъ римское право въ качествѣ общаго права Имперіи. Это произошло въ 1495 году, когда „Reichskammergericht“ былъ окончательно организованъ какъ постоянный трибуналъ. Событіе это стояло въ связи съ общимъ стремленіемъ къ усиленію имперскихъ учреждений въ царствованіе Максимилиана. Имперія была преобразована на началахъ федераціи для поддержанія общественнаго мира, раздѣлена на округа и подчинена въ судебной области „Reichskammergericht“у“. Этотъ высшій судъ, правда, никогда не достигалъ такого рѣшающаго вліянія, какъ англійскіе королевскіе суды и французскіе парламенты, но все же онъ являлся центромъ, гдѣ сосредоточивалось общее право Имперіи, и, несмотря на медлительность и слабость въ исполненіи рѣшеній, оказывалъ значительное вліяніе на судебныя учреждения во всѣхъ государствахъ, входившихъ въ составъ Имперіи. Вначалѣ было установлено, что одна половина изъ его шестнадцати засѣдателей должна состоять изъ докторовъ права, а другая изъ рыцарей. Затѣмъ былъ изданъ декретъ, постановлявшій, что даже эти рыцари должны по-возможности выбираться изъ лицъ, свѣдущихъ въ римскомъ правѣ. Трибуналъ, составленный такимъ образомъ, естественно склонялся въ сторону рецепціи чужеземнаго права вопреки туземной обычной юриспруденціи. Юстиніаново право было рецепировано *in complexu*, во всѣхъ своихъ деталяхъ, съ тѣмъ однако характернымъ ограниченіемъ, что оно было взято не непосредственно изъ оригинальныхъ источниковъ, а изъ текста, глоссированнаго итальянскими учеными. Правило, что доктрины, непринятія глоссаторами, не могутъ быть приняты въ соображеніе судьей (*quod non agnoscit glossa non agnoscit forum*), было болѣе чѣмъ признаніемъ великаго литературнаго авторитета Ацо, Аккурсія, Бартола, Бальда и т. д. Оно было необходимо во избѣжаніе частностей, слишкомъ тѣсно связанныхъ съ древней жизнью и совершенно неудобныхъ для перенесенія въ Германію.

Примѣру, данному „Reichskammergericht“омъ“, непосредственно послѣдовали верховные суды разныхъ княжествъ, и рецепція стала распространяться съ верхней ступени лѣстницы внизъ. Важность этой постепенной ассимиляціи низшими судами руководящихъ принциповъ высшихъ трибуналовъ хорошо иллюстрируется, напримѣръ, исторіей рецепціи въ княжествахъ Юлихъ и Бергъ (въ Рейнской провинціи). Штаты этой провинціи рѣшили въ 1534 и 1537 годахъ преобразовать свои законы по римскимъ образцамъ съ цѣлью устранить несогласія съ верховнымъ судомъ („Reichskammergericht“). Подъ вліяніемъ такого рода побужденій, движеніе въ сторону кодификаціи мѣстныхъ законовъ и въ сторону ихъ реформирования на основѣ римскихъ доктринъ распространилось по всей Германіи. Города Вормсъ и Нюрнбергъ одни изъ первыхъ успѣли произвести такую реформу (1479 г.). Большинство монархически организованныхъ княжествъ сдѣлали то же самое, за исключеніемъ нѣкоторыхъ Сѣверо-Германскихъ государствъ, которыя продолжали придерживаться юриспруденціи, основанной на „Sachsenspiegel“.

Въ этомъ освѣщеніи рецепція является главнымъ образомъ движеніемъ высшихъ классовъ и связанныхъ съ ними государственныхъ властей. Въ низшихъ слояхъ населенія она встрѣчала значительную оппозицію. На юристовъ смотрѣли какъ на дурныхъ христіанъ (*Die Juristen sind böse Christen*). Иногда они наталкивались на открыто враждебное отношеніе со стороны народныхъ учреждений: два констанцскихъ доктора, напр., были прогнаны судомъ *Schöffen*овъ въ Тургау, такъ какъ засѣдатели не желали слушать о Бартеле и Балделе (*Bartolus Baldus*) и рѣшили придерживаться старыхъ обычаевъ. Возставшіе крестьяне въ 1525 году въ подложномъ документѣ, прозванномъ „Реформаціей Императора Фридриха III“, объявляютъ, что „всѣ доктора права должны быть устранены, и правосудіе должно твориться по закону Моисея, потому что не годится людямъ пользоваться лучшимъ закономъ, чѣмъ тотъ, который возвѣщенъ Богомъ“. Ульрихъ фонъ-Гуттенъ не переставалъ нападать на жадную, невѣжественную, педантичную толпу юристовъ, которые затемняютъ самые простые вопросы и пользуются своимъ претенціознымъ

образованіемъ, чтобы выжимать соки изъ бѣднаго люда. Но въ общемъ рецепція иностраннаго общаго права была встрѣчена съ гораздо меньшей враждой, чѣмъ можно было ожидать, судя по радикальности этой мѣры. Ученые судьи германскихъ судовъ стали романистами. Принципіальная несообразность этой попытки стала очевидной лишь значительно позднее, когда нѣмцы стали пытаться воскресить туземные правовые обычаи изъ забвенія и вывести ихъ изъ пренебрежительнаго примѣненія въ низшихъ судахъ, куда они были оттѣснены. Реакція германскаго права противъ искусственной рецепціи совершилась уже въ наши дни благодаря такимъ людямъ, какъ Гейслеръ, Безелеръ, Гирке, и оружіе, которымъ пользовались они, было добыто путемъ реконструкціи общихъ доктринъ германскаго права при помощи исторіи.

Какое общее заключеніе можно вынести изъ сложнаго историческаго процесса, который мы только что изучили? Повидимому, при всемъ разнообразіи тоновъ и ритма, въ его ходѣ можно отмѣтить постоянную встрѣчу двухъ или трехъ основныхъ мотивовъ. Ясно, во-первыхъ, что рецепція римскаго права въ значительной степени зависѣла отъ политическихъ причинъ. Римская правовая система была подчинена идеѣ государства, господствующаго надъ индивидуумами и классами и свободнаго отъ характернаго для феодализма смѣшенія частныхъ и публичныхъ интересовъ. Рецепція римскаго права не могла не привлечь къ себѣ симпатій всѣхъ піонеровъ государственности—властолюбивыхъ императоровъ, честолюбивыхъ мѣстныхъ князей, реформаторовъ-легистовъ и даже церковныхъ носителей идей права и порядка. Сложившись въ эпоху высоко развитой социальной жизни, римское право во многихъ отношеніяхъ удовлетворяло требованіямъ экономическаго развитія. Хотя исторія никогда не повторяется, и условія промышленности и торговли въ Европѣ XIV столѣтія значительно разнились отъ экономическаго уклада Римской Имперіи, все же въ римскихъ юридическихъ сочиненіяхъ были накоплены результаты обширнаго опыта по сооруженію юридическихъ рамокъ для торговыхъ и иныхъ сдѣлокъ. Передовые классы, на исходѣ среднихъ вѣковъ, не замедлили воспользоваться этимъ до-

стояніемъ и его вліяніе особенно сказалось на обязательственномъ правѣ. Наконецъ съ точки зрѣнія чистой юриспруденціи научная цѣнность римскаго права не можетъ быть подвергнута сомнѣнію. Оно заявляетъ о себѣ всякій разъ, какъ возникаетъ теоретическая разработка юридическихъ темъ. Какъ только выработка общаго права стала соціальной необходимостью, римская правовая система стала реальной силой не только въ школахъ, но также и въ судахъ. Исторія римскаго права въ средніе вѣка свидѣтельствуетъ о скрытой мощи и организующей силѣ и дей среди измѣнчивой обстановки фактовъ.

Приложенія.

I. (къ стр. 9).

Lex Romana Curiensis, IV.
De responsis prudentum.

Codex Theodosianus, 1, 4, 3.

Imp. Theodosius et Valentinianus A A ad Senatum urbis Romæ. Interpretatio. Hæc lex ostendit, quorum iuris conditorum sententiæ valeant, hoc est Papiniani Pauli, Gaii, Ulpiani, Modestini, Scævola, Sabini, Iuliani atque Marcelli, quorum si fuerint, ubi maior numerus unum senserit, vincat. Quod si forsitan æqualis numerus in utraque parte sit, eius partis præcedat auctoritas, in qua Papinianus cum æquali numero senserit, quia ut singulos Papinianus vincit, ita et cedit duobus. Scævola, Sabinus, Iulianus atque Marcellus in suis corporibus non inveniuntur, sed in præfatorum opere tenentur inserti.

Imp. Theodosius. Interpretatio. Hæc causa sicut Papiani, Pauli, Gaii, Ulpiani, Modestini et Scifola, Savini, Iuliani atque Marcelli est. Isti viri clarissimi consilium in suis corporibus melius esse non cognoverint, et in his libris sic continent. Ubi de actionem indicarie contenditur, vel ubi inter duos heredes de ipsorum facultatem intencione inter se habuerint, si unus de illis habuerit amplius homines, qui eius causam teneant, quam ille alius: qui maiorem numerum habuerit de bonos homines, ipse in iudicio secundum legem suam causam vincat. Et si forsitan de homines equalem numerum habuerint, præcedat eius auctoritas, qui in lege Papiani pro se alicum titulum invenerit, ipsa causa vincat.

II. Liutprand 134 (къ стр. 16).

Si hominis in uno vico habitantis aliqua intentionis habuerit de campo aut vinea Prado aut silva vel de alias res, et collegerent se una pars cum virtutem et dixerent „quia wifamus et expellimus eum de ipsum locum per virtutem foras“, et ambolaverunt, et scandalum ibi commissum fuerit et plagas aut feritas factas vel homo occisus fuerit: ita decernimus, ut plagas et feritas aut hominem mortuum componant secundum anteriorem edicto, quod gloriosus Rothari rex vel nos instituimus; pro autem inlecita presumptionem de ipsa collectionem componat solidos 20 ad illam partem, qui in campum aut in vitis vel in Prado aut in silva suum laborem faciebat. Hoc autem ideo statuimus, ut nullus presumat malas causas in qualiscumque locum excitare aut facere et non potuimus causam istam adsimilare, neque ad arischild, neque ad consilium rusticanorum, neque ad rusticanorum seditione: et plus congruum nobis paruit esse de consilium malum, id est de consilio mortis. Quia quando se collegunt et super alius vadunt pro peccatis, ad id ipsum vadunt ut malum faciant, aut si casus evenerit, hominem occidant, et plagas aut feritas faciant: ideo, ut dixemus, adsimilavimus causam istam ad consilium mortis, quod sunt, sicut supra premisimus, solidi vigenti.

III. Origines, V, c. 24, § 25 (къ стр. 20).

De instrumentis legalibus.

Donatio est cuiuslibet rei transactio. Dictam autem dicunt donationem quasi doni actionem, et dotem quasi do item. Præcedente enim in nuptiis donatione dos sequitur.

Conditio quid est (V, c. 24, § 29).

Conditio a condicendo quasi conditiones quia non ibi testis unus jurat, sed duo vel plures; non enim in unius ore sed in duorum aut trium stat omne verbum. Item conditiones dicuntur quod inter se conveniat sermo testium quasi conditiones.

IV. Glossa Irnerii (къ стр. 39).

„Cum equitas et jus in hisdem rebus versentur, differunt tamen. Equitatis enim proprium est id quod justum est simpliciter proponere.

Juris autem idem proponere volendo, scilicet aliquantum auctoritate subnecti. Quod propter hominum lapsus multum ab ea distare contingit, partim minus quam equitas dictaverit continendo, partim plus quam oporteat proponendo. Multis quoque aliis modis equitas et jus inter se differunt, cujus dissensus interpretatio, ut lex fiat, solis principibus destinatur“ (quoted by Meynial, *Encore Irnerius*, N. R. L. de dr. fr., 1897, p. 352).

V. Glossæ Vacarii ad D. I. 3 (кб стр. 40).

(From the MS. of the Dean and Chapter of Worcester.)

1. Conditor autem et interpres legum solus est imperator. Scilicet ex propria voluntate. Ceteri ex necessitate. Item iudicis interpretatio nulla intelligitur preterquam si nullo ab his inter quos iudicat iuris remedio infirmetur, inter eos tantum tenet.

2. Generale et naturale congruum ut eo modo solvatur quid quo constructum est. Imperatoris autem constitutionem invito populo immo et reclamante interdum fieri contingit et valet. Ergo et durat ut nec per consuetudinem abrogari possit nisi prius imperium et potestatem a principe amotam populus recipiat.

VI. (кб стр. 49).

Dig. 1, 3, 32 pr. (Julianus).

De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodire oportet quod moribus et consuetudine inductum est:

et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est:

si nec id quidem appareat, tunc jus, quo urbs Roma utitur, servari oportet.

Beaumanoir, Prologue:

Nous entendons a confermer grant partie de cest livre par les jugemens qui ont esté fet en nos tans en ladite contée de Clermont; et l'autre partie par clers usages et par cleres coustumes usees et acoustumees de lonc tans pesiblement;

et l'autre partie, des cas douteus en ladite contée, par le jugement des chasteleries voisines;

et l'autre partie par le droit qui est communs a tous on royaume.

VII. Coutume de Beauvaisis, 31 (кб стр. 59).

Pour ce que mout seroit longue chose et chargeant as hommes qui font les jugemens de metre en jugement tous les cas qui viennent devant le baillif, li baillis doit metre grant peine de delivrer ce qui est pledié devant lui, quant il set que l'en doit fere du cas selonc la coustume et quant il voit que la chose est clere et aperte. Mes ce qui est en doute et les grosses quereles doivent bien estre mises en jugement; ne il ne convient pas que l'on mete en jugement le cas qui a autre fois esté jugiés, tout soit ce que li jugemens soit fes pour autres persones, car l'on ne doit pas fere divers jugemen d'un meisme cas.

VIII. (Bracton I, 1 § 2, 1 § 3) (кб стр. 64).

Cum autem fere in omnibus regionibus utatur legibus et iure scripto, sola Anglia usa est in suis finibus iure non scripto et consuetudine, in ea quidem ex non scripto ius venit quod usus comprobavit, sed non erit absurdum leges Anglicanas, licet non scriptas, leges appellare, cum legis vigorem habeat quicquid de consilio et consensu magnatum et reipublicæ communi sponsione, auctoritate regis sive principis præcedente, iuste fuerit definitum et approbatum. Sunt etiam in Anglia consuetudines plures et diversæ secundum diversitatem locorum, habent enim Anglici plura ex consuetudine quæ non habent ex lege, sicut in diversis comitatibus, civitatibus, burgis et villis, ubi semper inquirendum erit quæ sit illius loci consuetudo et qualiter utantur consuetudine qui consuetudines allegant.

Cum autem huiusmodi leges et consuetudines per insipientes minus doctos, qui cathedram iudicandi ascendunt antequam leges didicerint, sæpius trahantur ad abusum, et qui stant in dubiis et in opinionibus, et multotiens pervertantur a maioribus, qui potius proprio arbitrio quam legum auctoritate causas decidunt, ad instructionem saltem minorum, ego Henricus de Brattone „animum erexi“ ad vetera indicia iustorum, perscrutando diligenter, non sine vigiliis et labore, facta ipsorum, consilia et responsa, et quicquid inde nota dignum inveni in unam summam redigendo.



265066