

ББК 67.3 Б 50

Берман Г.Дж.

Западная традиция права:

эпоха формирования / Пер. с

англ. — М.: Изд-во МГУ, 1994. — 592 с.

ISBN 5-211-03193-8.

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

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

1302000000-0» Б 077(02)-94 48 1994

ISBN 0-674-51776-8 ISBN 5-211-03193-8

ББК 67.3

© 1983 by the President and Fellows of Harvard College

© Перевод Н.Р.Никоновой при участии Н.Н.Деева, 1994

ОГЛАВЛЕНИЕ

Предисловие к русскому изданию.....8

Предисловие..... 15

Введение 19

Право и история..... 28

Право и революция 35

Кризис западной традиции права..... 48

К социальной теории права..... 55

Часть I

ПАПСКАЯ РЕВОЛЮЦИЯ

И КАНОНИЧЕСКОЕ ПРАВО

1. Основа западной традиции права: народное право61

Племенное право63

Динамичные элементы в германском праве: христианство и королевская власть72

Книги покаяний и их отношение к народному праву.....79

2. Истоки западной традиции права в Папской революции.....93

Церковь и империя: клюнийская реформа.....95

"Диктаты папы"101

Революционный характер Папской революции.....106

Социально-психологические причины и последствия Папской революции . . .112

Возникновение государства Нового времени118

Возникновение систем права Нового времени.....120

3. Происхождение западной юридической науки в европейских университетах . . .124

Юридическая школа в Болонье.....127

Программа и метод обучения131

Схоластический метод анализа и синтеза.....135

Отношение схоластики к греческой философии и римскому праву136

Применение схоластической диалектики к юридической науке.....146

5

Право как прототип западной науки153

4. Теологические источники западной традиции права165

Страшный Суд и чистилище.....166

Таинство покаяния171

Таинство причащения.....172

Новая теология: доктрина искупления Св.Ансельма.....173

Правовые последствия доктрины искупления177

Теологические источники западного уголовного права.....179

Каноническое уголовное право.....183

5. Каноническое право: первая западная система права Нового времени195

Отношение канонического права к римскому праву199

Конституционные основания системы канонического права201

Корпоративное право как конституционное право церкви209

Ограничения на церковную юрисдикцию215

6. Структурные элементы системы канонического права218

Каноническое брачно-семейное право.....219

Каноническое наследственное право	223
Каноническое право собственности	229
Каноническое договорное право	236
Процедура.....	241
Систематический характер канонического права.....	244
7. Бекет против Генриха II: соперничество параллельных юрисдикции.....	246
Кларендонские постановления.....	247
Привилегия духовенства и двойная ответственность.....	249
Церковная юрисдикция в Англии.....	251
Запретительные ордера.....	255

Часть II ФОРМИРОВАНИЕ СВЕТСКИХ ПРАВОВЫХ СИСТЕМ

8. Концепция светского права.....	261
Возникновение новых теорий светского правления и светского права	263
западной политической науки	264
Теории юристов римского и канонического права.....	275
Верховенство права.....	278
9. Феодальное право.....	281
Феодальный обычай на Западе до XI века.....	283
Возникновение системы феодального права	288
10. Манориальное право.....	300
Объективность и универсальность	304
Взаимность прав помещиков и крестьян.....	306
Коллективное правосудие	307
Интеграция и рост	310
П. Торговое право.....	315
Религия и возникновение капитализма	318
Новая система торгового права.....	• 320
12. Городское право.....	336
Причины подъема новых городов.....	338
Происхождение городов Западной Европы.....	342
Пикардия (Франция): Камбре, Бове, Лан.....	342
Франция: Лорри, Монтбан.....	346
Нормандия: Верней	347
Фландрия: Сент-Омер, Брюгге, Гент.....	348
6	
Германия: Кельн, Фрайбург, Любек, Магдебург	349
Англия: Лондон, Ипсвич.....	356
Итальянские города.....	362
Гильдии и гильдейское право.....	365
Главные характеристики городского права.....	367
Город как историческая общность.....	373
13. Королевское права Сицилия, Англия, Нормандия, Франция.....	378
Норманнское Сицилийское королевство	383
Норманнское государство	387
Личность Рожера II.....	390
Норманнская правовая система	392
Рост королевского права в норманнской Италии	396
Англия.....	407
Личность Генриха II	410
Английское государство.....	411
Английское королевское право ("общее право")	417
Наука английского "общего" права.....	428
Нормандия.....	430
Франция.....	432
Личность Филиппа-Августа.....	434
Французское государство	435
Французская система королевского правосудия	438
Французское королевское гражданское и уголовное право.....	444
Французское и английское королевское право в сравнении	448
14. Королевское право: Германия, Испания, Фландрия, Венгрия, Дания	452
Германия.....	452
Имперское право.....	453
Личность и мировоззрение Фридриха Барбароссы	457
Императорские статуты мира (Landfrieden)	463
Саксонское зеркало (Sachsenspiegel).....	472
Право княжеств	474
Испания, Фландрия, Венгрия, Дания	479
Королевское право и каноническое право.....	484
Заключение.....	501

За пределами Маркса, за пределами Вебера	504
Послесловие автора	524
Сокращения.....	525
Примечания.....	527
Именной указатель.....*	587

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

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

ВВЕДЕНИЕ

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

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

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

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

19

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

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

Полезно было бы провести аналогию между развитием права в таком его понимании и развитии музыки. Начиная с XI и в XII в. одноголосная музыка, представленная в основном григорианским хоралом, постепенно заменялась полифонической музыкой. Развивалась двухголосная, трехголосная и, в конце концов, четырехголосная музыка. Контрапунктный стиль, представленный мотетом XIII в., развился к XIV в. в гармонический стиль *ars nova*, представленный балладой. В конце концов контрапункт и гармония соединились. XVI век стал свидетелем развития великих немецких протестантских хоралов, а те вместе с

итальянскими и английскими мадригалами и другими музыкальными формами явились основой оперы, которая и появилась впервые в Италии в конце XVI — начале XVII столетия. Впоследствии музыка Возрождения уступила место музыке барокко, а та — музыке классицизма и т. д. Ни один серьезный музыкант, будь он хоть каким авангардистом, не может позволить себе не знать этой истории. И недалеко еще ушло то время, когда точно так же от хорошего юриста требовалось знание развития правовых институтов.

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

24

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

Основные характеристики западной традиции права можно предварительно суммировать так:

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

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

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

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

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

25

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

литературой церковного права.

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

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

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

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

26

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

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

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

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

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

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

27

Право и история

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

Традиционно принятое понятие права как корпуса правил, производных от статутов и решений судов, отражающее теорию воли законодателя (государства) как высшего источника права, совершенно непригодно для того, чтобы поддержать исследование транснациональной правовой культуры. Говорить о западной традиции права — значит постулировать понятие права не как корпуса правил, но как процесса, предприятия, в котором правила имеют смысл только в контексте институтов и процедур, ценностей и образа мышления. При таком более широком взгляде источники права включают не только волю законодателя, но также разум и совесть общества и его обычаи и привычки. Это не преобладающий взгляд на право. Однако его ни в коем случае нельзя назвать неортодоксальным — не так давно говорилось, что у права четыре источника: законодательство, прецедент, право справедливости и обычаи¹. В эпоху формирования западной традиции права далеко не было такого количества законодательной деятельности или прецедентов, как в последующие века. Большая часть права происходила от обычаев, который рассматривался в свете права справедливости, определяемой как разум или *со-ж* весть. Необходимо признать, что обычай и право справедливости в той же мере являются правом, что и статуты и решения, если мы вообще хотим про-

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

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

28

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

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

Точно так же историческая юриспруденция, то есть теория о том, что право получает свой смысл и авторитет от прошлой истории того народа, которому оно принадлежит, от обычаев этого народа, от гения его институтов, от его исторических ценностей, от прецедентов, была встроена в английскую систему права со времен Английской революции XVII в. Однако английская философия права постоянно металась между

позитивизмом и теорией естественного права, а у исторической юриспруденции было сравнительно мало приверженцев — во всяком случае в XX в. Родным домом исторической юриспруденции стала Германия — та Германия, которая в отличие от Англии создала свое собственное национальное право, причем не столько из своих исторических правовых институтов, сколько из воспринятого ею "чуждого" римского права. Во имя исторической юриспруденции величайшие немецкие юристы возносили хвалу немецкому праву как отражению духа немецкого народа.

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

29

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

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

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

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

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

30

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

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

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

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

31

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

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

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

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

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

32

Г Все же историчность западного права не смогла предотвратить случившихся время от времени насильственных революций, которые, правда, в конце концов возвращались к исторической традиции права, но предварительно изменив ее и наметив новые направления. Несмотря на это, историчность западного права не следует путать с I историзмом в смысле привязанности к "слепой силе" (по выражению Ницше) I прошлого. Не только приверженец исторической школы философии права,

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

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

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

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

2-Берман Гарольд Дж.

33

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

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

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

В 1888 г. в своей инаугурационной лекции в качестве профессора истории английского права Кембриджского университета Мейтленд поднял вопрос о том, почему не написана история английского права. Он дал такой ответ: во-первых, "из-за традиционной изолированности исследований английского права от всяких других исследований", а во-вторых, потому, что "история подразумевает сравнение, а английский юрист, не зная и не желая знать ничего ни о какой системе, кроме своей собственной, едва ли

мог приблизиться к мысли об истории права". Он добавил: "Одна из причин того, что так мало было сделано для нашего средневекового права, я уверен, в нашем полном и освященном традицией невежестве в области французского и немецкого права. Английские юристы уже в течение последних шести веков преувеличивают уникальность нашей истории права... Я знаю достаточно, чтобы с уверенностью утверждать следующее: существуют огромные массы средневекового права, чрезвычайно сравнимого с нашим"⁸.

34

Право и революция

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

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

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

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

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

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

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

2*

35

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

Вполне допустимо применять слово "революция", невзирая на все оскорбления, которым подверглось это слово, для обозначения таких эпохальных периодов, особенно в свете коннотации насильственности, которая всегда присутствует при разговоре о революциях последних двух столетий (особенно Русской, Французской и Американской). Здесь имеется в виду не законное принуждение, проводимое законным правительством через полицию или армию, а незаконная сила, применяемая индивидами и группами людей против власти. С точки зрения западной истории права особенно важно признать, что в истории Запада периодически такая незаконная сила применялась для свержения установленного порядка и что в конце концов люди, пришедшие к власти в результате этого свержения, создавали новые прочные системы правления и права. Система правления и права всех государств Запада берет начало в такой революции. Термин "революция" используется не только применительно к начальным насильственным действиям, с помощью которых вводится новая система, но также и применительно ко всему периоду, необходимому для укоренения этой системы. Как подчеркнул Ойген Розеншток-Хюсси, требуется больше одного поколения, чтобы сделать настоящую революцию.

Все перечисленные шесть великих революций были "тотальными" в том смысле, что они создали не только новые формы правления, но и новые структуры общественных и экономических отношений, новые

структуры отношений между церковью и государством и новые структуры права, а также новые взгляды на общество, новые воззрения на историю и новые системы универсальных ценностей и убеждений. "Переделка ("реформация") мира", провозглашенная Папской революцией, имела место почти в каждой из остальных революций. Разумеется, значительная часть старого мира сохранялась, а через какое-то время количество возвращенного старого даже увеличивалось, но в каждой революции целое — сама парадигма — было новым.

Таким образом, каждая из этих шести революций порождала новую или значительно обновленную систему права, находящуюся в контексте представлений о полном изменении общества. Более того, та степень, в которой эта цель в конце концов отражалась в новом законе, служит показателем успеха революции. Каждая революция представляет собой и отказ от старой правовой системы, которую эта революция заменила или радикально изменила. От этих систем отказались не только в том смысле, что их в самом деле заменили или радикально переделали. Один из первых декретов большевиков в 1917 г. гласил, что вся дореволюционная правовая система отменяется. Вследствие этого применять надлежало только декреты нового правительства, а пустоты следовало заполнять "революционным правосознанием". Французская революция тоже сначала отбросила систему законодательства, отправления правосудия и вынесения судебных решений старого режима. В Америке после завоевания независимости демократы боролись против принятия английского права федеральными судами и судами штатов. В Англии Долгий парламент (1640—1641) упразднил Звездную палату,

36

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

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

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

37

риодически возникают тогда, когда выясняется, что явления, не объяснимые из устоявшихся научных постулатов и потому принимаемые как аномалии, на самом деле требуют новых основных постулатов. Как показывает Кун, новые постулаты, формулируемые так, чтобы они объясняли как "нормальное" то, что считалось просто "аномальным", и становятся ядром новой научной "парадигмы". Взаимодействие революции и эволюции в западном праве демонстрирует впечатляющую параллель взаимодействию революции и эволюции в западном естествознании. В западном праве, как и в западных естественных науках, подразумевается, что будут происходить изменения в данных условиях, что эти изменения будут

ассимилированы в существующую систему или парадигму, что если они не ассимилируются, то их примут как аномалии, но если слишком много изменений не смогут ассимилироваться, тогда в какой-то момент сама система потребует коренного изменения. В науке старой истине придется уступить место новой. В праве старому правосудию, возможно, придется уступить место новой справедливости.

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

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

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

38

и торговле, подъемом городов и королевств как самостоятельных территориальных владений, подъемом университетов и схоластической мысли и другими важными переменами, которые сопровождали рождение Запада в том виде, как он себя мыслил (и как мыслили его другие) на протяжении следующих восьми с лишним столетий. Название "Папская революция" не стоит понимать узко, как и название "Пуританская революция" в применении к истории Англии с 1640 по 1660 г., оно ведет дальше, за свой предел. Временная протяженность Папской революции не ограничена относительно коротким периодом в несколько лет, когда она была, так сказать, в расцвете, то есть во время понтификата папы Григория VII. Русская революция ведь тоже не ограничивается теми несколькими годами, когда Ленин привел большевиков к власти. Можно датировать начало Папской революции 1075 годом, когда Григорий провозгласил главенство папы над всей церковью, церковную независимость от светской власти и верховенство церкви над ней, а конец — 1122 годом, когда был достигнут окончательный компромисс между папской и императорской властями. Однако, отзвуки ее на этом не затихли: силы, приведенные тогда в движение, продолжали действовать еще многие века.

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

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

Во-первых, все национальные революции, начиная с XVI в., за исключением Американской, были направлены отчасти против католической (в России — русской православной) церкви, и все они перенесли большие разделы канонического права из церкви в национальное государство, таким образом секуляризуя их. Следовательно, при изучении правовых систем, как Церковных, так и светских, созданных в конце XI, в

XII и XIII вв. под влиянием Папской революции, следует иметь в виду, что многие элементы этих систем постепенно перешли в светское право всех европейских госу-

39

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

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

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

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

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

40

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

В погоне за тысячелетием. Важный элемент каждой из великих революций западной истории — это апокалипсическое видение будущего. Каждая

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

В своей книге "В погоне за тысячелетием" Норман Кон написал о другом виде явления, которое он назвал "революционным миллениаризмом". Он сосредоточил свое внимание на многочисленных хилиастических

движениях среди "лишенных корней бедняков" Западной Европы с XI по XVI в. Эти движения включали народные крестовые походы, движения флагеллантов, ересь свободного духа, некоторые крестьянские восстания, движение табори-тов. Почти все они были слабо организованы, спонтанны и носили либо анархистский, либо коммунистический характер, либо тот и другой вместе. "Для такого рода движений характерно, — пишет Кон, — что его цели и исходные посылки не имеют границ. (Участники) рассматривают социальную борьбу не как борьбу за определенные, ограниченные цели, а как... катаклизм, из которого мир должен выйти полностью исправленным и искупившим грехи"

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

41

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

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

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

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

42

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

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

В конце XI и начале XII в. впервые оказалось, что возрождение можно применить и к светскому обществу. Реформаторы поместили себя в начало и конец нового светского времени, они протянули руку назад в прошлое, чтобы достичь будущего. Они видели себя на поворотном пункте истории, в начале новой эры,

которая, как они думали, является последней перед Страшным судом. Это был новый перелом в христианской эре, он сочетал древнегреческую идею циклических возвратов, древнееврейскую мысль о линейном движении к предначертанному концу и раннехристианское представление о духовном рождении или возрождении.

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

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

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

43

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

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

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

44

уже в течение нескольких веков как в церкви, так и в торговом сообществе, но в лютеранстве старые правила сплывались в новую конструкцию. Природа стала собственностью. Экономические отношения стали договором. Совесть стала волей и намерением. Завещание, которое в предшествующей католической традиции было средством спасения душ через благотворительные дары, стало преимущественно средством управления социальными и экономическими отношениями. Обнажив перед смертью свою волю, свое намерение, завещатели могли распорядиться своей собственностью после смерти, а предприниматели могли устроить свои деловые отношения по договору. Имущественные и договорные права, созданные таким образом, объявлялись священными и нерушимыми, если только они не шли

вразрез с совестью. Совесть придавала им святость. И таким образом, секуляризация государства в ограниченном смысле снятия с него церковного контроля сопровождалась одухотворением, даже освящением собственности и договора.

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

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

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

45

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

27

и правительство с согласия управляемых.

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

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

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

46

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

Первой великой светской религией на Западе стала либеральная демократия. Это была первая идеология, которая рассталась с традиционным христианством и в то же время взяла от традиционного христианства его чувство священного и ряд его основных ценностей. Но, став светской религией, либеральная демократия очень скоро

встретилась с соперником — революционным социализмом. А когда после сотни лет революционной активности в Европе коммунизм наконец захватил власть в России в 1917 г., его доктрины приобрели святость не терпящего возражений откровения, а его руководители — ореол высших священнослужителей. Более того, коммунистическая партия обладала аскетизмом монашеского ордена. Не случайно во время чисток после второй мировой войны верные коммунисты в Европе говорили: "Нет спасения вне партии".

Правовые постулаты социализма, хотя они и отличаются во многих отношениях от либерально-демократических, имеют с ними общего предка в мире христианства. Советский "Моральный кодекс строителя коммунизма", например, который советские школьники должны были учить наизусть и который брался за основу советской правовой политики, содержит среди прочих такие принципы: "сознательный труд на благо общества — кто не работает, тот не ест"; "забота каждого о сохранении и приумножении общественного богатства"; "коллективизм и товарищеская взаимопомощь — один за всех и все за одного"; "честность и правдивость, моральная чистота, скромность, нетребовательность в общественной и личной жизни"; "бескомпромиссное отношение к несправедливости, паразитизму, нечестности, карьеризму, стяжательству"; "бескомпромиссное отношение к врагам коммунизма"; "братская соли-

90

дарность с трудящимися всех стран и со всеми народами". Советские законы поразительно напоминают пуританский кодекс Массачусеттской колонии, "Корпус свобод" 1641 г., в его наказании идеологических отклонений, без-делья и личной аморальности. Советская система активно подчеркивала воспитательную роль закона и всенародное участие в юридических процедурах и наблюдении за исполнением законов — через товарищеские суды, народную дружину и путем отдания людей на поруки коллективу предприятия или квартала. Более того, все это делалось во имя эсхатологии, которая предвидит окончательное исчезновение принуждения и самого права, когда будет создано коммунистическое общество, в котором каждый человек будет относиться к другому опять же, по выражению "Морального кодекса строителя коммунизма", как "друг, товарищ и брат". То, что для достижения этой утопической мечты используются сильные меры принуждения и официального права, никак не расходится с ней.

47

Кризис западной традиции права

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

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

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

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

48

Другие страны приняли государственный капитализм, когда непосредственная* ответственность за производство, распределение и вложение капитала находится в руках крупных корпораций, однако они подлежат прямому и косвенному контролю государственных органов. Высказывание Ленина, сделанное в 1921 г. о советской экономике, сейчас все более приложимо к экономике других стран: "Для нас все, что относится к экономике, является предметом публичного, а не частного права". Например, в Соединенных

Штатах теперь преобладают те отрасли административного права, которые почти не существовали до Великой депрессии начала 1930-х гг.: налогообложение, отношения трудящихся и администрации, законодательство о ценных бумагах, жилье, социальное страхование, защита окружающей среды и дюжина других.

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

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

49

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

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

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

Эти и другие изменения в правовых системах стран Запада можно назвать революционными не только в том смысле, что они являются фундаментальными изменениями, которые произошли относительно быстро, но и в том смысле, что они явились ответом на революционный политический, экономический и социальный переворот. В России и некоторых других странах этот переворот принял форму классической революции, когда один политико-социально-экономический порядок и одна система убеждений были насильственно

заменены другими. В других странах эти перемены приняли смягченную форму. Это было гораздо больше, чем техническая революция. Это была также и политическая и идеологическая революция. История западного права сейчас находится на повороте столь же крутом и столь же решающем, как тот, который был ознаменован Французской революцией 1789 г., Английской революцией 1640 г., революцией в Германии

50

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

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

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

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

1. Право все еще относительно автономно в том смысле, что оно продолжает отделяться от политики и религии, как и от других видов общественных институтов и других научных дисциплин.
2. Как и прежде, право поручено развивать профессиональным специалистам права, законодателям, судьям, адвокатам и правоведам.
3. Продолжают процветать юридические учебные заведения, в которых правовые учреждения концептуализируются и в определенной степени систематизируются.
4. Такое юридическое обучение продолжает составлять метаправо, с помощью которого правовые учреждения и правила оцениваются и объясняются.

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

51

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

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

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

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

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

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

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

52

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

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

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

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

53

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

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

Презрение к закону и цинизм в отношении него стимулируются нынешним возмущением против того, что иногда называют юридическим формализмом, который подчеркивает единообразное применение общих правил как центральный элемент юридической аргументации и идеи правосудия. По Роберто М. Ангеру, с появлением "государства всеобщего благоденствия", с одной стороны, и "корпоративного государства" — с

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

54

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

Цинизм в отношении права и беззаконие нельзя преодолеть, следуя так называемому реализму, который отрицает автономию, целостность и продолжающийся характер нашей традиции права. Говоря словами Эдмунда Берка, те, кто не оглядывается на предков, не заглядывают вперед на своих потомков. Это, разумеется, не означает, что изучение прошлого спасет общество. Общество неотвратимо движется в будущее. Но оно это делает как бы идя задом наперед, обратив свой взор в прошлое. Оливер Кромвель сказал: "Никогда человек не достигает столь высокого удела, как когда он не знает, куда идет". Он понимал революционное значение уважения к традиции в эпоху кризиса.

К социальной теории права

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

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

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

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

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

55

Декрет от 11 августа 1789 г. гласил: "Национальное собрание полностью отменяет феодальный режим". Как сказал Марк Блок: "Возможно ли теперь отрицать реальность той системы, уничтожение которой так дорого стоило?" Ирония Блока оправдана позднейшим утверждением английского историка-марксиста

Кристофера Хилла. Нападая на точку зрения, что феодализм окончился с окончанием крепостного права, то есть еще в XVI в., Хилл замечает: "Если феодализм прекращает свое существование вместе с отменой крепостного права, тогда Франция в 1788 г. не была феодальным государством и, значит, не было буржуазной Революции в смысле такой Революции, которая свергла это феодальное государство"³". Другими словами, феодализм никак не мог окончиться за двести лет до 1789 г. Если бы это было так, то Великая французская революция совершалась бы напрасно, и что еще более серьезно, не права была бы марксистская теория.

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

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

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

56

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

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

Вторая задача социальной теории права сегодня — принять именно такую историографию, которая

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

57

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

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

Если принять эту историческую перспективу, то социальная теория права должна была бы заняться вопросом о том, насколько западная традиция права всегда, даже в эпоху расцвета национального государства, основывалась на вере в существование закона, стоящего даже выше права высшей политической власти. (JЭт^от^jшкон_J^aJзывачи_ ^

том естественным правом,, а сейчас правами человека. jA. эта вера, в свою очередь, зависела от жизнеспособности автономных систем права сообществ, существующих внутри страны (городов, регионов, трудовых союзов), равно как и сообществ, пересекающих национальные границы (международных торговых и банковских объединений, международных организаций, церквей).

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

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

Часть I

ПАПСКАЯ РЕВОЛЮЦИЯ И КАНОНИЧЕСКОЕ

1.

ОСНОВА ЗАПАДНОЙ ТРАДИЦИИ ПРАВА: НАРОДНОЕ ПРАВО

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

Несмотря на это предостережение, я готов спорить, что швы есть, есть вещи новые, и выбор места, с

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

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

61

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

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

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

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

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

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

62

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

новой юридической единицы, так как без нее не было бы соответствующей общественной реальности, которую нужно было юридически определять.

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

Племенное право

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

63

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

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

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

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

64

ющее отвращение к строгим понятиям, не способное и не склонное соблюдать стандарты классической юриспруденции в отношении художественной разработки или логического построения. Даже самые

прогрессивные "римские" компиляции того времени, например Вестготская правда VII в., состояли лишь из разрозненных положений, широко сгруппированных по предметам, но лишенных и концептуального единства, и способности к органичной эволюции³. Быть может, основное историческое значение этих разбросанных осколков римского права состоит в том, что они помогли выжить представлению о том, что право должно играть роль в упорядочении политических и общественных отношений. Так же и церковь сохранила много остатков римского права наравне с библейским, в результате, например, после своего обращения в христианство вождь германского племени часто обнародовал свод законов, состоящий преимущественно из обычаев его родного племени.

Самая ранняя из дошедших до нас *leges barbarorum* (варварских правд), как называют их историки для различения от *leges Romanae*, — Салическая правда (*Lex Salica*), изданная меровингским королем Хлодвигом вскоре после его обращения в христианство в 496 г. Она начинается с перечисления денежных штрафов, которые ответчик должен уплатить истцу за неявку в местный суд по вызову истца.

Перечисляются также денежные штрафы, которые обидчики платят пострадавшим за нанесенный им ущерб, включая убийство, нападение, кражу. Это типичные положения первобытного права. Одна из их главных целей — побудить стороны представить свой спор на рассмотрение общего собрания (сотенного суда), вместо того чтобы решать его вендеттой, или же в ином случае — обеспечить основу для переговоров между домом жертвы и домом обидчика. Однако часто они и того не делали. Обиженная сторона, по выражению одного англосаксонского закона, могла "откупиться от копья или носить его". Выяснение отношений путем ведения боевых действий было обусловлено тем, что чрезвычайно трудно было привлечь обвиненного в преступлении к суду, заставить выступить свидетелей по делу или выполнить решение суда. Самая ранняя из англосаксонских правд — Законы Этельберта, опубликованные около 600 г. Этельберт, правитель Кента, женился на христианке и согласно традиции был обращен в христианство эмиссаром папы Григория монахом Августином в 597 г. Законы Этельберта примечательны на редкость подробными тарифами на разные увечья: столько-то за потерю ноги, столько-то за глаз, столько-то — если пострадавший раб, столько-то — если свободный, а столько-то — если он священник. Четыре передних зуба оценивались по шесть шиллингов, соседние зубы по четыре, все остальные по одному; различались в цене и пальцы — большие, указательные, средние, безымянные, мизинцы и соответствующие ногти; за каждый была установлена особая плата, *bot* (бот). Такие же различия проводились в отношении ушей, в зависимости от того, лишились ли они слуха, были отрезаны, проколоты или порезаны. Учитывались различные повреждения костей: оголенные кости, поврежденные кости, сломанные кости, пробитый череп, вывихнутое плечо, сломанный подбородок, сломанная ключица, сломанная рука, сломанное бедро, сломанное ребро. В области ушибов различались синяки вне одежды, синяки под одеждой и ушибы, которые не превращались в синяки".

З-Берман Гарольд Дж. */

65

Если действия ответчика приводили к смерти, то плата, которую надо было отдать сородичам погибшего, называлась *werg*, или *wergeld* (вира, вер-гельд). Большое место в варварских правдах (включая франкские и англосаксонские) было отведено установлению разных размеров вергельда для людей разных классов. Несколько более сложными по сравнению с Законами Этельберта были Лангобардские законы, так называемый эдикт Ротари, записанный при лангобардском короле Ротари в 643 г., через 75 лет после переселения лангобардов из нынешних Югославии и Венгрии в нынешнюю Северную Италию. Из 363 статей эдикта почти 140 описывают штрафы. За убийство свободного мужчины или свободной женщины свободным человеком взималось 1200 шиллингов (*solidi*), в то время как за убийство домашнего слуги всего 50 солиди, а раба — 20. Убийство свободного человека несвободным "возмещалось" смертью последнего. Разные цены были установлены за такие проступки, как удар по голове, отрезание волос, пробитие черепа в разных определенных местах, вырывание глаз, отрезание носа, перелом носа, удар по уху, перелом рук (с различием между простыми и сложными переломами), отрезание рук, отрезание пальцев рук и ног. Мизинец свободного человека стоил 16 солиди, полусвободного — 4, раба — только 2.

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

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

Однако эта система не может быть объяснена чисто утилитарно, по 1-й мере в отношении германских народов Европы. Она была частью целостной идеологии, целостного мировоззрения, и это мировоззрение помогает нам объяснить не только разумные, но и не очень разумные черты этой системы, например, почему устанавливалась такая разная плата за убийство людей разного класса, почему во многих случаях плата так огромна, почему сородичи отвечают за преступника независимо от их вины, почему тарифы на

увечья постоянны независимо от того, во что реально обошлось это жертве.

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

66

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

Lof, честь приобреталась, когда человек захватывал то, что другие защищали, и лишался ее, когда другим удавалось захватить то, что он берег. Таким образом, выплата бота была в первую очередь наказанием и лишь во вторую — возмещением. Это была дань, налагаемая одним двором или родом на другой.

Величайшему испытанию подвергалась lof, когда речь шла об убийстве, ибо мертвые не могут восстановить утраченную честь. Этот долг лежал всецело на сородичах, первым порывом которых было отомстить. Когда-то за обиду требовали жизнь или часть тела самого обидчика (в Библии — "око за око, зуб за зуб"), а если обида была нанесена не человеком, а, скажем, зверем или деревом, требовали отдать его (так называемая ноксальная выдача, то есть выдача жертве предмета, животного или человека, причинившего обиду).

Принятие фиксированной платы было делом почти таким же достойным, как и взятие ее силой, но не меняло главного смысла этой меры — искупление чести дома и рода.

Бот и вира, были, таким образом, связаны с mund — защитой дома, двора, простиравшейся на лиц и группы, связанные с ним, и frith — миром дома. Королевские mund и frith были, как и у всех, только лучше.

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

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

3*

67

острой вражды. "Стороны встретились с непроницаемой враждебностью, полные решимости не делать уступок, ничего не простить и ничего не забыть"¹².

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

В германском племенном обществе синдром "доверие-недоверие" был тесно связан с всепроникающей верой в непостоянную судьбу, вирд, а эта вера в свою очередь прежде всего отражалась в применении божьего суда как главного метода доказывания. Главными видами испытания были испытание огнем и ис-

питание водой, первое — для знатных людей, а второе — для обыкновенных. По происхождению — это обращение к богам огня и воды. Подвергаемые испытанию огнем должны были с завязанными глазами или босиком пройти по раскаленным плужным лемехам или нести в руках раскаленное железо, и если ожоги хорошо заживали, то испытуемых оправдывали. Испытание водой проводилось либо в холодной, либо в горячей воде. При испытании холодной водой испытуемый признавался виновным, если его тело всплывало на поверхность противно законам природы, что показывало, что вода его не принимает. При испытании горячей водой испытуемый признавался невиновным, если при погружении его голых рук и ног в кипяток он оставался невредим. Более поздний способ испытания, применявшийся в основном духовенством, состоял в том, что испытуемый съедает кусочек хлеба или сыра, при этом произносились следующие слова: "Господи, затвори желудок этого человека, чтобы он не мог проглотить ни кусочка, если он поклялся ложно". Если человек не мог проглотить или удержать в желудке данный хлеб или сыр, он считался виновным. Эти примитивные детекторы лжи работали неплохо. Во всяком случае, в XIII в. испытания были отменены не без значительного сопротивления.

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

68

все знали друг друга, могли решать проблемы насилия, обмана и колдовства способом, который соответствовал как вере в сверхъестественное, так и практическим потребностям общины Система божьего суда путем испытания сочеталась с судом под ритуальной присягой ("компургация"), а кое-где и заменялась им. Вначале приносились предприсяги. Например, сторона, претендующая на бот за кражу скота, присягала: "Именем Господа, перед которым эта реликвия свята, так и я обвиняю с полным правом, без мошенничества и обмана, без всякого вероломства, что был у меня украден скот (указывалось, какой именно), на который я имею права и который теперь у ответчика".

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

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

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

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

69

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

Драматические и поэтические качества германского права связывались с пластичностью его содержания. "Люди были особенно склонны выражать условия, относящиеся к времени и пространству, столь наивно и неточно, что в определенных случаях это оставляло место случаю. Часто объявляется, что то-то и то-то является правилом на столько, сколько пройдет или пролетит петух, прыгнет кошка, пролетит брошенный

камень или молот, или сколько можно захватить серпом. Закон сохранит силу до тех пор, пока ветер дует с облаков и стоит мир... или будет получено земли столько, сколько можно объехать за определенное время на лошади или осле, вспахать плугом, покрыть шкурами"¹⁹. Эта "наивная и неточная" манера выражения была хорошо приспособлена к нуждам народов, которые еще не приобрели научного мировоззрения с его дуализмом субъекта-объекта. Для народов Европы в германскую эпоху жизнь была значительно менее компартиментализована, чем потом, она в значительно большей степени требовала полной отдачи, поэтому поэтическая и символическая речь, которая тесно связана с цельной сущностью и с бессознательным, была более уместна, чем прозаический и буквальный язык, в особенности в торжественных случаях, требовавших участия закона.

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

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

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

70

Добро против зла; юность против старости;

Жизнь против смерти; свет против тьмы;

Войско против войска; недруг против недруга;

Враждебное будет всегда сражаться с враждебным,

Воевать за землю и мстить за обиду.

Мудрый должен задуматься над борьбой в этом мире .

Одно и то же слово, *dom* (англ. "doom") — приговор, суд, обозначало и приговор судьбы, и исход тяжбы.

Говоря словами "Беовульфа":

Часто судьба спасает неприговоренного человека, если его доблесть хороша .

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

Однако была и другая сторона — сообщество товарищества и доверия, воплощенное в самом доме. Эта общность распространялась и на все племя, или фольк. Фолькмот выступал как дом. Он имел свой мир, *frith* (нем. "Friede"). Мот собирался не только для разрешения споров, но и чтобы давать советы, совещаться и мирно обсуждать разные вопросы. Мот устанавливал справедливость (*riht*, англ. "right", нем. "Recht").

Мудрецы, *witan* ("ведающие", "свидетели") {в англ. языке однокоренные слова. — *Примеч. пер.*}) высказывали свои мнения, стараясь удержать собрание домов вместе. Также и племя, фольк, старалось защитить себя путем коллективных действий против преступников; судебный клич, который в англосаксонском праве назывался "крик" или "держи вора" ("out! out!"), служил для всех сигналом броситься в погоню за беглым преступником. Одним из следствий этого было характерное наказание — за особо серьезные преступления человек объявлялся вне закона. В этом случае, теоретически по крайней мере, никому не позволялось общаться с изгоем, и он погибал от голода и холода.

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

Важное значение двора внутри племени не должно заслонять от нас также растущего значения сеньории и территориальной общности. С самых давних времен существовала потомственная знать, а со временем право власти по службе стало таким же важным, как право власти по крови. "Верность господину была

последовательной темой эпической поэзии, — пишет Г- Р. Лойн. — Начиная со времени правления [короля] Альфреда (871— 900) [у франков по крайней мере веком ранее, со времен Карла Великого. — *Авт.*] она стала ведущей моральной силой в формировании общества. В законе Альфреда говорилось: сражайся за своего сородича, если на него напали,

71

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

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

Динамичные элементы

в германском праве:

христианство и королевская власть

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

72

Два тесно взаимосвязанных фактора, однако, обеспечивали сознательные, открытые перемены: первый из них — влияние христианства на правовые понятия, второй — развитие королевской власти как надплеменного института, объединившего обширные территории, населенные разными народами. Можно предполагать, что новая религия, постепенно распространившаяся по Европе между V и X вв., угрожала самому существованию народного права германцев, которое основывалось на племенных мифах о воинственных богах, на поклонении рекам, лесам и горам, на представлениях о божественном происхождении племенных вождей, на абсолютной верности узам рода и общины и на вере во всемогущую судьбу, *вирд*. Христианство заменило старые мифы евангелием от универсального создателя, отца всех людей, который однажды сошел на землю в образе своего сына Иисуса Христа, поклонение которому приносит свободу от всех земных уз, от судьбы, от самой смерти. Эти новые идеи должны были казаться древним германцам странными и отвлеченными.

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

библейских событиях и житиях святых .

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

В целом убеждения и практика христианства обладали большой притягательностью для германцев.

Христианство впервые принесло им положительное отношение к жизни и смерти, оно показало им высшую цель, в которую можно было вписать трагедии и загадки бытия. Рядом с христианством старые языческие мифы стали казаться грубыми и мрачными. Как чувству-

73

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

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

Высочайшие христианские идеалы в первое тысячелетие церковной истории и на Западе и на Востоке воплощались прежде всего в жизни святых и в монашестве, которое придавало особую цену духовному уходу из этого бренного мира. Но если даже не касаться монашества, церковь как организация была в то время почти полностью интегрирована в общественную, политическую и экономическую жизнь. Церковь не противостояла политическому порядку, а находилась внутри него. Религия была соединена с политикой, экономикой и правом, как и те друг с другом. Церковная и светская юрисдикции были тесно переплетены. Церковь учила святости и производила святых, это было внове для народов севера и запада Европы, которые прежде превозносили только героев. Но церковь и не была против героизма и героев, она лишь давала альтернативу, показывала превосходящий идеал. Точно так же церковь не возражала против кровной мести и испытаний, она просто учила, что они не принесут спасения, а спасение можно заработать верой и добрыми делами. При этом среди подавляющего большинства епископов и священников процветали коррупция и насилие, характерные для той эпохи. Это было неизбежно, потому что они обычно назначались на должности ведущими политиками из числа своих друзей и родственников. Христианство было германизировано в то же время, когда германские племена были христианизированы . Это правда, что монашество и личным примером, и учением старалось привить германским народам христианские идеалы жертвенности и любви к ближнему, а заодно и улучшенную технику земледелия. Однако монастыри, как грибы выросшие по всей Европе между VI и X вв. и имевшие поначалу каждый свой устав, не предлагали никакой программы светских реформ, взамен они проповедовали аскетическую жизнь в труде и молитве в ожидании грядущего мира. Это тоже привело к девальвации германских правовых институтов без их замены.

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

74

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

Однако я не хочу этим сказать, что христианство до XI в. не имело вообще никакого положительного влияния на обычное право европейских народов. Напротив, оно вызвало существенные перемены. Прежде всего обращение в христианство дало толчок записи племенных обычаев. Это мы видим на примере

Салической правды Хлодвига, первого христианского короля франков, Законов Этельберта, правителя Кента, который был первым христианским королем в Англии, а четырьмя столетиями позже на примере Русской правды, изданной первыми христианскими князьями Киевской Руси³⁴. Во-первых, христианство принесло с собой письмо, а письмо позволило зафиксировать обычаи (в особенности обычные денежные суммы), которые иначе могли бы быть неопределенными. Это облегчило переговоры по улаживанию споров, а также укрепило зарождающуюся юрисдикцию властей по наказанию самых серьезных преступлений. Кроме того, Священное писание, Библия подсказали способ придать обычаю новую святость — ведь само письмо было ритуалом. Во-вторых, запись обычаев давала возможность произвести некоторые незаметные, а иногда и довольно заметные изменения в них. Христианские священники и монахи, ставшие королевскими советниками и обладавшие даром письма, нуждались в защите. В особенности нуждались в защите монахи, ведь они в известном смысле находились вне племенной системы, в сущности, они были люди без рода, без племени. ("Мирское духовенство" — не монахи — обычно имело семьи.) Не случайно Законы Этельберта начинаются с такой фразы: "Кража имущества Бога и Церкви возмещается в двенадцатикратном размере".

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

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

75

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

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

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

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

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

король саксов Альфред Великий) установили военное господство над разными народами Англии и в конце концов выгнали скандинавов-завоевателей. Всеобщность императорской власти стала перевешивать, по меньшей мере на время, значимость обязательств перед племенем, деревней, двором; это была всеобщность, основанная не только на военной силе, но и на духовной власти короля (императора) как главы церкви. Карл Великий созывал церковные соборы и издавал законы для церкви еще до того, как согласился быть возведенным в императорское достоинство епископом Рима. Как выразился Кристофер Доусон: "Карл считал папу своим капелланом и без обиняков заявил Льву III, что дело короля — управлять церковью и защищать ее, а дело папы — за нее молиться". Аналогично и Альфред был главой церкви в Англии³¹. Как сказано в Законах Этельреда (ок. 1000 г.), "христианский король является Христовым наместником среди народа христианского, и он должен с чрезвычайным усердием отмщать преступления против Христа"³². В целом, несмотря на отдельные разногласия между папами и императорами, духовенство поддерживало концепцию императорской власти, включая и главенство императора над самой церковью.

И королевская и церковная власть служили факторами динамичного развития правовых институтов.

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

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

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

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

Несомненно, одним из факторов слабости центральной власти было состояние экономики и техники.

Несмотря на некоторый рост торговли и числа населения городов в VIII — начале XI в., улучшение аграрной технологии, рост ремесел и общий прогресс искусства и науки, экономика оставалась почти

всего местного и существующая техника не позволяла обеспечить эффективную связь центра и периферии. Эти экономические и технические факторы были связаны с политическими и религиозными: законность центральной власти была основана на христианстве, а христианское мировоззрение вступало в острый конфликт с германским племенным укладом с его верой в честь и судьбу. В то же время центральной власти недоставало концепции независимой роли права, — права, которое служило бы средством проведения в жизнь христианских понятий и ценностей и способствовало осмыслению и контролю социальным, экономическим и политическим процессам. Динамичные элементы, имевшиеся в праве, были слабы и бессистемны, преобладали элементы статичные. Право считалось прежде всего выра-

78

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

Книги покаяний и их отношение к народному праву

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

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

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

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

79

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

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

других обстоятельств. Конкретная форма покаяния, налагаемого священником, оставалась на его усмотрение, а он руководствовался уложением.

<f>\$

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

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

80

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

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

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

81

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

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

"Не всех следует взвешивать на одних и тех же весах, хотя бы проступки их и были одинаковы, однако надо

различать между богатым и бедным; свободным и рабом; дитятей, мальчиком, юношей, молодым человеком и стариком; глупым и умным; мирянином, клириком, монахом; епископом, пресвитером, диаконом, субдиаконом, чтецом, посвященным и не посвященным в сан; состоящим и не состоящим в браке; пилигримом, девицей, канониссой или монахиней; слабым, больным, здоровым. Следует делать различие между характерами грехов и людей; воздержанный ли человек или невоздержанный, намеренно или случайно; [совершен ли грех] при всех или тайно; с какой степенью угрызения [виновник] исправляет свою вину, по необходимости или по желанию; место и время [проступков]" .

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

Право покаяния, кодифицированное в церковных уложениях о наказаниях, во многих отношениях резко контрастировало с народным правом, развивавшимся еще с дохристианских времен. Народное право заботилось в основном о контроле кровной мести; книги покаяний заботились в основном о душе. Народное право основывало свои санкции за нанесенный ущерб прежде всего на характере и степени вреда; книги покаяний основывали свои санкции за нанесенный ущерб прежде всего на характере и степени серьезности проступка. Народное право опиралось в основном на честь и судьбу, книги покаяний опирались на понятия раскаяния и прощения. Народное право было направлено на подавление или предупреждение насильственного конфликта внутри племенной, местной и феодальной общины, книги покаяний — прежде всего на сохранение духовного благополучия общины верующих и подготовку их душ к вечной жизни. И все же, несмотря на эти контрасты, право покаяния и народное право принадлежали одной культуре. Все главные "светские" преступления — убийство, грабеж и т.п. — были в то же время и грехами, которые следовало искупить покаянием, а все главные "церковные" проступки — половые и брачные грехи, колдѣвство и магия, нарушение монашеских обетов и т.п. — были в то же время и преступлениями, запрещенными народным правом и наказуемыми светскими "властями. Да и сами "светские" власти, применявшие народное право, состояли в основном из духовенства. Поэтому нельзя говорить о существовании в этот период раздельного светского и духовного закона, или о праве светском и церковном. Народное право и церковные уложения о наказаниях обрабатывали, так сказать, одну и ту же почву. Разумеется, делали они это по-разному. В источниках той эпохи, с VI по начало XI в., эти два способа называются "мирским за-

82

коном" или "человеческим законом", с одной стороны, и "Божьим законом" — с другой. Однако оба института, которые мы сегодня называем государством и церковью, одинаково заботились о том и о другом. Хорошую иллюстрацию этому можно найти в законах короля англосаксов Этельреда: "А тот, кто отныне каким-либо способом нарушит правые законы Бога или человека, пусть искупает свою вину ревностно... через божественное покаяние и через мирское исправление" . Таким образом, церковные книги покаяний поддерживались королем и объявлялись применимыми ко всем преступлениям — и против Бога, и против людей. Другая иллюстрация — преамбула обращения одного из "государственных посланцев" (*missi dominici*) Карла Великого, контролировавших действия местной администрации. "Мы посланы сюда, — заявляется в послании, — нашим господином императором Карлом для вашего вечного спасения, и мы требуем, чтобы вы жили добродетельно согласно закону Божьему и справедливо согласно закону мирскому"⁵ . Франкские и англосаксонские короли часто издавали законы, по которым нарушители мирского закона подлежали церковным наказаниям.

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

Еще во второй половине XII в. наставление под названием "Законы Генриха I" (*Leges Henrici Primi*) неоднократно повторяло, что английское право предпочитает тяжбе (*judicium*) полюбовную договоренность (*amor* или *amicitia*). Это было время, когда новые представления о законности поставили под вопрос старые системы народного права. Неизвестный автор наставления, возможно клирик при дворе одного из английских королей, вполне следовал традиции книг покаяний, когда писал: "Все дела... предпочтительно решать миром и согласием (*pac*)... Если окружной суд увидит, что люди в споре друг с другом, он должен привести их к полюбовному соглашению [*amor*] или вынести приговор, который уладит спор... Но если требуется клятва примирения [*iuramentum pacationis*], то пусть обидчик поклянется... что если бы

обвинитель был в таком же положении... он принял бы предложение о возмещении ущерба или отказался от всяких претензий... Если кто-либо старается загладить перед пострадавшим свою вину... а потом ради достижения полюбовного соглашения [amicitia] с ним пред-

83

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

Более чем за столетие до Leges Henrici Primi закон Этельреда постановил: "Где у тэна есть выбор из двух, любовь или закон", то есть полюбовное улаживание или суд, "и он выбирает любовь, то (соглашение)

^{сп} имеет такую же силу, как суд". Дорис М.Стентон пишет, что значение этого условия, которое повторяется по-латыни в Leges Henrici Primi, состоит в том, что судебное решение "может оставить одну из сторон неудовлетворенной и склонной к худшему". Далее она отмечает, что в записях англосаксонских тяжб X и XI вв. "удивительно, как часто сторона, полностью преуспевшая в прениях, в конце концов приходит к компромиссу, в результате которого противная сторона получает пожизненное право на землю, являвшуюся предметом тяжбы". То, что леди Стентон пишет об англосаксонском праве, подтверждается и в отношении французского и вообще европейского права той эпохи. Как сообщает Стивен Уайт, споры в Англии и на континенте в X — XI вв. часто решались официальным компромиссом. Символом его был обмен подарками, которые являлись очевидными знаками дружбы и взаимного доверия. С.Уайт добавляет, что такие формальные соглашения достигались стараниями посредников, которые иногда назывались друзьями и соседи.

Однако не следует преувеличивать влияние уложений о наказаниях, или церковного права покаяния, на народное право периода VI — X вв. Свойственное христианству разделение на закон Божий и закон мирской, несомненно, способствовало некоторым наиболее мягким тенденциям мирового права, в особенности той, которую Макс Глакман называет "мир внутри междоусобицы"¹⁰. Но за эти века христианство не изменило фундамента права германских племен. Оно и не могло этого сделать, хотя бы потому, что церковь как учреждение (вне монастырей) была полностью интегрирована в германское общество. Если смотреть абстрактно, то противоречия между христианским и германским мировоззрением носили невероятно острый характер: caritas против чести, милосердие против судьбы, мирный и гармоничный естественный порядок против естественного порядка, населенного демоническими силами, вечное спасение против священных бранных ценностей рода и королевской власти. Но конфликт в области мировоззрения не был перенесен на общество. В отношении общественных институтов христианство в то время

84

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

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

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

85

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

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

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

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

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

86

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

Так, многие черты народного права германцев, которые на западный взгляд являются признаками слабости, выглядят признаками силы в глазах людей незападных культур. Отсутствие движений за правовую реформу, сложной юридической машины, сильной центральной законодательной власти, сильной центральной судебной власти, независимого от религиозных воззрений и эмоций свода законов, систематической юридической науки — все это лишь одна сторона медали. А вот другая: ощущение целостности жизни, взаимосвязи права со всеми сторонами жизни, ощущение того, что правовые учреждения и процессы, как и правовые нормы и правовые решения, составляют неотъемлемую часть вселенской гармонии. Право, как искусство, как миф и религия, как сам язык, было для народов Европы на ранних этапах их истории отнюдь

не способом применения правил для определения вины и вынесения приговора, не средством разделения людей на основе набора принципов, — право было средством удержать людей вместе, оно было инструментом примирения. Право воспринималось прежде всего как процесс посредничества, способ общения, а не как процесс создания норм и принятия решений.

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

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

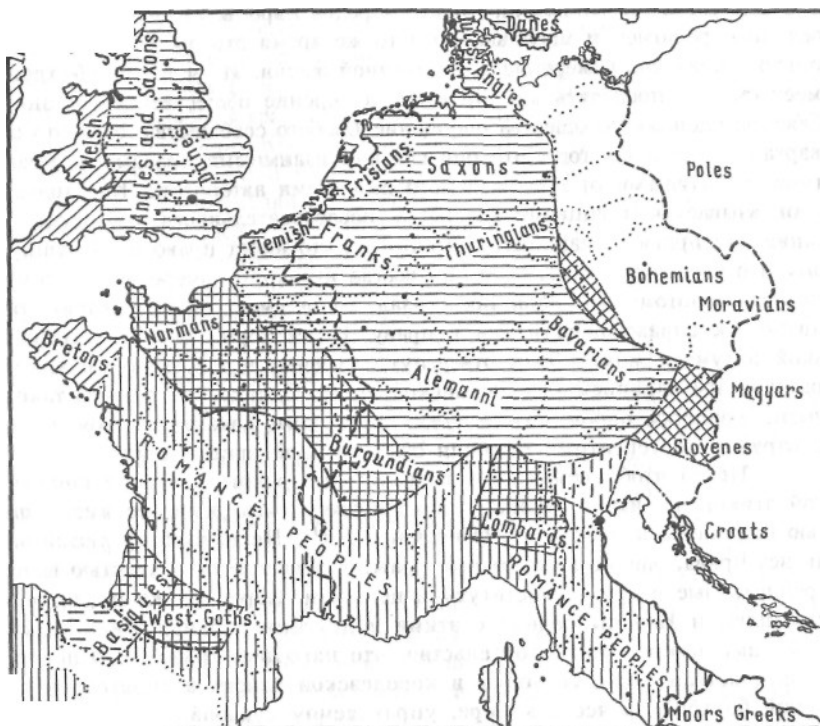
Это было справедливо и в отношении народов Европы до мощного взрыва

87

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

Но можно ли сказать, что право существует в таком обществе, где общественный порядок отражает "восточную" концепцию сплава, гармонии всех аспектов жизни общества? Существует ли право, например, у народности тив на севере Нигерии, где система социального контроля построена на верности клану и роду, клановых репрессалиях и ритуальных компенсациях во избежание наказания от сверхъестественных сил, но где нет выраженных правительственных учреждений, нет судов и нет слова "закон"?⁶⁵ Люди племени тив принимают определенные нормы как обязывающие, определенные решения как авторитетные, определенные процедуры объявления этих норм и решений как действительные. Если они не отличают эти процедуры, решения и нормы от религии, политики, экономики и семейной жизни и не называют их "правом", значит ли это, что и мы не должны их так называть? Разве нельзя сказать, что среди людей племени тив и в ряде других обществ то, что мы зовем правом, полностью растворено, совершенно переплетено с религиозными, политическими, экономическими, семейными и другими общественными институтами и процессами? А.С.Даймонд, который определяет право как нормы поведения, нарушение которых упорядоченно наказывается санкциями, налагаемыми обществом через упорядоченные процедуры, категорически утверждает, что "у тив нет права". Для Даймонда с его западной ориентацией "право в полном смысле слова" состоит из "правил поведения, за соблюдением которых следит государственный орган". Это определение почти исключает право и у германских племен (включая англосаксов и франков). Действительно, по мнению Даймонда, германцы "находятся у начатков права"⁶⁶. Такая парадигма общественного порядка, когда право в основном растворено в религиозных, политических, экономических, семейных и прочих институтах и процессах, и тезис о том, что такой общественный порядок исторически предшествовал развитию правовых систем западной цивилизации, были впервые выдвинуты более ста лет назад в работах сэра Генри Мэна. Он писал, что древние своды законов римлян, греков и индусов и на Востоке и на Западе "смешивали религиозные, гражданские и просто моральные предписания без малейшего внимания к их сути" и что "отделение права от морали и религии от права принадлежит лишь к более поздним стадиям умственного прогресса"⁶⁷. Даймонд на эти замечания дает ответ, что ранние кодексы содержат "очень мало религиозного", что они "всецело светские", что они "не являют собой никакого смешения права и религии". Но ведь ответ этот базируется на совершенно произвольном допущении, что именно есть право, а что есть религия⁶⁸. Мэн, по сути, доказывал, что те нормы, которые современному наблюдателю кажутся "исключительно светскими", скажем, что за убийство свободного человека надо платить вергельд в 100 шиллингов, а за убийство аристократа — в 300, — на деле тесно пере-

P7Ж



Moors

Германские народы Романские народы

III & IV вв. — империи

|(+1H -| баски и роман- Границы королевств

Y//^Kenbmb\ Баски

Иские народы II | J\ Славяне и роман-Н'ские народы

III Славяне и германские народы

Карта 1. Западная Европа около 1050 г.

герцогств и грифств

Города с населением более 10 тысяч

Города с населением около 2 тысяч

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

89

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

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

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

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

90

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

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

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

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

91

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

К концу XX в. предыстория западной традиции права приобретает особую значимость. Уже на протяжении жизни двух поколений для западного общества все более, характерны зияющие пропасти между расами, классами, полами, поколениями. Узлы веры ослабли, узлы родства и почвы уступили место неясным и абстрактным "национальным идеям". С распадом стабильных сообществ Запад больше не верит в право как способ защитить духовные ценности от коррумпированных сил социума, экономики и политики. Возврата к

прошлому, конечно, нет, и уж менее всего к отдаленному прошлому начала западной цивилизации. Однако в наше скептическое время скептикам нелишне было бы спросить, какими историческими путями человек Запада забрел в этот тупик, и признать свою собственную тоску по тем временам, когда люди и вправду верили, что "мир одолевает закон, а любовь одолевает правосудие".

2.

ИСТОКИ

ЗАПАДНОЙ ТРАДИЦИИ ПРАВА В ПАПСКОЙ РЕВОЛЮЦИИ

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

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

93

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

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

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

преобразованием правовых институтов. Другими словами, создание правовых систем нового времени в конце XI, в XII и начале XIII в. было не только претворением в жизнь политики и теорий центральной элиты, но и откликом на социальные и экономические перемены "на местах".

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

94

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

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

Церковь и империя: кльонийская реформа

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

95

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

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

Эта система была аналогична той, что господствовала в Восточной Римской империи, и которая позже была на Западе осуждена как "кесаре-папизм".

Однако не совсем корректно говорить о королях и императорах Западной Европы в VI — XI вв. как "мирянах." Так их стал называть папа после 1075 г., но до того времени они обладали бесспорными

религиозными функциями. Правда, они не были духовенством, то есть возведенными в сан священниками. Тем не менее считались "Христовыми наместниками", сакральными фигурами, религиозными вождями своего народа. Часто говорилось, что эти люди стали святыми благодаря своему помазанию и имеют целительный дар. Император в особенности воспринимался как высший духовный руководитель всех христиан, которого не смел судить ни один человек, но который сам судил всех людей и ответит за них на Страшном суде.

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

96

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

Эта империя была не географическим единством, а единством военной и духовной властей. Ее стали именовать Римской империей не ранее 1034 г., а Священной Римской империей назвали только в 1254 г. В X и начале XI в. существовало мощное движение за очищение церкви от феодальных и местных влияний и от неизбежно сопутствующей им коррупции. Ведущую роль в этом движении играло аббатство Клуни, чья штаб-квартира была расположена в одноименном городе на юге Франции. Клуни представляет особый интерес с юридической точки зрения, так как это был первый монашеский орден, в котором все монастыри, разбросанные по Европе, подчинялись единому главе. До основания аббатства Клуни в 910 г. каждый бенедиктинский монастырь был независимой единицей под руководством аббата, обычно под юрисдикцией местного епископа, и имел лишь слабые федеративные связи с другими бенедиктинскими монастырями. Клунийские монастыри, которых через сто лет после основания ордена насчитывалась добрая тысяча, все управлялись приорами под юрисдикцией аббата Клуни. По этой причине аббатство Клуни называли первой транслокальной корпорацией, послужившей в итоге моделью для католической церкви в целом. Значение Клуни как модели транслокального, иерархического, корпоративного управления равно его значению как первого в Европе движения за мир. На целом ряде синодов, состоявшихся в разных районах южной и центральной Франции в конце X в., не только духовенство, но и светские правители официально санкционировали идею Мира Господнего. Постановления о мире разных синодов различались в деталях, однако все они в целом запрещали под страхом отлучения всякий акт войны или мести против клириков, пилигримов, купцов, евреев, женщин, крестьян, а также против церковной и сельской собственности. Более того, они обычно пользовались для обеспечения поддержки инструментом присяги, то есть людей просили коллективно поклясться соблюдать мир. На Буржском соборе 1038 г., например, было объявлено, что всякий взрослый христианин в епархии архиепископа должен дать такую клятву и вступить в специальное ополчение для поддержания мира. Кроме защиты мирного населения, движение за мир, распространившееся на большей части Западной Европы, стало включать запрещение войны по определенным дням. Так называемое Перемирие Господне, автором которого был аббат Клуни Одилон (994—1049), приостановило боевые действия сначала с полудня субботы до раннего утра понедельника, а потом с

4-Берман Гарольд Дж.

97

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

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

И что всего важнее, клунийцы и другие реформаторы стремились повысить уровень религиозной жизни, нападая на церковную власть феодальных и местных правителей, которая особенно ярко проявлялась в покупке и продаже церковных должностей (симонии) и в практике брака и внебрачного сожителства

духовенства (николаизме). То и другое вовлекало епископов и священников в местную и клановую политику. Однако для успеха этих усилий необходима была поддержка сильной центральной власти. Папство было слишком слабо для этой цели, ведь папы в то время сами подчинялись городской аристократии Рима. Ключники обратились за поддержкой к императорам, преемникам Карла Великого, правившим нынешней Германией, Восточной Францией, Швейцарией и Северной Италией. Императоры в свою очередь обрадовались поддержке со стороны Ключни, да и других реформаторских движений. С помощью этой поддержки они со временем вырвали из рук римской знати власть назначать папу. В противовес характерным для нового времени идеям раздельности церкви и государства церковь в 1000 г. не задумывалась как видимая, корпоративная, юридически оформленная структура, противостоящая политической власти. Наоборот, церковь (ecclesia) была задумана как народ христианский, *populus christianus*, руководимый и светскими и духовными властями (*regnum* и *sacerdotium*). Задолго до того, как Карл согласился, чтобы папа в 800 г. короновал его императором, его верный слуга Алкуин, английский ученый и религиозный деятель, называл его правителем *imperium christianum* (христианской империи). Сам Карл в 794 г. созвал во Франкфурте вселенский церковный собор, на котором объявил важные изменения в богословской доктрине и церковном праве. Некоторые историки утверждают, что папа Лев III сделал Карла императором, однако будет правильнее сказать, что Карл сделал Льва папой. В 813 г. Карл короновал своего сына императором вообще без участия духовенства. Следующие германские императоры требовали от папы при его избрании принести присягу на верность императору. Из 25 пап, занимавших эту должность в течение столетия до 1059 г. (когда впервые церковный синод запретил мирскую инвеституру), 21 был прямо назначен императорами, а 5 ими же уволены. Более того, не только германские императоры контролировали епископов в своих владениях. В 1067 г. Вильгельм Завоеватель издал знаменитый декрет, в котором провозгласил, что король полномочен решать, должна ли церковь в Нормандии и Англии признать папу, что король издает законы церкви через им же созы-

98

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

Императорский и королевский контроль над церковью был нужен для того, чтобы оградить ее от коррумпированного влияния баронской и местной политики и экономики. Однако осуществление этой основной цели ключни-ской реформы встретило на своем пути неодолимое препятствие: клир был до такой степени запутан в политические и экономические хитросплетения на всех уровнях, что не представлялось возможным его оттуда извлечь. Под эгидой великих императоров-реформаторов X и XI вв. можно было очистить монашеские ордена и укрепить папство, но всю церковь радикально реформировать было невозможно, ибо она не обладала независимостью. Симония и николаизм оставались жгучими проблемами. Николаизм (брак духовенства) был вопросом не только моральным, но и вопросом социальным, политическим и экономическим. Брак вводил духовенство внутрь клановой и феодальной структур, влек за собой наследование некоторых церковных должностей сыновьями и другими родственниками священников. Это, по крайней мере, ставило хоть какие-то пределы симонии (продаже церковных бенефициев). Если ни одна церковная должность не должна быть наследственной, как же можно оставить инвеституру в руках мирян? Разве короли и императоры духовно соответствуют потребностям назначения огромного количества новых клириков на высокие освободившиеся должности, а они неизбежно будут освобождаться, если священники не будут жениться и иметь наследников? А как насчет низших церковных должностей, которые должны заполняться по указанию феодальных сеньоров?

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

произносили "Accipe ecclesiam!" (Прими церковь!) Так и светский, и духовный меч оказывались в одной руке.

Обоснованием этому служило то, что императоры и короли были освященные, сакральные правители, "Христовы на-

местники". Епископов было много, папа римский был их примасом (первый среди равных), однако император был один, как в каждом королевстве только один король.

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

Первенство епископа Рима среди других епископов утвердилось еще в IV, а возможно, и в III в., и его время от времени, хотя, конечно, не всегда, признавали другие крупнейшие епископы. Однако первенство могло означать много разных вещей. Пока церковь на Западе оставалась преимущественно децентрализованной, под контролем местных правителей-мирян, папская власть неизбежно оказывалась слабой и тесно связанной с императорской властью, тоже слабой.

Вспыхивавшая время от времени борьба местных епископов и церквей за освобождение от местных феодалов могла таким образом принимать форму апелляции к императорской власти или к папской власти, а то и к обоим. Конфликт очень редко поднимался до более высокого уровня. Яркий пример — великая подделка середины IX в., известная как Лжеисидоровы, или Фальшивые, декреталии. Это было огромное собрание писем и постановлений, ложно приписанных папам и соборам начиная с IV в.; Лжеисидоровы декреталии были направлены против усилий епископа Реймс-ского, пользовавшегося поддержкой императора, пресечь обращение своих клириков в Рим для разрешения споров. Тот факт, что для этой цели автору пришлось сочинить массу документов, кое-что говорит нам о природе епископской власти в церкви тогда и раньше. На самом деле Лжеисидоровы декреталии были составлены не в Риме. Папы не принимали их вплоть до того времени, двумя столетиями позже, когда папья использовала эти документы для оправдания совсем иных целей, чем те, которые преследовал оригинал. Во второй половине IX в. папа Николай I (856—867) утвердил-таки папскую власть не только над архиепископами и епископами, заявив, что им нельзя занять престол без его согласия, но и над императорами, заявив, что короли не имеют права судить священников и что священники не подлежат юрисдикции королей. Однако опять же такие утверждения были важнее для будущего, чем для своего времени. Они немало не изменили реальности императорской, королевской, местной феодальной власти мирян над церковью. Более того, в конце IX, в X и начале XI в. престиж папства упал до самой низкой отметки, а пытались поднять его императоры.

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

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

100

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

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

Диктаты папы

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

Григорий хорошо подготовился к восхождению на папский трон. Он имел огромное влияние во времена правления пап Николая II (1058-1061) и Александра II (1061-1073). К 1073 г., достигнув пятидесятилетнего возраста, он был готов на деле применить свою огромную волю, гордость и властность, которые были хорошо известны. Петр Дамиани (1007-1072), его соратник в борьбе за верховенство папы с 1050-х гг., как-то назвал его "мой святой сатана" и сказал: "Твоя воля всегда была для меня приказом — злым, но законным. Хотел бы я так верно служить Богу и Святому Петру, как служил тебе"⁸. Один современный исследователь описывает Григория как человека с всепобеждающим чувством цели, следовавшего своим идеям "с пугающей суровостью и героическим упорством... невзирая на последствия для себя или других, [человека], обладавшего по меньшей мере характером революционера"⁹.

Став папой, Григорий без колебаний применил революционную так-

101

тику для достижения своих целей. Например, в 1075 г. он приказал всем христианам бойкотировать священников, живших в браке или внебрачном сожительстве, и не принимать их услуг в отношении таинств и пр. Таким образом, священники вынуждены были выбирать между своими обязательствами перед женами и детьми и обязательствами перед своими прихожанами. В результате сопротивления этому решению в церквях происходили открытые мятежи. Тех, кто выступал против брака духовенства, избивали и забрасывали камнями. Один автор в памфлете под названием "Апология против тех, кто бросает вызов массам священников," заявлял, что христианство "топчут ногами". "О чем

другом говорят даже женщины за прялкой и ремесленники в мастерских, — вопрошал он, — как не о смещении всех человеческих законов, о внезапных волнениях среди населения, новых предательствах своих господ слугами и недоверии господ к своим слугам, о презренном нарушении веры среди друзей и равных, о заговорах против власти, данной Господом?.. И все это при поддержке авторитета тех, кого именуют вождями христианства" .

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

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

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

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

102

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

9. Одному лишь папе все князья должны целовать ноги.

10. Имя его одного провозглашается в церквях. 11. "Он может низлагать императоров.

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

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

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

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

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

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

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

В ответ Григорий отлучил от церкви и низложил Генриха, который в январе 1077 г. прибыл к папе в Каноссу как покорный кающийся, где, как утверждает традиция, он три дня ждал, когда папа допустит его босым по снегу подойти к нему, исповедаться в грехах и объявить о своем раскаянии. Получив такую мольбу от Генриха как духовное лицо, папа отпустил грехи императору, снял отлучение и отменил низложение. Это позволило Генриху вновь утвердить свою церковную и светскую власть над восставшими против него германскими магнатами. Однако борьба с папой отложилась лишь на короткое время. В 1078 г. папа издал декрет, в котором заявил: "Мы постановляем, что никто из духовенства не должен получать инвеституру епархией, аббатством или храмом из рук императора или короля или любого мирянина, "Удь он мужчина или женщина. Однако буде он совершит это, пусть знает, что эта инвеститура лишена апостольского одобрения и что сам он будет находиться под отлучением до вынесения подходящего удовлетворения"⁵. Конфликт между папой и императором разразился с новой силой. Начались так называемые войны за инвеституру.

103

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

Непосредственным политическим вопросом войн за инвеституру были полномочия императоров и королей

назначать епископов и другое духовенство на должности и вручать им знаки их сана с произнесением слов "Accipe ecclesiam!" За этим стоял вопрос лояльности и дисциплины духовенства после избрания и инвеституры. Эти вопросы имели важнейшее политическое значение. Так как империи и королевства управлялись преимущественно духовенством, эти вопросы прямо отражались на самой природе церковной власти, а также власти императорской или королевской. Однако был и еще более важный вопрос, гораздо более глубокий, чем политические соображения, а именно спасение душ. Ранее император (или король) именовался наместником (викарием) Христа, именно ему и предстояло ответить за души всех людей на Страшном суде. Теперь же папа, который ранее назывался заместителем Св. Петра, претендовал на звание единственного заместителя Христа, несшего ответственность за души всех людей на Страшном суде. Император Генрих IV писал папе Григорию VII, что согласно отцам церкви император не подсуден ни единому человеку, он один на всей земле есть "судья всех людей", император только один, в то время как епископ Рима лишь первый среди епископов. Такова и вправду была ортодоксальная доктрина, господствовавшая многие века. Однако Григорий рассматривал императора как первого среди королей, как мирянина, чье избрание подлежало утверждению папой и который мог быть низложен папой за неподчинение. Аргумент был построен в типичной схоластической форме: "король либо мирянин, либо клирик", а раз он не возведен в духовный сан, он явно мирянин и, следовательно, не может занимать должность в церкви. Такие притязания лишали императоров и королей всякой основы для легитимности, так как идея светского государства, то есть государства без церковных функций, еще не родилась (вернее, как раз в это время она зарождалась). Эти притязания усилили теократические функции папства, так как идея разделения церковных функций на духовные и бранные еще только зарождалась. В итоге ни папам, ни императорам не удалось настоять на своих изначальных притязаниях. По Вормсскому конкордату 1122 г. император гарантировал, что епископы и аббаты будут свободно избираться одной лишь церковью, и отказался от присвоения им духовных символов кольца и посоха, которые подразумевали власть заботиться о душах. Со своей стороны папа согласился на право императора присутствовать на выборах и вмешиваться

104

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

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

Конкордаты оставили за папой чрезвычайно широкие полномочия в отношении духовенства, а также значительную власть над мирянами. Без его одобрения нельзя было возводить в духовный сан. Он установил функции и полномочия епископов, священников, диаконов и других клириков, мог создавать новые епархии, делить или упразднять старые, переводить или низлагать епископов. Требовалось его одобрение для учреждения нового монашеского ордена или изменения устава существующего. Более того, папу называли "главным управителем" всей церковной собственности, считавшейся "отцовской наследственной долей Христа". Папа также имел высшую власть в вопросах религиозной практики и веры, он один мог давать отпущение определенных серьезных грехов (например, нападение на клирика), канонизировать святых, распределять индульгенции (освобождение от Божьего наказания после смерти). Говоря словами Габриэля ЛеБра, "папа правил всей церковью. Он был вселенским законодателем, власть которого ограничивало только естественное и абсолютное божественное право [то есть божественное право, изложенное в Библии и аналогичных документах откровения]. Он созывал вселенские соборы, председательствовал на них, его подтверждение было необходимо для вступления их решений в силу. Папа положил конец дискуссиям по многим вопросам посредством декреталий, толковал закон и даровал привилегии и разрешения. Он был также верховным судьей и отправителем правосудия. Важные дела (*maiores causas*), окончательного списка которых никогда не существовало, оставлялись на его рассмотрение". Ни единого из этих полномочий не существовало до 1075 г.

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

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

105

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

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

РЕВОЛЮЦИОННЫЙ ХАРАКТЕР ПАПСКОЙ РЕВОЛЮЦИИ

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

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

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

106

новременно как стимул) огромного расширения производства и торговли и возникновения тысяч новых городов, больших и малых. В культурной и интеллектуальной перспективе Папскую революцию можно рассматривать как мотивирующую силу в создании первых европейских университетов, в появлении теологии и юриспруденции и философии как системных дисциплин, в создании новых стилей литературы и искусства, в развитии нового общественного сознания. Эти разнообразные политические, экономические и культурные движения можно анализировать по отдельности, однако необходимо показать, что они сцеплены друг с другом, ибо именно их связь и составила революционный элемент в этой ситуации. Политические перемены. Крупнейшие политические сдвиги во власти и авторитете внутри церкви и в ее отношениях со светскими правителями уже описаны в предыдущих главах. Здесь необходимо кратко перечислить некоторые из тех политических перемен, которые произошли в то же самое время в отношениях между Западной Европой и соседними державами.

Веками Европа подвергалась постоянным вторжениям со стороны своих соседей: с севера и запада нападали скандинавы, с юга — арабы, с востока — славяне и мадьяры. Западный христианский мир "был осажденной крепостью, которая выжила только потому, что ее величайший враг ислам достиг предела своих путей сообщения, а враги поменьше (славяне, венгры, викинги) занимались только набегами и грабежом"²⁰.

Именно обязанностью императора был набор солдат, особенно рыцарей, из разных народов империи, чтобы с помощью военной силы противостоять давлению извне. У императора были враги и внутри, на западе французские короли отнюдь не всегда проявляли дружелюбие, а по ту сторону Альп князь Северной Италии открыто враждовал с ним. Таким образом, главная ось Европы пролегла с севера на юг. Однако в конце XI в. святой престол, который уже не менее двух десятилетий побуждал светских правителей освободить Византию от неверных, добился наконец своего и организовал первый крестовый поход (1096—1099). Второй крестовый поход начался в 1147, третий — в 1189 г. Эти крестовые походы стали первыми внешними войнами Папской революции. Они не только возвысили власть и авторитет папства, но и открыли новую ось — на восток, в новый мир, превратив Средиземное море из естественного оборонительного рубежа против вторжения извне в путь военной и торговой экспансии самой Европы²¹.

Одновременно с крестовыми походами в конце XI и в XII в. шла миграция населения в направлении северных и восточных территорий Европы (в Нидерланды, Скандинавию, Польшу, Венгрию, другие

районы). Папство и тут сыграло ведущую роль, особенно через монашеский орден цистерцианцев, основанный в 1098 г. Цистерцианцы, ревностные сторонники политики папы, были известны своими сельскохозяйственными знаниями, организаторскими способностями и колонизационным пылом. Они достигли особенного мастерства в создании приспособлений, полезных при расчистке неосвоенных мест. Общественно-экономические перемены. Политические перемены такого размаха не могли бы состояться без сопоставимых перемен в экономике и связанной с ней общественной структуре. Такие перемены действительно имели место, однако трудно определить их отношение к политическим пере-

107

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

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

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

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

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

108

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

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

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

Это было время, когда латынь как язык науки была осовременена и когда начали принимать свою нынешнюю форму национальные языки и литература. Это была эпоха великой эпической поэзии ("Песнь о Роланде", Артуровский цикл), куртуазной лирики и романсов (творчество Бернарта де Вентадорна)²⁵. Это было время значительного роста грамотности среди мирян; именно тогда начало развиваться чувство национальной культуры в большинстве стран Западной Европы. И еще три основные перемены в общественном сознании способствовали трансформации культурной и интеллектуальной жизни народов Западной Европы в конце XI и в XII в.: во-первых, рост чувства общности духовенства, его самосознания как группы и впервые — резкое противопоставление духовенства и мирян; во-вторых, переход к динамичной концепции церкви (понимаемой как духовенство), которая обязана изменять к лучшему мир, *saeculum* (понимаемый как миряне); в-третьих, развитие нового представления об историческом времени, включая понятия современности и прогресса.

Стремительность и насильственность папской революции. Пытаясь охватить мыслью весь масштаб перемен, происходивших в XI—XII вв., легко потерять из виду те события, носившие характер катаклизма, которые лежали в сердце Папской революции. В итоге эти события можно объяснить тотальностью перемены, однако их надо воспринимать изначально как прямое следствие попытки добиться политической цели, а именно того, что партия папы называла "свободой церкви". Под свободой церкви понимались освобождение духовенства от императорского, королевского и феодального господства и объединение духовенства под властью папы. Если поместить эту политическую цель и те события, которые воспоследовали из усилий по ее реализации, в контекст этой тотальной

перемены, то немедленно станет ясно, что речь шла о гораздо большем, чем простая борьба за власть. Это была прямо-таки апокалипсическая борьба за новый порядок вещей, за "новые небеса и новую землю". Именно политическое проявление этой борьбы, в которой совпали власть и убеждение, материальное и духовное, и придало ей темп и стремительность.

109

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

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

ПО

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

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

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

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

Однако сила не могла принести окончательной победы ни революционной партии, ни ее оппонентам. Папская революция завершилась компромиссом между новым и старым. Если сила — повитуха, то право оказалось тем учителем, который в итоге воспитал ребенка до совершеннолетия. Григорий VII умер в ссылке. Генрих IV был низложен. Урегулирование в Германии, Франции, Англии и других странах было в итоге достигнуто путем нелегких

переговоров, в результате которых все стороны отказались от своих наиболее радикальных притязаний. Относительно силы можно сказать, что для того чтобы обе стороны возымели желание пойти на компромисс, понадобилось пережить гражданскую войну в Европе. А итог был в конце концов подведен законом.

111

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

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

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

СОЦИАЛЬНО-ПСИХОЛОГИЧЕСКИЕ

ПРИЧИНЫ И ПОСЛЕДСТВИЯ

ПАПСКОЙ РЕВОЛЮЦИИ

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

Первый аспект, корпоративное самосознание духовенства (его бы сегодня

112

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

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

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

Духовенство и стало первым в Европе транслокальным, трансплеменным, трансфеодальным, транснациональным классом, достигшим политического и юридического единения. Духовенство продемонстрировало, что оно способно встать против единственной существующей всеобъемлющей власти — императорской и победить ее. У императора не было такого же всеобъемлющего класса, который бы оказал ему поддержку. С XII по XVI в. лишь нескольким

могущественным королям удавалось разбить единство клерикальной иерархии на Западе. Даже норманнские короли Сицилии, которым в XII и XIII вв. удалось исключить контроль папы над духовенством, номинально

113

подчинявшимся Риму, согласились представлять на рассмотрение папы все спорные назначения епископов. Термин "класс" по отношению к духовенству используется здесь отчасти для того, чтобы подчеркнуть, что Папская революция, как и революции (протестантская) в Германии, Англии, Франции, Америке и России, включала взаимодействие не только отдельных лиц или элитарных групп, но и больших социальных групп, которые выполняли в обществе главные функции. Справедливость Марковского заключения, что революция включает классовую борьбу и подъем нового правящего класса, не должна привязывать нас к узкому марксистскому определению класса в плане его отношения к средствам производства экономического богатства. Духовенство в Западной Европе в конце XI и в XII в. действительно играло важную роль в производстве экономического богатства, так как церковь владела от четверти до трети всех земель, епископы и аббаты были помещиками с точно такими же экономическими интересами, как и их недуховные собратья. Борьба за инвеституру была отчасти борьбой за то, чтобы вырвать из рук помещиков-мирян экономическую власть и передать ее церкви. Однако не экономические интересы духовенства в первую очередь определяли его классовую принадлежность. Скорее это была роль клириков как производителей духовных товаров в качестве исповедников, исполнителей обрядов брака, крещения младенцев, похорон, а также проповедников и защитников не только теологии западного общества, но и его основных политических и правовых доктрин. Рост классового сознания духовенства был связан со вторым аспектом нового общественного сознания XI и XII вв. — развитием нового ощущения миссии духовенства по переделке светского мира к лучшему. С одной стороны, новая тенденция отождествления церкви прежде всего с духовенством, с иерархией, привела к резкому разграничению духовенства и мирян. С другой стороны, это разграничение подразумевало, что духовенство не только стоит выше мирян, но и ответственно за них. Другими словами, классовое сознание духовенства было в то же самое время и социальным сознанием в современном смысле этого слова, сознанием ответственности перед будущим общества. Это отразилось в резком изменении значения слова "светский" (*secular*). В классической латыни *saeculum* имело значения "эпоха", "время", "поколение", или же "люди определенного времени" (как в выражении "младшее поколение"), это слово стало также означать "век". Отцы церкви во II, III, IV вв. употребляли это слово для обозначения "преходящего", "бренного" мира, противопоставленного вечному Царствию Божьему. (Мир пространственный, *mundus*, был совершенно другое дело.) Например, в произведениях Св.Августина, как указал Питер Браун, слово *saeculum* означало "существование" — то есть сумму бренного человеческого существования в прошлом, настоящем и будущем, от грехопадения Адама до Страшного суда. Вот как написал об этом профессор Браун: "Для Св.Августина этот самый *saeculum* вещь глубоко зловещая. Это тюремное существование... его взлеты и падения лишены всякого ритма и смысла... В Граде Божьем нет глаголов исторического движения, нет чувства прогресса к целям, которых можно достичь в истории. Христиане — жители далекой страны... они — зарегистрированные чужеземцы, которые из милости владычат существование *in hoc maligno saeculo*" .

114

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

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

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

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

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

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

115

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

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

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

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

Новые значения светского возникали соответственно из борьбы светских и духовных властей. Те, кто полностью отрицал проводимое папством различие между светским и духовным и настаивал на сохранении сакрального характера имперской или королевской власти, в целом потерпели поражение. Однако действительные границы между двумя этими областями — конкретное распределение функций — вырабатывались путем примирения и компромиссов между противоборствующими силами. Эти границы по самой природе вопроса не поддавались абстрактному определению. С характерным для духовенства чувством корпоративной общности и его нацеленностью на переделку мира был тесно связан третий аспект нового общественного сознания, которое возникло в XI и XII вв., а именно новое осмысление исторического времени, включающее понятия современности и прогресса. И это тоже было и причиной, и следствием Папской революции.

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

116

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

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

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

Нетрудно раскритиковать историографию этих революций как полити-

117

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

далекое прошлое. На борьбу с пороками настоящего призывались, так сказать, и прошлое и будущее.

ВОЗНИКНОВЕНИЕ ГОСУДАРСТВА НОВОГО ВРЕМЕНИ

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

Как еще столетие назад сказал Мейтленд, невозможно сформировать приемлемое определение государства, которое не включало бы средневековую церковь. Под¹ церковью он подразумевал церковь после понтификата папы Григория VII, так как до того церковь была смежна со светским обществом и не имела понятия о суверенитете и собственном законотворчестве, которые являются фундаментом государства в новое время. Однако после Григория VII церковь обрела большинство отличительных черт государства в его современном понимании. Церковь объявила, что является независимой, иерархической, публичной властью. Ее глава, папа, имел право издавать законы, и преемники папы Григория действительно породили целый поток новых законов, издаваемых либо их собственной властью, либо с помощью созываемых ими церковных соборов. Церковь проводила свои законы через административную иерархию, через которую папа правил точно так, как ныне суверенный правитель правит через своих представителей. Далее, церковь толковала свои законы и применяла их через судебную иерархию, вершиной которой являлась папская курия в Риме. Таким образом, церковь осуществляла юридические, административные, судебные полномочия современного государства. В дополнение к этому церковь придерживалась рациональной системы юриспруденции, канонического права. Она облагала своих подданных налогом в форме десятины и других повинностей. Через записи о крещении и смерти церковь, по сути, вела своего рода метрические книги. Крещение представляло своего рода гражданство, которое далее поддерживалось формализованным в 1215 г. требованием, чтобы каждый христианин исповедовался в грехах и принимал святое причастие по меньшей мере раз в году, на Пасху. Можно было лишиться этого гражданства через отлучение. А время от времени церковь даже собирала армии.

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

118

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

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

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

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

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

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

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

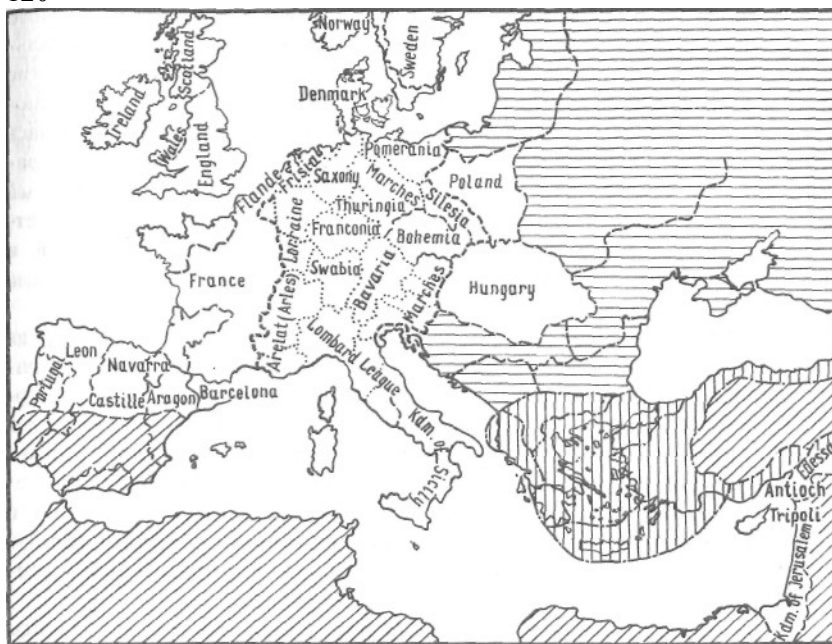
ВОЗНИКНОВЕНИЕ СИСТЕМ ПРАВА НОВОГО ВРЕМЕНИ

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

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

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

Децентрализованный характер церковного права вплоть до конца



-----Границы империи

..... Границы герцогств и графств

| Мусульманские султанаты

-----Границы королевств

ГО Византийские империи

Славянские области и русские княжества

Карта 2. Западная Европа около 1200 г.

XI в. имел самое непосредственное отношение к децентрализованному характеру политической жизни церкви. Как правило, епископы были больше подвластны императорам, королям, крупным феодалам, чем папам. Даже в тех духовных вопросах, куда светские власти не вмешивались, епископ обычно имел значительную автономию в границах своей епархии. Универсальность церкви опиралась прежде всего не на политическое или юридическое единство, а на общее духовное наследие, общее учение и практику, общее богослужение. То политическое и юридическое единство, которым она обладала, было в первую очередь связано с сохранением духовной универсальности церкви. В этом

отношении западная церковь была подобна восточной. Ее право, в значительной степени переплетенное с богословской доктриной, богослужением и таинствами, лишь во вторую очередь заботилось об организационных вопросах и власти епископов, и почти совершенно не интересовалось нормами имущественного права, преступлением и деликтом, процедурой, наследованием и т. п. В этих второстепенных и третьестепенных задачах право церкви почти целиком слилось со светским, а само светское право было в значительной степени растворено в политическом, экономическом и социальном обычаях.

121

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

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

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

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

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

122

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

3.

ПРОИСХОЖДЕНИЕ ЗАПАДНОЙ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ В ЕВРОПЕЙСКИХ УНИВЕРСИТЕТАХ

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

Возникновение западных правовых систем нового времени в конце XI и в XII в. было тесно связано с возникновением первых европейских университетов. Именно там впервые в Западной Европе право преподавалось как четко очерченный и систематизированный свод знаний, наука, в которой отдельные юридические решения, нормы и законодательные акты изучались объективно и объяснялись с точки зрения общих принципов и истин, базовых для всей этой системы в целом.

Воспитанные в духе новой юридической науки, новые поколения университетских выпускников поступали на службу в канцелярии и другие учреждения возникавших в то время церковных и светских политий и становились советниками, судьями, адвокатами, администраторами, составителями проектов законов. Они прилагали свои знания для того, чтобы придать стройность и связность растущему множеству правовых норм, помогая таким образом вылепить новые правовые системы из материала старых правовых порядков, которые прежде были почти совершенно растворены в общественном обычае и политических и религиозных институтах вообще.

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

124

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

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

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

125

XI в. Рукопись эта воспроизводила Дигесты, огромный сборник юридических материалов, составленный при римском императоре Юстиниане около 529 г., то есть пятью веками раньше.

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

Решающее значение имел, однако, тот факт, что изучавшие эти древние тексты юристы считали, как и вообще все их современники, что эта более ранняя цивилизация, Римская империя дожила до их дней и на

Востоке и на Западе. Она осталась жива в особом смысле, в новой форме, как душа, пережившая тело. Более того, они были уверены, что та империя обладала универсальностью и постоянством. Они воспринимали право Юстиниана не как право, применимое в Византии в 534 г., а как право, применимое всегда и везде. Другими словами, они принимали право Юстиниана за истину, точно так, как принимали на веру Библию, произведения Платона и (позже) Аристотеля. Хотя, скажем, то, что было написано в своде Юстиниана о собственности на землю, не имело ничего общего с регулированием феодального права собственности, господствовавшего в 1100 г. в Тоскане или Нормандии. Этот факт вовсе не означал, что оно не было правом, напротив, оно-то и было истинным правом, идеальным правом, воплощением разума. Более того, Тоскана и

126

Нормандия сами считались продолжением Рима, так же как церковь и христианский мир считались продолжением Израиля. Открытие свода Юстиниана около 1080 г. было воспринято точно в том же духе, как было бы воспринято нахождение давно утерянного списка приложения к Ветхому завету. Так, автор (или авторы) великого изложения английского права, Брактонова "Трактата о законах и обычаях Англии" в XIII в. процитировал не менее пятисот отрывков из Дигест Юстиниана без всяких ссылок, считая само собой разумеющимся, что они в Англии "закон", хотя многие из этих положений никак нельзя было бы применить в королевских судах. Брактону даже пришлось доказывать, что применимые в королевских судах английские обычаи составляют "право" такое же реальное, как и содержащееся в древних римских текстах. Для создания западной традиции права были необходимы еще два ингредиента. Один — это метод анализа и синтеза, приложенный к древним юридическим текстам, метод, который в новое время несколько пренебрежительно называли "схоластикой." Второй ингредиент — тот контекст, в котором схоластический метод был приложен к сборникам римского права, а именно университет.

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

ЮРИДИЧЕСКАЯ ШКОЛА В БОЛОНЬЕ

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

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

127

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

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

Студенческая организация (*universitas*, корпорация, гильдия) получила от города Болоньи хартию, которая позволяла ей заключать договоры с профессорами, регулировать аренду студенческого жилья, определять

преподаваемые курсы и охватываемый ими материал, устанавливать длину лекций и количество каникул, регулировать цены на аренду и продажу книг. Преподаватели получали плату непосредственно от студентов на уроках.

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

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

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

128

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

Руководящим органом студенческого университета был генеральный совет, в который каждое землячество избирало двух членов. Генеральный совет избирал ректора, причем каждое землячество пользовалось правом выдвижения своего кандидата. Ректор должен был быть не моложе 24 лет и находиться в университете не менее 5 лет. Ректор присваивал степень бакалавра, назначал студенческий комитет, члены которого назывались разоблачителями профессоров, докладываявший ему о плохом поведении профессуры. Генеральный совет принимал решения большинством голосов. По крупным вопросам решения принимались собранием ("конгрегацией") студентов. Посещение этих собраний было обязательным, на них каждый студент имел право выступать и голосовать. Генеральный совет имел право принимать статуты университета. Статуты определяли экономические дела университета, включая плату за разные услуги и заработную плату, цену на аренду книг и жилья, условия дачи в долг. Они также регулировали вопросы дисциплины студентов и профессоров, а также многие аспекты учебной программы. Однако крупнейшим ограничением студенческого самоуправления служило условие, по которому ни один принятый ассамблеей статут не мог быть изменен иначе как через 20 лет после его принятия единогласным решением всех студентов и преподавателей.

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

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

5-Берман Гарольд Дж.

129

ционное управление епископов университетами привело к периодическим студенческим мятежам.

Однако в историческом плане был важен не столько епископский контроль над университетами, сколько относительная (по сравнению с существующими учебными заведениями) свобода университетов от него. До XI в. формальное образование в Европе давалось почти исключительно в монастырях. В XI—XII вв. появились и постепенно стали преобладающими кафедральные школы при соборах. Так как собор был местом епископской кафедры, школа при соборе находилась под непосредственным надзором епископа, так же как монастырская школа находилась под непосредственным надзором аббата. Едва ли учитель посмел бы возражать своему епископу или аббату. С другой стороны, Болонский университет, как говорят, был основан в результате того, что Матильда, герцогиня Тосканская и друг папы Григория VII, пригласила в Болонью Ирнерия преподавать римское право. Таким образом, более ста лет преподавание в Болонье было свободно от прямого контроля церкви. Разумеется, непрямого давления было сколько угодно, говорят, сам

Ирнерий был отлучен от церкви за то, что поддерживал партию императора. Однако в целом болонские юристы вольны были поддерживать и папу и императора, в зависимости от того, насколько различные постулаты римского права оправдывали притязания того и другого. Тем временем в Париже в начале 1100-х гг. Пьер Абеляр осмелился возражать своему епископу и преподавать "контркурс" против него. Именно из этой конфронтации в XII в. и родился Парижский университет. Так с самого начала европейские университеты возникли как учебные заведения, в которых преподаватели вольны были занимать противоположные позиции. Это резко отличало их от предшествующей системы, известной со времен античности, когда в каждой школе обязательно доминировал один учитель или одна теория.

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

Болонская система юридического образования была перенесена в другие

' 130

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

ПРОГРАММА И МЕТОД ОБУЧЕНИЯ

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

Рукопись состояла из четырех частей: Кодекса, в который входили ордонансы и решения римских императоров до Юстиниана; Новелл, содержащих законы самого Юстиниана; Институций, краткого учебника для начинающих студентов-юристов; Дигест, в пятидесяти книгах которых было собрано множество отрывков из сочинений римских юристов по весьма широкому кругу правовых вопросов. В переводе на современный английский язык Кодекс занимает 1034 страницы, Новеллы — 562 страницы, Институции — 173 страницы, а Дигесты — 2734°.

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

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

131

гистратов, именуемых преторами, на предмет того, как они будут судить в предстоящих делах. Например, претор говорит: "Если ты или твои рабы силой лишили кого-либо собственности, которую он тогда имел, я удовлетворю иск только в течение года, но когда прошел год, я удовлетворю иск только в отношении того, что [впоследствии] попало в руки того, кто силой лишил истца его имущества". Подобные заявления сопровождаются цитатами из сочинений разных юристов. Так, по поводу приведенного выше заявления

претора цитируется Ульпиан: "Этот запрет был установлен во благо человека, которого изгнали силой, ибо совершенно справедливо прийти ему на помощь в таких обстоятельствах. Этот запрет был установлен для того, чтобы он вернул свою собственность... Этот запрет не относится ко всем видам насилия, а только к такому насилию, которое применено против лишившихся собственности людей. Этот запрет относится только к гнусному насилию, когда стороны лишаются владения почвой, как, например, надела земли или строения, но ни к чему иному". Другие юристы тоже комментируют этот запрет. Например, Помпоний говорит: "Однако если ты изгнан вооруженной силой, ты имеешь право вернуть себе землю, даже если изначально ты приобрел ее либо силой (vi) либо скрытно (clam), либо на основании спорного притязания (precario)"⁹ Римские юристы, как писал Джон П. Доусон, направляли свое внимание в основном "не на теоретический синтез, а на последовательное и упорядоченное разрешение конкретных дел... Ими двигало стремление к экономии не только в языке, но и в мыслях. Их предпосылки устоялись, главные цели социального и политического порядка под вопрос не ставились, а система правовых идей была хорошо известна и не нуждалась в длительном обсуждении. Эти люди решали дела, они работали в этой системе и не были призваны решать высшие проблемы человеческих потребностей и предназначения. Они работали от одного дела к другому, терпеливо, с острой проницательностью и глубоким уважением к унаследованной традиции"¹⁰.

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

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

132

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

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

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

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

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

"Первое, я дам вам краткое содержание каждого из титулов [Дигест], прежде чем я перейду к самому тексту. Второе, я как можно лучше, яснее и подробнее поставлю примеры отдельных законов

[содержащихся в титуле]. Третье, я кратко повторю текст с намерением поправить его. Чет-
133

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

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

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

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

134

СХОЛАСТИЧЕСКИЙ МЕТОД АНАЛИЗА И СИНТЕЗА

Программа и методы обучения юридических факультетов в Болонье и других университетах Запада в XII—XIII вв. были основаны на новом способе анализа и синтеза, который позже назвали схоластическим. Этот метод, который впервые был полно разработан в начале 1100-х гг., как в праве, так и в богословии предполагает абсолютный авторитет определенных книг, в которых, надо понимать, содержится единое и полное учение. Однако парадоксальным образом схоластический метод предполагает, что в тексте могут быть и лакуны и противоречия, поэтому он ставит своей главной задачей суммировать текст, закрыть лакуны и разрешить противоречия внутри него. Этот метод называется "диалектическим" в том смысле, который придавался этому слову в XII в., то есть стремящимся примирить противоположности . И в праве и в богословии, а позже и в философии схоластический метод анализа и синтеза распространялся благодаря методу преподавания в университетах, особенно методу глоссирования текста и постановки вопросов для диспута. "Основные книги по праву и богословию были естественно разросшимися университетскими лекциями"¹⁵. Другими словами, наука и ученость произошли от учения, а не наоборот. В то самое время, когда западные юристы создавали, по их мнению, науку права, западные богословы начинали создавать, по их мнению, науку богословия, теологию. Ведь Пьер Абеляр (1079—1142), который первым употребил слово "теология" в его нынешнем значении систематического анализа свидетельств божественного откровения¹⁶, был и одним из великих пионеров схоластической логики. Его даже часто называют отцом схоластики. Абеляр стремился посредством схоластических методов анализа и синтеза применить рациональные критерии к решению вопроса о том, какие истины откровения имели универсальную ценность, а какие — только относительную. Однако это не был такой фундаментализм, который во всех обстоятельствах принимает все слова данного текста за истину; целое считалось истиной, а внутри целого различные части считались обладающими разной степенью истинности. Например, одна из главных книг Абеляра "Sic et Non" ("Да и нет") просто путем последовательных цитат перечисляет более чем 150 разночтений в Библии, произведениях отцов церкви и других авторитетов, считая все эти произведения истинными и оставляя читателю задачу привести их в гармонию

В праве схоластический метод принял форму анализа и синтеза массы доктрин, часто противоречащих друг другу, взятых из кодификации Юстиниана и у светских авторитетов. Как и в случае с теологией, сам

письменный текст как таковой, Свод гражданского права, точно так же, как Библия и патристика, принимался как святая правда, воплощение разума. Однако задача примирения противоречий дала возможность западному юристу XII в. обращаться с правовыми понятиями и нормами с большей свободой и гибкостью, чем то было позволено его римскому предшественнику. Разумеется, как и этот предшественник, западный юрист заботился (по словам профессора Доусона) о "последовательном и упорядоченном рассмотрении отдельных дел", но он также заботился (в отличие от римлян) о поиске "подробных обоснований" и "теорети-

135

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

ОТНОШЕНИЕ СХОЛАСТИКИ К ГРЕЧЕСКОЙ ФИЛОСОФИИ И РИМСКОМУ ПРАВУ

Метод европейских юристов XII в. представлял собой измененный метод диалектического рассуждения, характерный для древнегреческой философии и классического и послеклассического римского права. "Диалектика" по-гречески — "разговор", или "диалог." Древнегреческие философы считали "искусство разговора" (*tekhnē dialektikē*) методом мышления; Платон даже рассматривал его как единственный несомненный метод постижения истины, который он называл "наукой" (*epistēmē, scientia*). Написанные Платоном диалоги с Сократом включали три основных диалектических приема: 1) отрицание тезиса оппонента путем выведения из него через серию вопросов и ответов таких последствий, которые противоречат ему или неприемлемы по иным причинам; 2) выведение обобщения, опять путем вопросов и ответов, из серии истинных положений об определенных делах; 3) определение понятий с помощью техники различений, то есть путем неоднократного деления (анализа) рода на виды и видов на подвиды и затем синтеза, то есть неоднократного сбора видов в их род, а родов в более крупные роды. Путем таких рассуждений Платон стремился прийти к несомненному знанию природы Добра, Справедливости, Истины, Любви и других "Форм", которые, по его мнению, существуют во вселенной независимо от человечества. Аристотель существенно усовершенствовал платоновские понятия диалектического мышления. Во-первых, он провел различие между рассуждением, исходящим из необходимости, заведомо истинных посылок (например, "все люди смертны" или "огонь жжет") и рассуждением, исходящим из посылок, которые хотя и являются общепринятыми или выдвигаются специалистами, тем не менее могут быть поставлены под вопрос (например, "человек — политическое животное" или "изучение философии желательно"). По Аристотелю, диалектическим является только последний тип рассуждения, а так как исходные посылки его не бесспорны, такое рассуждение способно привести не к достоверности, а лишь к вероятности. Только первый вид рассуждения, называемый "аподиктическим", способен продемонстрировать необходимые истины, ибо бесспорные выводы можно сделать только из бесспорных посылок.

Аристотель также отточил и развил Платонову концепцию науки. Он первым употребил это слово во множественном числе для обозначения "целого ряда отдельных и ясно различимых наук. Все они разделяют определенные методы, но каждая из них имеет собственные отличительные *archai*, то есть принципы [буквально начала] и свой собственный определенный предмет"¹⁸. Каждая имеет и свой метод исследования, "вырастающий из самого предмета", хотя для всех является общим метод наблюдения и гипотез.

Аристотель разделил Платонову "науку" на физику, биологию, геометрию, этику, политику, метафизику и другие виды. Однако медицина осталась для Аристотеля

136

"искусством" (*tekhnē*), так как она применяла научные истины, но сама не вела к демонстрации таковых.

Право Аристотель не рассматривал даже как искусство, для него оно растворялось в этике, политике и риторике.

Аристотель учил, что и в аподиктическом и в диалектическом мышлении можно применить индуктивную либо дедуктивную логику. (В этом он также расходился с Платоном, в понимании которого истину можно было обрести только на пути дедуктивной логики, то есть рассуждая от общего к частному, а не наоборот.)

Тем не менее у Аристотеля в диалектическом мышлении предпочтение отдается индуктивной логике, так как она яснее и убедительнее для большинства людей. В аподиктическом же мышлении для одних наук (например, математики) годится дедуктивная логика, а для других (например, биологии) — нет.

Индуктивная логика движется от опыта либо к достоверности, либо к вероятности, находя в отдельных наблюдаемых случаях общее. Так, если из наблюдения известно, что умелый кормчий — лучший кормчий и что умелый возница — лучший возница, то можно заключить из этого, что в принципе умелый человек будет лучшим во всяком виде деятельности²⁰. Однако *то* общее наблюдение становится научным в Аристотелевом смысле только тогда, когда осознан лежащий в его основе принцип, то есть причина, и тогда видно, что исходные посылки аргумента по необходимости истинны.

Отличительной чертой диалектического мышления является не его склонность к индуктивной логике, ибо, как показал Аристотель, аподиктическое мышление также склоняется к индуктивной логике во многих областях. Отличительная черта диалектического рассуждения прежде всего в том, что оно начинается не с "посылок", то есть декларативных утверждений, которые могут быть либо истинными, либо ложными и из

которых можно сделать научные выводы, а с проблем, или вопросов, по которым люди могут расходиться во мнениях, хотя в итоге спорный вопрос будет окончательно разрешен посылкой или первопринципом в пользу той или другой стороны, если будут применены правильные методы диалектического рассуждения. Аристотелевское деление на аподиктическое и диалектическое мышление было принято стоиками начиная с III в. до н.э. Однако стоики рассматривали диалектическое мышление не как метод постижения первопринципов, а как метод анализа аргументов и определения понятий с помощью расчленения и синтеза родов и видов. Им также недоставало важнейшего для Аристотеля стремления к системности. У них диалектика стала независимой дисциплиной, по сути, не отличавшейся от логики, но содержащей сильные элементы грамматики и риторики.

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

137

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

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

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

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

138

юристы не приняли эллинистическую систему образования, юридическое образование состояло в основном из весьма неформального, частного обучения в доме одного из старших практикующих юристов. "

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

Быть может, самый ранний пример систематического приложения диалектического мышления к праву —

трактат по *jus civile* римского юриста Квинта Муция Сцеволы, умершего в 82 г. до н.э. В этой работе, "заложившей основы не только римской, но и европейской юриспруденции"²⁷, гражданское право было разделено на четыре основные части: право наследования, право лиц, вещное право и обязательственное право. Каждая часть подразделялась дальше: право наследования на наследование по завещанию и без него; право лиц на брак, опеку, правовое положение свободного человека, родительскую власть и др.; вещное право на владение и невладевание; обязательственное право на договоры и деликты. Каждый из этих видов подразделялся далее. Например, договоры делились на реальные: купля-продажа, наем, товарищества; деликты — оскорбление действием, нанесение ущерба имуществу⁸. Под каждым родом и видом, охарактеризованным по его главным принципам, приводились юридические материалы. Это были прежде всего решения преторов по отдельным делам, а также и законодательные акты, авторитеты более ранних сборников документов, авторитеты устной традиции. Автор поставил перед собой в качестве основной задачу дать "дефиниции", как он их называл⁹, то есть точное изложение правовых норм, присутствующих в решениях по отдельным делам.

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

139

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

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

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

140

заключительный титул 50.17 "О различных нормах древнего права" объединяет 211 таких широких норм. Например: "никто не может считаться обманувшим тех, кто знает и соглашается"; "в сомнительных вопросах следует предпочитать более благоприятное толкование"; "добросовестность владения дарует

обладателю вещи столько же, сколько истинному собственнику, там, где закон (lex) не ставит препятствий". Однако, как показал Стайн⁰⁰, эти "правовые максимы", как стали называть их в XII в., взятые как отвлеченные принципы, имеют совершенно иное значение, чем то, какое они имели в контексте тех типов дел, в которых впервые были произнесены, и часто описываемых в первых частях Дигест. Так, первая из цитированных норм относилась первоначально к делу человека, приобретшего нечто у должника-мошенника с согласия его кредиторов: кредиторы не имеют права потом жаловаться, что их обманули. Вторая норма первоначально относилась к наследству, упомянутое в ней "более благоприятное толкование" — это толкование, предоставляющее выгодные условия для наследников. Третья норма первоначально имела в виду добросовестного владельца чужого раба, если этот раб совершил кражу у другого человека, жертва предъявляет иск этому владельцу. В 530 г. Юстиниан издал конституцию (указ), поясняющую более древний закон по этому вопросу. Эта конституция и есть тот закон (lex), который косвенно упомянут в заключительной фразе нормы.

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

141

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

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

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

Один из приемов, используемых юристами-схоластами для достижения этой цели, состоял в том, что они считали римские *regulae*, собранные в титуле 50.17 Дигест, правовыми максимами, то есть универсально справедливыми независимыми принципами. Слово "максима" было взято из аристотелевской терминологии, оно означало "максимальная (то есть предельная) посылка", то есть "универсалия". Римский писатель Боэций (480—524), переводчик на латинский язык и комментатор Аристотеля, из работ которого и черпали

свои знания об учении Аристотеля западные ученые с VI вплоть до середины XII в., писал, что Аристотель постулировал определенные самоочевидные посылки и что именно из этих "максимальных, то есть универсальных... посы-

142

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

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

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

143

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

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

Юристы-схоласты расходились с древнегреческими философами не только в своем убеждении, что универсальные правовые принципы можно путем рассуждений вывести из авторитетных текстов, но и в своем представлении о природе таких универсальных принципов. Платон постулировал существование универсалий в природе, считая, что идея справедливости или красоты, идея треугольника, идея цвета, идея розы и другие общие идеи в человеческом разуме являются несовершенными отражениями "парадигм" или "форм", которые существуют во внешней реальности. Этот "реалистический" взгляд на универсальные идеи, как его позже называли на Западе (сегодня его назовут "идеалистическим"), не полностью разделялся Аристотелем, но большинство разногласий между Аристотелем и Платоном замалчивались в единственных известных на Западе до конца XII в. версиях трудов Аристотеля, а именно в переводах и комментариях Боэция¹. Таким образом, христианские философы Запады считали и Платона и Аристотеля реалистами. Хотя некоторые из этих философов и раньше поднимали вопрос о "реальности" универсалий, первая острая и систематическая атака на позицию реалистов была предпринята в XI—XII вв., прежде всего Абеляром. Он отрицал внешнюю реальность тех общих характеристик, которые определяют класс отдельных сущностей. Он утверждал, что только единичные сущности существуют вне разума, а универсалии — это имена (*nomina*), которые разум изобрел для выражения сходства взаимоотношений между единичными вещами, принадлежащими к одному классу. Некоторые "номиналисты" вообще отрицали, что универсалии имеют

значение. Абельяр, однако, утверждал, что имена обладают значением в том смысле, что они характеризуют единицы класса, но они не "существуют" кроме как в их приложении к отдельным вещам. Так, "добродетель" и "общество", "цвет", "роза" не существуют ни в физическом мире, ни в каком-либо идеальном мире форм. Скорее, они — общие качества, которые человеческий интеллект относит к добрым делам, или отдельным людям, живущим в общественных отношениях друг с другом, или определенным пигментам, или конкретным розам.

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

144

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

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

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

145

ПРИМЕНЕНИЕ СХОЛАСТИЧЕСКОЙ ДИАЛЕКТИКИ К ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКЕ

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

До предыдущего (XI) века не предпринималось никаких усилий по сбору всех законов церкви в одну или несколько книг, а в немногих неполных сборниках законы (обычно именуемые "canones", то есть правила, нормы), были помещены в хронологическом порядке. Однако около 1012 г. Бурхард, епископ Вормсский, составил очень большой сборник под названием "Decretum" (почти 500 страниц в современном издании), в котором законы были помещены не в хронологическом порядке, а по категориям: епископат, посвященные в

сан, церкви, крещение, причастие, человекоубийство, инцест, монахи и монахини, ведьмы, отлучение, лжесвидетельство, пост, пьянство, миряне, обвинители и свидетели, блуд, посещение больных, покаяние, намерение (именно в таком порядке). Бурхард не отличал право от теологии и не пытался представить никакой эксплицитной теории или теорий права. Он без комментариев приводил тексты из Писания, каноны вселенских и поместных соборов, постановления пап, нормы из различных книг покаяний и другие источники. Затем в 1095 г. Ивон, епископ Шартрский, сделал другой такой сборник, тоже названный "Decretum", а через несколько лет сделал еще один под названием "Pannormia". Оба этих сборника включали гораздо больше комментариев, чем когда-либо раньше, и охватывали более обширный материал. Они включали много норм относительно кражи, определенных видов добровольных сделок, владения, вынесения судебных решений, других вопросов⁵¹. В Прологе к своему Декрету Ивон заявил, что пытается свести церковные нормы "в единое целое". Он один из первых указал на противоречивые места у авторитетов и предложил некоторые нормы, по которым можно было их примирить. Увещевания, говорил он, должны уступить словам закона, а привилегиям нельзя придавать силу общих норм. Также следует учесть, можно ли отменить данный канон или нет и можно ли в определенных обстоятельствах делать отступления от него. Грациан построил свой труд на работе Ивона. Перед ним были и труды глоссаторов, прежде всего его соотечественника Ирнерия. Ко времени Грациана Ирнерий и его последователи в школе права в Болонье уже несколько десятилетий глоссировали и индексировали римские тексты, формулируя при этом общие принципы их пояснения. Грациан, однако, воспользовался отличным от всех своих предшественников методом систематизации. В отличие от комментаторов римского права, он не имел в своем распоря-

146

жении заранее определенного текста. Ему пришлось копаться в разных источниках, чтобы найти те каноны, которые он пожелал систематизировать. Он собрал и проанализировал примерно 3800 канонических текстов, в том числе и из раннего периода истории церкви. Однако при группировании этих текстов Грациан не пошел ни вслед за известными каноническими сборниками (посвящение в сан, брак, покаяние и т. д.), ни вслед за римским правом (лица, вещи, обязательства, наследование, преступления и т. д.). Категории, выделенные Грацианом, были, с одной стороны, более всеобъемлющими: первая часть его труда была разделена на 101 *distinctiones*, из которых первые 20 анализировали и синтезировали утверждения авторитетов относительно природы права, различных источников права, взаимоотношений разных видов права, а следующие 81 касались юрисдикции разных служб внутри церкви и других норм касательно церковных служащих. С другой стороны, категории Грациана были более функциональны, чем ранее использовавшиеся в юридической литературе. Во второй части своего труда он приводит 36 конкретных прецедентов (*causae*), по каждому из которых он ставит трудные проблемы (*quaestiones*). Эти проблемы Грациан анализирует с привлечением авторитетов патристики, соборов, пап за и против, Примиряя противоречия там, где можно, и оставляя их в неприкосновенности там, где нельзя, предлагая обобщения и иногда гармонизируя эти обобщения⁵³. Третья часть возвращается к форме *distinctiones*, а затем Грациан вводит еще один раздел, представленный во второй части в форме *distinctiones*. Эти вариации повлияли на симметрию его труда, но никак не на его целостность в качестве нового изложения права. Наилучший пример его всеобъемлющего метода анализа и синтеза можно найти в первых двадцати различениях (*distinctiones*), в которых перечисляются разные виды права (божественное, естественное, человеческое, право церкви, княжеское право, законодательно установленное право, обычное право) и определяются отношения между ними. Разумеется, Грациан вовсе не изобрел эти категории, просто римские юристы приспособили к своим целям Аристотелевы различия между естественным и абсолютным правом, универсальным и национальным правом, обычным и законодательно установленным правом, а различие между божественным и человеческим правом всегда существовало в церкви. Но Грациан первый систематически исследовал правовой смысл этих дистинкций и расположил разные источники права в иерархическом порядке. Он начал с того, что поместил понятие естественного права между понятиями божественного и человеческого права. Божественное право — это воля Господа, выраженная в откровении, особенно в откровении Писания. Естественное право тоже отражает Божью волю, однако оно находится как в божественном откровении, так и в человеческом разуме и совести. Из этого Грациан смог заключить, что "законы [*leges*] князей [то есть светских властей] не должны превалировать над естественным правом [*jus naturale*]" . Сходным образом церковные "законы" не должны противоречить естественному "закону". "Ius, — писал Грациан, — это род, а *lex* — его вид" .

Грациан также пришел к заключению, что, рассуждая с точки зрения естественного права, "князья связаны своими законами и должны жить по ним"⁵⁴. Этот принцип уже провозглашался и Ивоном и Бурхардом. Однако

147

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

Кроме того, законы (*leges*) и законодательные акты (*constitutiones*) князей, по Грациану, должны были подчиняться церковным законам и актам. Более того, он писал, что обычаи (*consuetudines*) должны уступать не только естественному праву, но и законодательно установленному как церковному, так и светскому. Теория подчинения обычая естественному праву, изобретенная канонистами, была одним из их величайших достижений. Когда жил Грациан, большая часть права на Западе представляла собой обычное право. Это означало, что большинство правовых норм носили обязательный характер не в силу того, что они были изданы политической властью, церковной или светской, а в силу того, что они на практике принимались сообществами, где они были распространены. Законодательно установленные законы встречались довольно редко. И даже будучи законодательно установленными, правовые нормы все равно, как правило, обосновывались существующим обычаем. Теория Грациана и его коллег канонистов дала основу для оправдания тех обычаев, которые не соответствовали разуму и совести. Для определения справедливости обычая были разработаны изощренные критерии: его длительность, всеобщность, единообразие применения, его разумность — все те критерии, которые применяются и в XX в. Это значило, что обычай лишился святости, он мог быть обязательным, а мог и не быть.

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

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

148

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

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

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

Теория относительности норм отчасти была основана на политике соперничающих правовых систем. Частично она основывалась и на схоластической диалектике, предоставлявшей способ поместить и обычное, и законодательно установленное право в более широкие теоретические рамки природы и источников права. Хорошим примером второго главного метода систематизации, используемого Грацианом, того метода, которым он пользуется во второй части своего труда для анализа и синтеза противоречащих друг другу решений определенной правовой проблемы, является его обсуждение вопроса, можно ли священникам читать профанную литературу⁷³. После постановки проблемы Грациан цитирует высказывания церковных соборов, отцов церкви и других, а также примеры из Писания и церковной истории, все на тему о том, что священники не должны читать профанную литературу, а затем цитируются такие же авторитетные примеры и высказывания противоположной направленности. После приведения каждого авторитетного высказывания

или примера Грациан дает свою собственную интерпретацию. Так, он начинает с постановления Карфагенского собора: "Епископ не должен читать книги языч-

149

ника". В своей глоссе он отмечает, что ничего не сказано о книгах еретиков, которые можно читать "осторожно, по необходимости либо особой причине". Далее он комментирует слово "необходимость", толкуя его в том смысле, что священники могут читать книги еретиков, "чтобы знать, как правильно говорить". Более важная глосса, сопровождающая само изложение вопроса, подводит итог толкованию высказываний всех авторитетов против чтения нечестивой литературы: "по всей видимости, читать только лишь для удовольствия запрещается". В итоге Грациан предлагает свое заключение, "разрешая противоречие" путем утверждения, что всякий (не только священники) должен приобретать профанное знание не для удовольствия, а для наставления, чтобы обратить содержание его на благо священного учения. Грациан использует общие принципы и понятия для того, чтобы синтезировать противоположные доктрины — не только для решения вопроса о том, какое из двух учений верно, а какое нет, но и для выведения третьего, нового учения из этого конфликта⁶.

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

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

150

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

В дополнение к разработке общих правовых принципов, лежащих в основе применимых к конкретным делам норм, юристы XII—XIII вв., как канонисты, так и специалисты римского права, дали определения общих понятий — представительства, юридического лица и юрисдикции. Римское право Юстиниана

снабдило западноевропейских юристов основной терминологией, греческая диалектика Платона и Аристотеля обеспечила их методом, а сочетание этих двух элементов в совершенно ином общественном контексте произвело на свет нечто новое. Например, римские юристы в свое время установили ряд норм, по которым раб мог действовать от лица своего хозяина, как его агент, причем ответственность за все действия лежала на хозяине, но они не дали общего определения агентства или представительства. Аналогичным образом римские юристы установили ряд ситуаций, когда группа людей считалась коллективной единицей, например *societas* ("партнерство"), но при этом не предложили никакого общего определения группы или юридического лица и не развили идею ограниченной ответственности. Римское право Юстиниана не содержало даже общего понятия договора; оно рассматривало отдельные виды договоров, так что любое соглашение, не попадавшее в перечисленные в законе виды, оказывалось *ipso facto* не договором. Некорректно было бы сказать, что в римском праве эпохи Юстиниана и до нее не было общих понятий вообще. Напротив, римские юристы рьяно обсуждали ситуации, когда договор недействителен из-за "ошибки", ситуации,

151

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

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

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

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

152

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

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

ПРАВО КАК ПРОТОТИП ЗАПАДНОЙ НАУКИ

Юристы схоластической школы создали науку права, науку скорее в современном западном, а не в платоновском или аристотелевском смысле. Для Платона наука была знанием истины, полученным путем

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

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

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

153

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

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

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

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

154

нение к этому — еще и права на прерогативы, иначе говоря, права на права ("права требования"). Подобные примеры порождали не только аналогии, но и гипотезы. Под различными нормами понимался основной

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

Конечно, наука права была всецело на милости политики. Законодатели могли игнорировать открытия юристов и часто так и поступали. На практике логику и опыт часто приходилось приносить в жертву власти, предрассудкам и алчности. Однако это другой вопрос и не умаляет научных достижений правоведов XII в. Проверка общих правовых принципов логикой и опытом представляла собой науку права на высочайшем интеллектуальном уровне. Однако обычно правоведы XII в., в точности так же, как их нынешние коллеги, занимались "правовой догматикой" (названной так значительно позже), то есть систематически вырабатывали рамификацию правовых норм, их взаимосвязи, их применение в особых ситуациях. Вернемся к примеру насильственного лишения права владения. Как только был установлен принцип, воспевающий лицу возвращать свое владение силой, возникли запутанные вопросы по поводу средств правовой защиты пострадавшей стороны. Следует ли восстанавливать его во владении, даже если он в свое время приобрел его силой и даже если лицо, отнявшее владение, и есть настоящий собственник? Те же ли средства правовой защиты применяются к имуществу, как и к земле? Есть ли некий период времени, в течение которого жертва может законно защищать свои права на владение ("по горячим следам")? Юристы рассматривали эти вопросы не как моральные или политические, а как в первую очередь юридические; значит, решать их надо было на основании авторитетно изложенного толкования правовых авторитетов — решений, норм, обычаев, статутах, текста Писания. Авторитетные тексты принимались как объективно данные, можно было сделать

155

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

73 зовали ученые для исследования и синтеза естественнонаучных данных.

В дополнение к той методологии, которую разработало правоведение для раскрытия и проверки принципов, заключенных в решениях, нормах, понятиях и других данных права, была разработана и другая, для открытия и проверки фактов в ходе судебного разбирательства. Доказывание фактов в суде было тесно связано с достижениями риторики. Риторика тогда еще не стала искусством убеждать путем апелляции к эмоциям и украшения речи; она все еще была аристотелевской и рассчитывала на убеждение путем апелляции к разуму. В XII в. особый упор делался на методы доказывания. Риторы выдвинули понятие гипотезы в дополнение к диалектическому понятию тезиса (*quaestio*). Считалось, что доказывание гипотез требует представления доказательств, что в свою очередь подразумевало понятие вероятной истины. Это привело к развитию целой шкалы вероятностей, в которой презумпции как логическая форма играли важную роль. Это также привело к выработке правил исключения ошибок в представлении и оценке доказательств. Параллели с правом специально подчеркивались, например известный в XII в. трактат "*Rhetorica ecclesiastica*" утверждал, что "право и риторика имеют общую процедуру". Тот же трактат определял иск (*causa*) как "гражданский спор, касающийся определенного утверждения или определенного действия определенного лица". Таким образом, правовое понятие иска ассоциировалось с риторическим понятием гипотезы. Тот же трактат утверждал, что для поиска истины в спорном деле требуются четыре человека: судья, свидетель, обвинитель и защитник. Судье полагалось следить, чтобы не нарушались нормы аргументации, в особенности нормы относимости к делу и доказательственного значения. К началу XIII в. были разработаны нормы исключения, чтобы не допускать введения избыточных доказательств (уже установленных вопросов); не относящихся к делу доказательств (не влияющих на дело); неясных и неопределенных доказательств (из которых нельзя было сделать определенных заключений); чрезмерно общих доказательств (из которых возникала неясность) и противных природе доказательств (таких, которым невозможно было поверить)¹⁵. Алессандро Джулиани показал, что эта система "искусственного разума" права была отвергнута в большинстве стран Европы после окончания XV в. и заменена "естественным разумом", опиравшимся на математическую логику. При этом она сохранилась в английском общем праве благодаря усилиям Эдварда Кока, Мэтью Гейла и их наследников, невзирая на противоположные усилия Томаса Гоббса и др.

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

156

приязни к "средневековой схоластике". Однако важно понять, что их неприязнь была направлена не на схоластику как таковую, а на неумение схоластов разработать математические рамки объяснения. Как показал Александр Койре, Галилей и другие ведущие мыслители XVII в. считали математику моделью всех истинных научных объяснений. Именно математика и ее законы, как когда-то Платон и его Идеальные Формы, стали составлять идеальный язык науки нового времени. В XIX в. схоластический метод атаковали и с других направлений, критиковали его упор на исследование целей предмета. Тем не менее ни наука XVII в., ни наука века XIX не состоялись бы без научного метода, когда-то созданного юристами XII в. Исходные ценности науки права. Науку в западном смысле слова обычно определяют только в методологических терминах, все более широкое признание приобретает мысль о том, что ее надо определять и с точки зрения убеждений, фундаментальных целей тех, кто вовлечен в научный процесс.

7Q

«
Можно говорить даже о научном кодексе чести и ценностей», в который входит следующее: 1) обязательство ученых вести исследования объективно и честно, оценивая свою и чужую работу единственно на основании научной ценности; 2) требование, чтобы ученые занимали позицию сомнения и "организованного скептицизма" в отношении несомненности своих и чужих посылок и выводов вместе с терпимостью к новым идеям до их опровержения и готовностью публично признать ошибку, и 3) встроенное представление о том, что наука — "открытая система", "ищущая не столько окончательные ответы, сколько все более максимальное приближение к истине" и что "науку нельзя заморозить в ортодоксальные концепции... но она — вечно меняющаяся сумма идей различной степени правдивости". Многие усомнятся в вероятности или даже самой возможности того, что юрист может удовлетворять этим трем требованиям. Его объективность, честность и универсальность под вопросом, потому что его привлекают и политические деятели, и частные лица для защиты и оправдания своих частных интересов. Далее, если он проявит скептицизм по отношению к своим собственным выводам, это может послужить препятствием к их принятию, а ведь бедить людей принять эти выводы часто входит в его профессиональные обязанности. Та же трудность стоит на пути понимания науки права как суммы постоянно меняющихся идей, общество само требует, чтобы закон представлял собой нечто большее. Наконец, в тот период, когда не только авторитет и власть папства, но и его догматизм достигли пика, кажется совершенно невероятным, чтобы юристы, даже если они правоведы, а не практики (на деле многие были и теми и другими), да и любые другие искатели знания, могли быть до такой степени бескорыстны и непредвзяты, как этого требует кодекс чести нынешних ученых.

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

157

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

Сомнения относительно способности юристов придерживаться научных ценностей зиждутся на нескольких ложных представлениях. Конечно, верно, что, когда юрист является адвокатом стороны или определенного дела, он должен действовать как их сторонник, а не как ученый. Однако его роль является неотъемлемой частью судебного разбирательства, в котором противоположные точки зрения представляются на рассмотрение трибунала, облеченного властью принятия решений. На деле само судебное разбирательство является в некотором смысле научным, ибо само состязание призвано привлечь внимание трибунала ко всем относящимся к делу соображениям. В тяжбе суд должен решить дело "объективно", на основе "доказательств", представленных от имени спорщиков. Даже в тех случаях, когда этот идеал реализован, тяжба, судебный спор или иное судебное разбирательство обладают рядом совершенно ненаучных качеств. Во-первых, трибуналу приходится действовать под давлением определенного лимита времени, а ученый

может неопределенно долго ждать, пока он сможет сделать выводы. Кроме того, трибунал — орган политический; он слишком близко стоит к предрассудкам и давлению общества, чтобы поддерживать требуемую от ученых "дистанцию".

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

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

158

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

Говоря об "исходных ценностях" науки, нельзя игнорировать тот факт, что по крайней мере на Западе, где наука расцвела более, чем в какой-либо иной цивилизации (некоторые даже скажут, что она расцвела слишком пышно), характеризующие научное исследование качества — объективность, скептицизм, открытость и общий дух рационализма — коренились в сложном отношении священного и профанного. С одной стороны, вера в священность или потенциальную святость всех вещей, существовавшая у германских народов и у восточных христиан, не способствует объективному, скептическому, открытому, рациональному исследованию. Потому не случайно первые науки на Западе появились во время разделения светских и церковных политий. С другой стороны, именно в церковной, а не в светской сфере науки впервые и появились в каноническом праве и в самом богословии. Западные теологи конца XI и в XII в. — Ансельм, Абеляр и другие, — нимало не колеблясь, подвергли проявления божественных тайн систематическому, рациональному и даже скептическому наблюдению. Ансельм стремился доказать "единственно разумом", без помощи веры или откровения, не только существование Бога, но и необходимость его воплощения в Христе. Абеляр выявил противоречивость Священного писания, сделав первый шаг к научной критике Библии. Аналогичным образом канонисты открыто исследовали противоречия в канонах церкви. Исходя из объективного анализа господствующего права, они заключили, что даже папа, Христов наместник, подлежит низложению, если окажется еретиком или виновным в позорящем церковь преступлении. Кажется неизбежным вывод, что научные ценности появились не потому, что была выделена сфера жизни (светская, брeнная, материальная), которую можно было исследовать, не рискуя религиозными верованиями, а потому, что возникло нрвое отношение к священному как таковому. Хотя церковь продолжала рассматриваться как "мистическое тело Христово", она теперь считалась также видимой, законной общностью, юридическим лицом и имела земную задачу перевоспитать этот мир. Центр переместился со святости в смысле потусторонности на воплощение священного, под которым подразумевалось его проявление в политической, экономической и социальной жизни времени. Это в свою очередь делало необходимым исследование священного, духовного, исходя из ценностей науки. Только когда была сделана попытка изучать Бога и его законы объективно, стало возможно попытаться объективно исследовать светскую жизнь и светские законы, а впоследствии — и природную жизнь, и законы природы. Несмотря на это, в теологии церкви и каноническом праве существовала явная напряженность между священным и профанным, которая наблюдалась и в других отраслях знания и неизбежно налагала суровые ограничения на научные исходные посыпки. Едва ли нужно напоминать репрессивные меры, применявшиеся к отошедшим от официальной догмы ученым. Оригинальный мыслитель, новатор, сильно рисковал подвергнуться осуждению, еретика могли казнить. Малоутешительно, конечно, но важно знать, что

159

та самая напряженность, которая вызвала такие репрессии, обеспечила и первую поросль науки на Западе. Социологические критерии науки права. В дополнение к методологии и исходным ценностям наука в том смысле слова, который сложился на Западе в новое время, должна быть определена и в терминах социологических критериев. Имеются определенные социальные предварительные условия, которые не только неотрывны от ее существования, но и помогают сформировать характер. Сюда входят: 1) формирование научных сообществ, обычно совпадающих по широте с научными дисциплинами, каждое из которых несет коллективную ответственность за ведение исследований, набор новых кадров, распро-

странение научного знания и удостоверение научных достижений человека внутри данной дисциплины и вне ее, 2) сцепление разных научных дисциплин в более крупные научные сообщества, особенно в университетах, члены которых, кроме того что они разделяют общие цели продвижения знания и воспитания молодежи, также понимают, что в итоге все отрасли знаний зиждутся на одном фундаменте; и 3) привилегированный социальный статус сообществ ученых, который включает высокую степень свободы преподавания и исследования, соотносимую с их высоким уровнем ответственности в служении самой науке, ее методам, ценностям и общественной роли.

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

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

160

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

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

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

Во-первых, университеты помогли установить транснациональный характер правоведения на Западе. Как сказал Дэвид Ноулз: "В течение трехсот лет, с 1050 по 1350 г., и прежде всего в столетие между 1070 и 1170 гг., вся образованная Европа составляла единый и недифференцированный культурный организм. На пространствах от Эдинбурга до Палермо, от Майнца или Лунда до Толедо человек из любого города мог отправиться на учение в любую школу, стать прелатом или служителем любой церкви, любого суда или

университета (когда они были) на севере или юге, востоке или западе. Это эпоха таких людей, как Ланфранк Павианский, Бекский и Кентерберийский [Ланфранк был главным советником Вильгельма Завоевателя и архиепископом Кентерберийским]; Ансельм Аостийский, Бекский и Кентерберийский [Ансельм наследовал своему учителю Ланфранку при наследнике

6 - Берман Гарольд Дж.

161

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

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

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

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

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

162

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

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

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

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

XV вв., путем концептуализации правовых институтов и систематизации права как единого свода знаний, так что справедливость правовых норм можно было продемонстрировать путем показа их соответствия системе в целом.

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

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

6*

163

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

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

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

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

4.

ТЕОЛОГИЧЕСКИЕ ИСТОЧНИКИ ЗАПАДНОЙ ТРАДИЦИИ ПРАВА

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

Что же показывает такое исследование? Из него ясно, что истоки основных институтов, понятий и ценностей западных правовых систем лежат в религиозных обрядах, литургических нормах и доктринах XI--XII вв., которые отражали новые воззрения на смерть, грех, наказание, прошение, спасение, а также и

новые представления об отношении божественного к человеческому и веры к разуму. За прошедшие века эти религиозные воззрения и представления коренным образом изменились, и сегодня их теологические источники, по-видимому, иссякают. Однако сформировавшиеся на их основе правовые институты, понятия и ценности живы и часто ничуть не изменились. Западная наука права — это светская теология, которая часто выглядит бессмыслицей, так как ее богословские послышки уже никто не признает.

165

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

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

СТРАШНЫЙ СУД И ЧИСТИЛИЩЕ

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

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

166

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

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

Так, иудео-христианское убеждение в том, что Господь есть судья, а также и законодатель (ведь Библия занимает "активную" позицию по вопросу божественного правосудия), сначала рассматривалось в церкви

почти исключительно в связи с такими высшими соображениями, как природа и предназначение человека, борьба сил света и тьмы в его душе, объяснение человеческого страдания, смысл жизни и смерти. Не было сделано никакой попытки, да и не было никакой возможности переделать закон государства так, чтобы он соответствовал божественному закону.

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

167

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

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

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

Пока Страшный суд понимался исключительно как начало царства

168

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

Однако в начале XI в. вера в Страшный суд приобрела новое значение благодаря развитию параллельного верования в то, что отдельные души получают промежуточный приговор в момент смерти и что существует время "очищения" между смертью каждого христианина и конечным пришествием божественного судьи.

По-прежнему Страшный суд относили к тому моменту, когда все когда-либо жившие души будут воскрешены, приведены на суд, либо допущены в царство Божье, либо вместе с дьяволом ввергнуты в вечные муки. Чистилище, однако, понималось как временное состояние наказания отдельных христианских душ: ведь крещенные были избавлены от бремени "первородного" (естественного) греха. Тем не менее справедливость требовала, чтобы они в течение определенного времени после смерти отбывали наказание за "личные" (реальные) грехи, не искупленные до конца во время их земной жизни. За редким исключением, считалось, что никакое искупление на земле недостаточно и не избавляет душу от искупления после смерти. Искупление подразумевало уплату определенной цены, а вовсе не постепенное исправление: душа оставалась виновной (то есть в долгу) вплоть до полной уплаты назначенной цены.

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

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

169

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

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

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

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

170

жизни, либо в загробной. Более фундаментальное понимание греха как удаления от Бога и от ближнего

стало играть лишь вторичную роль. Какие именно греховные действия или помышления должны наказываться и какими именно видами или степенями временных мук, решалось в первую очередь нравственным законом, явленным Господом, во-первых, в Писании (божественное право) и, во-вторых, в сердцах и разуме людей (естественное право); однако во вторую очередь это решалось действующими законами церкви. Такие церковные законы следовало выводить из божественного закона и им же верить. В конце концов легализация, так сказать, жизни после смерти привела к осязательному снижению значимости самого Страшного суда. Был сделан совершенно логичный вывод, что все, кто находится в чистилище, будут и в самом деле очищены от вины. Уплатив полную цену, они автоматически войдут в царствие небесное. Таким образом, предполагалось, что установление права должно привести к счастливому концу. По тому же принципу, однако, те, кто предпочел остаться вне системы, например нераскаявшийся христианин и все неверующие, которые сознательно отвергли христианство, были обречены на вечное наказание с момента смерти. Так роль Бога на Страшном суде стала служебной, по крайней мере в отношении душ тех людей, которые умерли до Второго пришествия Христа. Теперь человек начинал занимать центр сцены. Его свобода выбора становилась решающим фактором на его пути к спасению. Этот путь был размечен системой наказаний и наград, протянувшейся от этого мира через следующий, вплоть до конечной цели.

ТАИНСТВО ПОКАЯНИЯ

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

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

171

сильное влияние на позднейшие богословские и юридические сочинения, отождествляет *poenitentia* с *poenam tenere*, "подвергнуться наказанию". Автор утверждает: "Собственно говоря, наказание (*poena*) является болью (*laesio*), которая наказывает и отмщает (*vindicat*) совершенное человеком... Покаяние (*poenitentia*) является, следовательно, отмщением (*vindicatio*), всег-да наказывая в человеке то, о совершении чего он сожалеет". Это был важный перенос центра тяжести с прежнего значения покаяния как дела раскаяния, символизирующего отказ от греха и обращение к Богу и ближнему. Говорилось, что власть священника отпускать грех проистекала из передачи Христом Св.Петру "ключей от Царствия Небесного", вместе с которыми он дал ему власть: "Что свяжешь на земле, то будет связано на небесах, и что разрешишь на земле, то будет разрешено ["развязано". — *Примеч. перев.*] на небесах" (Мф. 16:19). Первоначально имелась в виду исключительно власть налагать или снимать вечное наказание. Однако в XI — XII вв. из того же источника стали выводить и власть налагать наказание в виде покаянных трудов: путем исповеди можно было превратить вечное наказание во временное. Это было куда как далеко от "харизматического" покаяния православной церкви, упиравшей на исцеление и духовный совет. Такая практика также далеко отстояла от дисциплинарных мер покаяния, применявшихся в монастырях Европы в VI—XI вв. (и распространенных затем за пределы монастырей), ибо те меры были значительно менее формальны и в значительно большей степени сохраняли свой "восточный" характер. Кроме того, в тот период дисциплинарные меры покаяния носили чисто местный характер и в зависимости от этого менялись. Наконец, если на Востоке, как когда-то и на Западе, священник только призывал на грешника божье прощение, но не в состоянии был сам объявить его свободным от грехов, после Папской революции на Западе была введена новая формула: "Ego te absolvo" ("Я тебе отпускаю [грехи]"). Поначалу это толковалось как подтверждение священником действия Бога в ответ на раскаяние и исповедь грешника. Однако в XII в. эта формула интерпретировалась уже как исполнительная, то есть обладающая и сакраментальным и декларативным действием.

ТАИНСТВО ПРИЧАЩЕНИЯ

В XI—XII вв. было жестко определено и систематизировано и возвышено празднование причащения, или тайной вечери. Оно стало основным таинством христианства, главным символом принадлежности к церкви. Вопрос о смысле причащения начал горячо обсуждаться в 1050 — 1060-х гг., когда Ланфранк, возглавлявший тогда аббатство Бек в Нормандии и ставший позже архиепископом Кентерберийским,

поставил под сомнение истолкование, предложенное главой соперничающей монашеской школы Беренгаром Турским. Беренгар знаменит главным образом тем, что упорно отстаивал свои взгляды на протяжении добрых 30 лет, и не только против Ланфранка, а против всей партии папы, включая и самого Григория VII. Беренгар заявил, что действительность причащения, его благодатная сила, не зависит от превращения хлеба. Он утверждал, что хлеб остается хлебом, но является "образом" и "подобием" Христа, когда его предлагают и принимают должным образом. Ланфранк, пользуясь аристотелевскими категориями субстанции и

172

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

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

Совершенно явно отношение этих перемен в литургической доктрине и обряде к Папской революции и новым прерогативам священства. В этой связи полезно опять посмотреть на литургию православной церкви. Там и сегодня, как в западной церкви до XI—XII вв., самым важным таинством считается не причастие, а крещение. Крещение воспринимается как великая христианская мистерия, в которой человек раз и навсегда умирает для себя, отвергает дьявола и заново рождается как гражданин небесного царства.

Именно крещение в первую очередь спасает людей от демонов и от смерти. Доктрины "пресуществления" и "реального присутствия" принимались многими восточнохристианскими богословами в XVIII в. и позже, но они никогда не играли центральной роли в православной мысли. Более того, литургия евхаристии в православной церкви, как и в западной церкви до XI—XII вв., связывается не с принадлежностью к зримой, корпоративной церкви, а с общностью с восставшим из мертвых Христом.

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

НОВАЯ ТЕОЛОГИЯ: ДОКТРИНА ИСКУПЛЕНИЯ СВАНСЕЛЬМА

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

173

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

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

систематической теологии. Он оставался главным богословским учебником Запада даже после того, как столетием позже Фома Аквинский написал свою "Summa Theologica".

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

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

174

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

Научно, так сказать, подходя к явлениям, до тех пор считавшимся божественными тайнами, постижимыми только при полном единении разума с интуицией, опытом и верой, "рационалисты" XI—XII вв.

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

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

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

175

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

Ансельмова теория искупительной жертвы, хотя и не была официально принята церковью, была на Западе господствующей не только в XII — XV вв., но и (с некоторыми модификациями) в более позднее время, и не только в католической церкви, но и (с некоторыми модификациями) в протестантской мысли. Более того,

именно эта теория дала западной теологии ее ярко выраженный характер и ярко выраженную связь с западной юриспруденцией.

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

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

Поразительные различия между этими тесно взаимосвязанными концепциями Христовой миссии проявились в религиозном искусстве. Начиная с XI и XII столетий католическое религиозное искусство рисует Христа на кресте и крестный путь. Иконы восточной церкви, напротив, изображают воскресшего Христа, который "попирает дьявола и его воинство, воскрешает Адама и Еву, освобождает патриархов от пут". Аналогичным образом и западные изображения Христа до XI—XII вв. почти всегда, даже на кресте, рисовали его как победный образ, небесного государя, а не только спасителя².

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

176

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

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

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

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

ПРАВОВЫЕ ПОСЛЕДСТВИЯ ДОКТРИНЫ ИСКУПЛЕНИЯ

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

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

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

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

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

178

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

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

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

ТЕОЛОГИЧЕСКИЕ ИСТОЧНИКИ ЗАПАДНОГО УГОЛОВНОГО ПРАВА

Теория Ансельма, утверждавшая, что потребовалось возмещение за то, что человек нарушил честь Бога, отражала больше существующие правовые понятия, чем те, которые вскоре наложилось на эту концепцию. Ансельм понимал возмещение как своего рода самоунижение, вроде такого, каким крепостной пытается умиловить оскорбленного им господина. Самопожертвование Христа преподносилось не так, как было принято позже, особенно после Реформации, то есть в качестве наказания за преступление (где Христос был заменой), а мыслилось как покаяние в старом смысле этого понятия, то есть как дела раскаяния, ведущие к примирению жертвы с обидчиком³⁷. Так как Христос как представитель человека предложил себя в жертву

за его грех, честь Бога была восстановлена и может быть примирена с человеком. Это — выражение лейтмотива уголовного права среди населения Европы до и в течение XI -в. Преступление в целом воспринималось не как проступок, направленный против политического порядка как такового или против общества в целом, а как проступок, направленный против жертвы и тех, кто с ней отождествлялся: сородичей, территориальной общины, феодального класса. Это был также и проступок перед Господом — грех. Нормальным социальным ответом на такой проступок была месть со стороны самой жертвы, или ее сородичей, или другой группы, к которой жертва принадлежала. В то же самое время племенное и местное и феодальное право между VI и XI вв. делало

179

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

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

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

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

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

180

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

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

уголовное преступление, в отличие от гражданского правонарушения, является вызовом самому праву, должно быть наложено не просто обязательство возместить ущерб, а наказание — как цена за нарушение права.

Эту теорию обычно называют "теорией возмездия" или "карательной", поскольку она основана на постулате, что для "отмщения" права надо заплатить "дань", то есть определенную цену. В Соединенных Штатах Америки теория возмездия часто связывалась с отмщением жертвы, а не с отмщением закона, а это совершенно иное дело. Я бы назвал первое "особым возмездием", а второе "общим возмездием".

Исторически именно вслед за Папской революцией западный человек пережил замену особого возмездия (защита чести жертвы) в обосновании уголовного права общим возмездием (защита права). Однако выражение "общее возмездие" не исчерпывает всей глубины этой перемены. Доктрина искупления добавила новые измерения к идеям дани и защиты. С одной стороны, нарушивший закон грешник считался не только грешником, но и правонарушителем, преступником, и потому подлежал не только покаянию, но и расплате за нарушение права; с другой стороны, правонарушитель, преступник, был также и грешником, вина которого состояла не только в том, что он нарушил закон, но и более серьезно, в сознательном выборе зла. Таким образом, наблюдался сильный акцент на нравственное (или скорее безнравственное) содержание поступка, то есть на то греховное состояние духа, в котором преступник его совершил.

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

181

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

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

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

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

182

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

КАНОНИЧЕСКОЕ УГОЛОВНОЕ ПРАВО

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

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

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

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

183

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

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

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

Из принципа, что всякий преступный грех есть нарушение церковного закона, не обязательно следует, однако, что всякое нарушение церковного закона есть преступный грех. Грех есть проступок против Бога. Все нарушения греховны только в таком обществе, где все законы божественные. Так и было в древнем Израиле по закону Моисееву. Это же справедливо и для германских народов Европы до XI в. Проступок против родовой группы, местной общины или феодальных связей был и проступком против Бога (а в дохристианскую эпоху — богов). Это ясно из того факта, что обычным способом судебного разбирательства была апелляция к сверхъестественным силам — обычно в виде ритуальной присяги или испытания. В этом принимало участие и духовенство: прежде чем воззвать к божьему суду, полагалось принять таинство. Слова "грех" и "преступление" были взаимозаменяемы и в "мирском праве", и в "божественном праве".

Однако в конце XI и в XII в. богословы и юристы Западной Европы провели различие между грехами, являвшимися проступками против одного только Бога и подлежащими суду только Бога (например, тайные греховные помышления или желания), и грехами, являвшимися также проступками против церкви, в отношении которых церковь как корпоративное образование и политико-правовой институт имела

184

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

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

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

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

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

185

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

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

Что в новом каноническом уголовном праве непривычно для нового времени, так это использование внешних признаков не только для определения вины в нынешнем смысле (было ли данное деяние преступлением? совершено ли оно обвиняемым?), но и для измерения греховности обвиняемого. Абеляр пошел дальше своих последователей, пытаясь исключить вопрос о греховности: он утверждал, что тяжесть греха следует предполагать по внешним признакам. Другими словами, по мнению Абеяра, церковный суд не должен вдаваться в специальное исследование воззрений, мотивов, нравственного облика обвиняемого, кроме как если такое исследование необходимо для установления нарушения им церковного закона, то есть было ли его деяние достаточно безнравственным и достаточно вредным, чтобы составлять церковное преступление, и имел ли обвиняемый требуемое намерение совершить его; была ли необходимая причинная связь и были ли установлены другие правовые компоненты вины. Его греховный ум (воззрения), сердце

(мотивы) и душа (нравственный облик), непосредственно ведомые Богу, могут быть ведомы церковному суду только через внешние признаки; а потому, утверждал Абельяр, только внешние признаки суд и должен исследовать. Стефан Куттнер указывает, что этот ход мысли мог бы привести Абельяра к концепции преступления, совершенно свободной от понятия греха и от теологии (*theologiefrei*), но Абельяр так и не сделал последнего шага к этой концепции. Вместо этого он использовал неопровержимую презумпцию, то есть вымысел, юридическую фикцию, чтобы преодолеть разрыв между преступлением и грехом. Он заявил, что доступные земным судьям процедуры проверки, несмотря на свою ограниченность, будут приближаться по своим результатам к результатам самого Бога и что попытки достигнуть большего безнадежны. Мнение Абельяра, что греховность может предполагаться, и только, и потому ее не надо брать в расчет, было церковью отвергнуто. Канонисты прежде всего заботились об измерении проступка против Бога. Они усматривали во внешних признаках данный Богом инструмент для этой цели, но шли еще дальше, особо вникая в ум, сердце и душу обвиняемого. Они понимали, что церковное право применяется на земном форуме церкви, а не на небесном, и потому оно должно осуществляться согласно критериям объективности и всеобщности. Несмотря на это, они не видели существенного

186

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

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

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

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

187

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

[предшествующая вина] по отношению к убийству в целях самообороны; и потому решение Александра гармонировало с общей теорией [привилегии] самообороны" .

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

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

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

188

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

Подчеркивая субъективные факторы уголовной ответственности, канонисты использовали различия, сложившиеся в более ранней римской науке права, но превратили их в более сложные и весьма дифференцированные понятия. Такие римские термины, как *imputabilitas* (вменение), *culpa* (вина), *dolus* (злой умысел, преднамеренность), систематически анализировались под углом точного определения состояния сознания субъекта (субъективный аспект) и деталей обстоятельств поступка (объективный аспект). Напротив, римское уголовное право и раньше, и особенно в эпоху Юстиниана, не особенно интересовалось нравственной стороной конкретного преступного деяния; скорее, оно занималось тем, что мы сегодня назвали бы защитой интересов и реализацией правовых постулатов. Значительная часть римского уголовного права разрабатывалась по аналогии с нормами, регулирующими отношения собственности, договоров и возмещения вреда. В послеклассический период, когда усилилась императорская власть, возросло как число видов противоправного поведения, подлежащих императорской юрисдикции, так и суровость санкций. Однако это не сопровождалось акцентом на наказание безнравственности (греха) как таковой. Только в монашеских книгах покаяний моральное негодование и нравственное перевоспитание стали предметом первостепенного правового внимания, и именно на монашеской практике "тщательного и подробного исследования обстоятельств греха... [и] точного исследования намерения в каждом данном случае... и внешних обстоятельств деяния", канонисты конца XI—XII в. построили свои доктрины субъективных и объективных аспектов преступления⁵ .

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

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

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

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

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

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

190

/

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

Касательно мирян церковные санкции также носили не столько физический, сколько моральный и экономический характер: богоугодные дела, пост, возмещение, добрые дела, и в конце концов отлучение, в том числе с откладыванием приговора, с условием, что провинившийся возместит ущерб жертвам, совершит благотворительные поступки или дела благочестия и т.д. На практике принцип возмещения вреда заставлял каноническое право идти на некоторые компромиссы с принципом греховности. Финансовая ответственность налагалась иногда на невиновных третьих лиц, связанных с виновником, — наследников, членов семьи, юридических лиц, ассоциации, особенно если бывали задеты экономические интересы церкви. Западное уголовное право возникло из убеждения, что справедливость сама по себе и в себе, справедливость *an sich*, требует, чтобы за нарушение закона было заплачено наказанием, и что это наказание должно соответствовать нарушению. Считалось, что система различных цен, уплачиваемых за различные нарушения, себя оправдывает. Это была справедливость самого Бога. Эта мысль нашла отражение не только в уголовном праве, но и во всех отраслях нового канонического права начиная с XII в., и она находила все большее отражение в различных отраслях новых светских правовых систем, которые начали развиваться одновременно с ним. Было сказано, что договоры должны соблюдаться, а если не так, следует платить за их нарушение. Гражданские правонарушения должны компенсироваться платой, эквивалентной ущербу. Права

собственности должны восстанавливаться теми, кто их нарушил. Эти и подобные принципы столь глубоко укоренились в сознании, более того, в священных ценностях западного общества, что уже трудно представить себе правовой порядок, основанный на иных принципах и ценностях. И однако современные незападные культуры имеют правовые порядки, основанные на принципах и ценностях иного рода, и так же обстояло дело в культуре Европы до XI—XII вв. В некоторых правовых порядках господствуют идеи судьбы и чести, мести и примирения. В других доминируют идеи завета и общины, в третьих — идеи устрашения и восстановления в правах.

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

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

191

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

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

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

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

192

шедших на Западе в конце XI и в XII в., не поняв, что их характер отчасти происходит от более мистических и романтических тенденций этой эпохи. Символом этих тенденций были не только жизнь и учение таких людей, как Св.Бернар, но и культ Девы Марии (ведь именно она первая милосердно заступится за грешников перед Верховным Судией)⁵ и возникновение рыцарства и куртуазной любви⁵³. В самом праве милосердие утвердилось как принцип под греко-римским именем *aequitas* ("equity", "право справедливости"). В "каноническом праве справедливости" суровость буквы закона должна была смягчаться в исключительных случаях, когда этого требовали добросовестность, честность, совесть или милосердие⁵⁴. Борьба и напряженность между рациональными, научными и формалистическими воззрениями, с одной стороны, и мистическими, поэтическими и харизматическими — с другой, помогают объяснить, почему новой юриспруденции понадобились три поколения, чтобы утвердиться, и многие века, чтобы пройти свой

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

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

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

7 - Берман Гарольд Дж.

193

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

С переносом основных правотворческих и правоприменительных функций в исключительную компетенцию национального государства была заложена основа для отделения юриспруденции от теологии и в конце концов для полной секуляризации правового мышления. Это произошло не сразу, так как господствующая система убеждений на Западе оставалась христианской. Только в XX в. христианские основы западного права были почти целиком отброшены.

Такое развитие событий является историческим следствием западного убеждения, впервые изложенного Св.Ансельмом, что сама теология должна изучаться независимо от откровения. Ансельм не собирался возвышать разум за счет веры. Однако, как только разум отделили от веры в целях анализа, эти два понятия стали разделять и для других целей. Постепенно стала общей идея, что разум способен функционировать и сам по себе, а в итоге — без каких-либо основополагающих религиозных убеждений вообще.

В результате такого же хода мысли было постепенно признано само собой разумеющимся, что право как продукт разума способно функционировать как инструмент светской власти в отрыве от высших ценностей и целей; и не только религиозная вера, но и страстная убежденность стали считаться личным делом каждого. Так не только правовая мысль, но и само здание западных правовых институтов было снято со своего духовного фундамента, а этот фундамент лишился когда-то возвышавшегося над ним строения.

5.

КАНОНИЧЕСКОЕ ПРАВО: ПЕРВАЯ ЗАПАДНАЯ СИСТЕМА ПРАВА НОВОГО ВРЕМЕНИ

Утверждая, что впервые была создана система канонического права, или, иначе говоря, право церкви стало систематизированным, в течение полутора веков между 1050 и 1200 гг., мы вовсе не отрицаем существование правового порядка в церкви с ее зарождения. Сам Новый завет, особенно в Посланиях апостола Павла и Деяниях апостолов, свидетельствует, что внутри христианской общины существовали юридически конституированные власти, которые провозглашали и применяли нормы, касающиеся учения церкви, богослужения, морали, дисциплины и структуры церкви. С давних времен старейшины (епископы) судили споры между христианами и налагали санкции за совершенные ими проступки. Такие книги, как "Didache" I в., "Didascalia Apostolorum" ("Учения апостолов") III в. и "Constitutiones Apostolorum" ("Предписания апостолов") IV в., содержали многие церковные нормы, предназначенные регулировать поведение и служить основой церковного судебного разбирательства. В III и IV вв. местные церковные

соборы (синоды) в Северной Африке и в Арле издавали законы, а в 325 г. в Никее состоялся первый вселенский (экуменический) собор, который принял много законов. В то время греческое слово *kanon*, первоначально имевшее значение "прямой прут", затем "измерительная палочка", а впоследствии "правило" или "норма", стало приобретать специальное правовое значение — закона, изданного синодом, вселенским собором или даже отдельным епископом. (Слово "канон" стали также использовать для обозначения истинного, или "канонического", списка книг Святого писания наравне со списком лиц, законным образом признанных, или канонизированных, святыми. Еще одно значение относится к "каноникам" — членам соборного капитула, уполномоченным местным епископом служить в храме.)

На протяжении столетий число канонов, изданных синодами и вселенскими соборами, а также отдельными епископами, множилось, и их время от

7*

195

Заключение

ЗА ПРЕДЕЛАМИ МАРКСА, ЗА ПРЕДЕЛАМИ ВЕБЕРА

Конкретный материал, изложенный в этой книге, хорошо известен специалистам в различных областях истории и права. Однако повествование как целое крайне необычно и во многих отношениях противоречит традиционным, устоявшимся представлениям. Оно противоречит обычной периодизации истории Запада. Оно рассматривает историю западной цивилизации как целое, а не как историю отдельных наций. Оно усматривает современные черты в том, что в общем считается досовременной эпохой. Оно отрицает преимущественно феодальный характер того феномена, который обычно называется эпохой феодализма, и рассматривает феодальное и манориальное право как типы права, скорее дополняющие, а не противостоящие торговому, городскому и королевскому праву. Оно возводит корни западной традиции права к решительному отделению церковного политического образования от светской власти и к формированию внутри церкви современной западной правовой системы. В этих и других отношениях повествование, рассказанное здесь, должно прийти в противоречие с широко принятыми исходными посылками, взглядами и теориями, затрагивающими не только историю Запада, но также и природу самой истории. Эти исходные посылки, взгляды и теории предполагают совершенно иное повествование, которое фактически не подтверждается специальными историческими исследованиями последних двух поколений. Поэтому на этих заключительных страницах необходимо прямо выступить против некоторых теоретических препятствий для полного понимания формирования западной традиции права и сформулировать некоторые теоретические выводы из повествования, изложенного в этой книге.

Большинство образованных людей все еще делают историю Запада на периоды классической античности, упадка и гибели Римской империи, средних веков и Нового времени (начиная с Возрождения и Реформации). Они склонны рассматривать Новое время под углом зрения истории отдельных

504

аций, составляющих западную цивилизацию, а на средние века смотрят как а субстрат, из которого возникло Новое время. Тот факт, что Ренессанс Реформация XV и XVI столетий были направлены против более ранних орождения и Реформации XI и XII столетий, только начал вновь входить историческое сознание, с тех пор как Запад переживает окончание не только Нового времени, но также и всего тысячелетия, половину которого оно составляет. Наконец, становится все более широко признанным, что более ранние Возрождение и Реформация представляли собой первый великий поворотный пункт в истории Запада, являвшийся источником не только западной традиции права, но и других главных аспектов западного социального мышления и деятельности.

Заблуждения традиционной периодизации истории Запада тесно связаны с гипертрофированным национализмом XIX столетия, когда впервые стали писать научную историю. На деле смыслом появления научной истории было во многом стремление проследить развитие собственной нации какого-либо автора от племенных и феодальных истоков к славе и величию тогдашнего времени. Сегодня националистическая историография во многих областях отстывает. Однако в праве, и особенно в английском, националистическая историография все еще господствует. Подчеркиваются отличительные черты каждой национальной правовой системы в рамках западной цивилизации, а их общие черты затушевываются.

Несмотря на их общие источники, каждая национальная правовая система на Западе все еще превозносится ее приверженцами за ее неповторимые качества, которые, как утверждается, соответствуют уникальному характеру и уникальной истории конкретной нации, правом которой она является. Истоки сравнительного права лишь в слабой мере противодействовали этой тенденции с их традиционным делением западных правовых систем на "континентальные европейские" и "англо-американские". В последнее время была добавлена новая "семья" — "социалистическое право" Советского Союза и Восточной Европы. Истина, однако, состоит в том, что все они являются ветвями одного и того же семейного дерева. Все западные правовые системы — английская, французская, германская, итальянская, польская, венгерская и другие (включая с XIX столетия русскую) — имеют общие исторические корни, из которых они выводят не только общую терминологию и общие методы, но также и общие понятия, общие принципы и общие ценности.

Помимо влияния националистических заблуждений, правовая историография страдала также от заблуждений религиозного характера, как протестантских, так и католических, которые мешали видеть преемственность между католическими средними веками и постреформационной современной европейской историей. К ним добавились также заблуждения Просвещения, которое открыло, что Возрождение было явлением, одновременным с Реформацией, а также заблуждения марксистской теории, открывшей, что рост капитализма имел место одновременно с Возрождением и Реформацией. Непонимание преемственности между средневековьем и современностью помешало также увидеть разрыв преемственности между периодами до и после Григорианской реформы католической церкви в конце XI и начале XII столетия. В результате совершенно забылось, что субстратом западной правовой тра-

505

линии было хоммунитарное народное право германских, кельтских и других народов Европы VI—XI вв. Понять формирование западной традиции права помешало также возникновение в конце XVIII — начале XIX столетия другой разновидности историографии, тесно связанной с новой наукой — социологией. Эта новая историография иногда называется "социальной и экономической историей" и иногда "социальной теорией". Среди ее пионеров были Монтескье, Гегель, Сен-Симон, Конт, Токвиль и др. Ее более поздними мэтрами были Карл Маркс в середине XIX столетия и Макс Вебер в конце XIX — начале XX в. Эти теоретики общества, в отличие от ученых-историков, стремились объяснить историю с точки зрения социальных и экономических сил, действовавших за фасадом политических и идеологических событий. Ученые-историки рассматривали этих теоретиков как "ненастоящих" историков, однако теоретизировали они на предмет настоящей истории, а именно истории Запада.

Теоретики общества XIX — начала XX столетия особенно интересовались объяснением революций, периодически прерывавших ход социальной эволюции. Маркс в особенности разработал всеобъемлющее понятие революции, которое развивает и данная монография. Он видел революцию как тотальную социальную, экономическую, политическую и идеологическую трансформацию общества и самого человека. Однако исторический материализм Маркса вел к упрощенному объяснению причин великих европейских революций и ограниченному определению общественных классов по принципу их отношения к средствам производства. Поэтому он ошибочно понял протестантскую Реформацию и целиком упустил из вида Папскую революцию. Кроме того, Маркс прямо экстраполировал историю европейских народов на историю человечества без достаточного учета важности опосредующей роли культур, например западной, исламской, китайской. Как отмечает Роберт Та-кер, "для Маркса реальная общественная единица — это человечество в целом как вид... все социальные революции — это мировые революции"². Таким образом, Маркс неосознанно отождествлял историю Запада с мировой историей. Его знаменитое выражение: "Революции — это локомотивы истории", которое было справедливо для Запада, не было в то время справедливо для незападных культур. Но отчасти и оттого, что такое высказывание было им сделано, оно с тех пор стало верным для некоторых незападных культур.

Несмотря на бунт против традиционной историографии, теоретики общества просто приняли господствовавшую периодизацию истории Запада. Считалось, что она разделяется на средние века, начавшиеся в неопределенное время в прошлом, и Новое время, начавшееся приблизительно в XVI (а может, в XVII, в XVIII) столетии. Однако при этом их не оставляло предчувствие, что современный период новой западной истории сменится какой-то новейшей эпохой.

Теоретики общества усматривали в социально-экономическом строе средних веков конкретное содержание. Они называли их эпохой "феодализма". Новое время, в противоположность этому, стало рассматриваться как эра "индивидуализма" или "капитализма", в зависимости от того, что считалось первичным: социальные или экономические ценности. Теоретики общества стремились проанализировать последовательные типы общественного строя и объяснить, как и почему они появились. Они использовали исторический и

506

сравнительный метод для создания универсальной науки социальной эволюции. Маркс утверждал, что любое общество движется в направлении перехода от "азиатской" или рабовладельческой экономики к феодализму, от феодализма к капитализму, а от капитализма к социализму. Эту последовательность он считал неизбежным следствием динамики классовой борьбы. Понятие феодализма было центральным в этой теории, утверждающей, что из конфликта между крестьянством, привязанным к земле, и феодальным господствующим классом в конечном счете возник новый конфликт между промышленным пролетариатом

и капиталистическим господствующим классом, а из этого последнего столкновения суждено выйти бесклассовому социалистическому обществу.

Многие немарксисты также приписывали феодализму универсальную значимость, рассматривая его как стадию в развитии многих культур. Считается, что японская и русская культуры в особенности пережили феодализм в течение "средневекового" периода своей истории. Исследование феодализма как общемирового явления дало интересные и ценные результаты, однако оно слишком универсально, чтобы дать нам точное знание. За ним таится этноцентристский вопрос: "Какие черты средневековых западных обществ имеют существенное значение для универсального определения феодализма?" Большинство специалистов в области социальной и экономической истории подчеркивали четыре таких признака: подчиненное крестьянство, привязанное к земле (серваж); специализированный военный класс (рыцарство); раздробленная политическая власть, находящаяся в руках земельной аристократии (сеньория); и распределение власти и привилегий среди аристократии посредством системы вассалитета и зависимого ленного владения земель (феоды). Затем они искали параллели в других культурах. Это может быть названо формой научного империализма.

Из большинства традиционных определений феодализма опущено всякое упоминание о: 1) системах верований людей, живущих при феодализме; 2) соотношении церковных и светских властей в феодальных системах; 3) типах правовых теорий и правовых институтов, господствовавших в феодальных обществах. Эти пробелы оставляют исследователя без каких-либо ориентиров для оценки общего значения идеологии, политики и права при феодализме. Хотя, по меньшей мере применительно к западному феодализму, нет сомнения, что все три феномена играли важнейшую роль в социальном строе, взятом как целое. Даже если рассматривать идеологию, политику и право в качестве определенной надстройки на экономическом базисе феодального способа производства, остается ключевой вопрос: "Как и почему западный феодализм создал тип надстройки, весьма отличный от японского или русского феодализма?"

Для Маркса существенными элементами феодализма были, во-первых, мелкое сельскохозяйственное производство с зависимым землевладением (мелкое производство) и, во-вторых, подчиненное крестьянство, привязанное к земле (крепостное право). Это позволяло господствующему феодальному классу извлекать прибавочную стоимость из крестьянского труда. Другие аспекты феодального землевладения в том виде, как они существовали на Западе в период его расцвета, такие как вассалитет, рыцарство и раздробленная публичная власть, не являлись для Маркса определяющими чертами феода-

507

лизма. Он видел феодализм, как и капитализм, сквозь призму его конфликтов, а не внутренних взаимосвязей. Больше того, Маркс не проявлял интереса к тому факту, что важную роль в экономике феодальной эпохи на Западе играли деньги и торговля и что в XII и XIII столетиях наряду с мелким производством существовала процветающая городская цивилизация с тысячами городов. Нынешние марксисты по меньшей мере этого не отрицают (не могут отрицать), но они в общем не признают, что это имеет большое значение. Они продолжают опираться на постулат Маркса о непримиримом антагонизме между более или менее статичными, натуральными формами сельскохозяйственного производства и расширяющимися на основе торговли городскими экономическими формами, что в конечном итоге приводит к свержению первых (феодализма) вторыми (капитализмом).

К несчастью для этого марксистского анализа, феодальный способ производства, т.е. манориальная система, потерпел крах по всей Европе к концу XIV столетия, а капиталистический способ производства, как определял его Маркс, появился только в XVII или самое раннее в XVIII столетии. Тем самым остается "переходный" период продолжительностью около трех или четырех столетий, в течение которого развивалась централизованная государственная власть, а именно абсолютные монархии Европы. Функцией новых национальных государств, согласно марксистской теории, было подавление крестьянства, "поскольку местные органы феодальной власти больше не существовали"³. Таким образом, утверждается, что, хотя политическая система изменилась полностью, социально-экономическая система осталась той же самой. "Господствующий класс, — говорит один из ведущих марксистских историков, — оставался тем же самым, точно так же, как республика, конституционная монархия и фашистская диктатура равно могут быть формами господства буржуазии"⁴. Действительно, при таком подходе история пишется очень размашисто! В основе марксистской интерпретации феодализма лежит постулат, что политическое господство есть, по существу, орудие, с помощью которого экономически властвующий класс обеспечивает свое доминирование. Следовательно, форма, которую принимает политическое господство, и особенно правовая форма, является лишь инструментом такой классовой власти. Как писал соратник Маркса Фридрих Энгельс, "юрист воображает, что оперирует априорными положениями, а это всего лишь отражение экономических отношений"⁵. Утверждается, что экономика, а точнее, экономические интересы господствующего класса составляют "материальный базис" всякого общества. Политика и право являются лишь частью "идеологической надстройки", которая создается базисом, отражает его и служит его сохранению.

Эта схема не выдерживает, однако, столкновения с тем фактом, что право при так называемом феодализме не только поддерживало господствовавшие отношения власти и подчинения между господином и крестьянином, но также бросало им вызов. Право было орудием не только укрепления, но также и ограничения власти феодальных господ. Первые профессиональные юристы Запада — профессора в университетах, судьи, юристы на службе у пап, епископов или императоров, королей и феодальной

аристократии — поднимали вопрос, когда и каким образом воля правителя, если она противоречит праву, может не признаваться. Это был не просто философский вопрос. Это

508

был вопрос, заключенный в самой создававшейся тогда системе политической власти, которой было присуще то, что сегодня было бы названо "сдержками и противовесами" и что вытекало из дуализма и плюрализма политических властей в рамках одного и того же социального и экономического строя. Более искушенные марксистские историки признают существование традиции "законности" и "верховенства права" на Западе, но, за немногими исключениями, утверждают, что она не имеет основополагающего исторического значения. Они, как, например, Родни Хилтон, допускают, что возникновение в Западной Европе в XII и XIII столетиях политически и юридически автономных городских сообществ отличало "европейский феодализм... от других его форм"⁷. Но, добавляет далее Хилтон, было бы ошибочным ассоциировать коммунальную независимость с развитием нового капиталистического способа производства или с какими-либо существенными изменениями в классовых отношениях господ и крестьян. Поэтому, делает он вывод, это не имеет теоретической важности. То же самое он в общем сказал бы и о законности. Право и даже политика, с его точки зрения, являются частью надстройки, частью идеологии, т.е. они отражают, но не определяют состояние экономических сил в обществе. Последние составляют основополагающую реальность ("бытие"), право, по его определению, сюда не относится — оно только часть "сознания". Эта догма определяет характер всей аргументации.

Однако если различные формы феодализма, по словам Хилтона, обуславливают различные правовые системы, то что же сделало феодальное право в Западной Европе, например, столь отличным от феодального права России или Японии? Что породило на Западе феодальный договор с его взаимностью прав и обязанностей между господином и вассалом; ленничество с его дарованием владения на условиях службы; манориальную курию, в которой хозяин манора, бейлиф и другие должностные лица, с одной стороны, и крестьяне — с другой, регулировали свои конфликтующие классовые интересы? Наверняка это был не феодализм как таковой, ибо феодализм успешно существовал и в других странах без этих правовых понятий и институтов.

Но больше того, само развитие экономической системы в Западной Европе очень отличалось от экономического развития России и Японии. Поэтому не могли ли различия в правовых системах этих трех культур играть важную роль в изменениях в экономических системах, а не наоборот? Если так, то схема базиса и надстройки становится весьма проблематичной. Фактически развитие права на Западе в период существования того, что называется феодализмом, включая конституционное право, право собственности и другие составные части правовой системы, было существенной предпосылкой для экономических изменений с XVII по XIX столетие, которые марксисты отождествляют с капитализмом.

Историография имеет основополагающее значение для теории. Если историография ошибочна, теория терпит крах вместе с ней. Если главные черты современного западного права, главные правовые понятия, институты и процессы возникли в конце XI и в XII столетии — в зените того явления, которое теоретики общества, начиная с Просвещения и Французской революции, называют эпохой феодализма, тогда этот факт сам по себе является веским опровержением традиционного материалистического взгляда как на право, так и на историю.

509

Для тех, кто не является историческим материалистом, это опровержение может не представлять интереса. Однако речь идет не только об историческом материализме. Различие между феодализмом и капитализмом приобрело важное значение для модернистов вообще и особенно для тех, кто считает Новое время прелюдией к новому и совершенно иному будущему. В этом контексте понятие феодализма переводится в понятие традиционных обществ или доиндустриальных обществ, которые считаются более или менее статичными, более или менее природно-обусловленными, тогда как капитализм, а теперь и социализм ассоциируются с динамичными обществами, характеризующимися "модернизацией" и "индустриализацией". Так, по-видимому, смотрят сегодня на мир очень многие образованные люди. Однако в действительности Западная Европа в период с конца XI до начала XVI столетия была традиционным обществом, переживавшим быструю и динамичную экспансию и развитие в экономике, а также во многих других сферах социальной жизни. Это противоречит точке зрения, разделяемой не только многими марксистами и неомарксистами, но также теоретиками общества других школ. Так, антимарксистский историк-экономист Ю. Ростоу утверждал, что нынешние традиционные общества в Азии и Африке сами по себе неспособны на существенные сдвиги и что они нуждаются во "внешнем толчке" или "стартовой помощи" в виде резкого увеличения капиталовложений и создания новой предпринимательской элиты. Это соответствует распространенной (но ошибочной) точке зрения, что феодальная экономика средневековой Европы оставалась статичной до того, как она получила внешний толчок от расширения городов и торговли в XVI столетии. В действительности в конце XI — начале XII столетия произошел огромный рост сельскохозяйственного производства. Историки ныне говорят о "первом феодальном периоде" и "втором феодальном периоде". Затем в XIV столетии наступил закат вассальных отношений, отмерла манориальная система, а земельная рента и другие формы отношений собственности были использованы для создания того, что гораздо позже было названо "сельскохозяйственным

капитализмом".

Английский историк-экономист Перри Андерсон попытался объяснить с марксистской точки зрения тот факт, что только в Европе капитализм возник из феодализма. Он связал это развитие с отличительными чертами европейского феодализма, которые другие марксисты часто рассматривали как составную часть скорее надстройки, чем экономического базиса. Андерсон утверждает, что различие между надстройкой и базисом не применимо к феодализму. "В докапиталистических обществах, — отмечает он, — "надстроечные явления" родства, религии, права или государства по необходимости входят в определяющую структуру способа производства .

Как представляется, признание единства права и экономики в феодальной Европе ставит под сомнение весь марксистский анализ. Впрочем, марксистское различие между базисом и надстройкой может быть спасено другим способом, а именно путем ограничения его применимости периодами краха общественной структуры. Думается, марксисты согласятся, что во всех обществах экономические и правовые институты тесно переплетены. Например, собственность (право собственности) естественным образом имеет и экономический и правовой аспекты, которые неразрывно взаимосвязаны. Тем не

510

менее в определенные эпохи может произойти разрыв этих двух аспектов, и, возможно, Маркс имел в виду именно такие эпохи, когда он различал собственность в экономическом смысле, а именно экономическую власть, и собственность в правовом смысле, т.е. право собственности. В самом деле, ключ к правильному пониманию Марксовой социальной философии, возможно, состоит в том, что он интерпретировал всю историю в свете теории, которую следовало бы применять главным образом к революционным эпохам. Это помогло бы также объяснить, почему Маркс перенес идею причинности, характерную для XIX в. и выведенную из естественных наук, на историческое развитие. Он искал научные законы истории, аналогичные научным законам физики и химии, и нашел такие законы в историческом материализме, например закон, что в каждом обществе способ производства обуславливает классовые отношения между собственниками средств производства и несобственниками, что в свою очередь определяет политическое развитие общества. Эта монистическая формула, которая представляется сверхупрощенным методом объяснения сложных явлений в нормальной социальной жизни, исполняла две важные функции в философии Маркса: объясняла революционные истоки существующих институтов и идеологических представлений и давала основу для революционной атаки на них. Сегодня, однако, теории причинности даже в физике и химии являются более сложными, а в социальной теории стало все труднее говорить о законах причинности вообще. Более уместно и полезно говорить о взаимодействии политики, экономики, права, религии, искусства, идей без расчленения этих нераздельно взаимосвязанных сторон общественной жизни на "причины" и "следствия". Это не означает, что мы отрицаем тот факт, что какие-то цели и интересы важнее других. Нет необходимости отступать с позиций детерминизма на позиции релятивизма. Истина, по-видимому, состоит в том, что экономические факторы более весомы в одни эпохи и в одних регионах мира, политические факторы — в других, религиозные — в третьих, правовые — в четвертых и так далее и что решающее значение во все времена и во всех регионах имеет способ взаимодействия этих различных факторов.

С этой точки зрения блестящие, хотя часто нечеткие по смыслу работы по праву крупного немецкого обществоведа Макса Вебера (1864—1920) продвинулись вперед по сравнению с классической марксистской мыслью. Вебер отверг то, что он именовал "эволюционным догматизмом марксизма", особенно утверждение Маркса, что все общества проходят через последовательные стадии развития от "азиатского", или рабовладельческого, способа производства к феодализму, капитализму и социализму. Он также отверг марксистский исторический материализм с его экономическим детерминизмом. "Если мы посмотрим на причинные связи, — говорил он в 1910 г., — то увидим, что они ведут в один период времени в направлении от технических факторов к экономическим и политическим, в другой — от политических к религиозным и экономическим (ets). Нет остановки в движении. По моему мнению, часто высказывавшаяся точка зрения исторического материализма, что экономика является в некотором смысле первичным звеном в цепи причин, полностью исчерпала себя как научное положение" .

Больше того, Вебер, в противоположность Марксу, подчеркивал уникальный характер современного западного общества и "универсальную важ-

511

ность и значимость направления его развития" . Он объяснял неповторимость и значимость современного западного общества уникальными факторами, которые имели место уже в досовременный, докапиталистический, до-протестантский период европейской истории. Для Вебера западный феодализм, средневековый западный город и другие черты "традиционного" (в противоположность "рациональному") средневекового западного общества заключали в себе силы, которые отсутствовали в традиционных обществах других мировых культур и которые в конечном счете оказались способны трансформировать Запад .

Таким образом, Вебер смог осознать неповторимый характер и уникальную важность раннего развития западного права, а также его значения для следующего экономического развития. Только Запад, утверждал он, имел опыт вполне развитой системы народного правосудия, правовое регулирование статусных групп

при феодализме, механизм конституционного контроля над властью государя со стороны сословий. Только на Западе произошла замена системы личных законов "естественным правом", а также имели место последовательные рецепции римского права. "Все эти процессы... имеют в других частях мира лишь самые отдаленные аналогии, — писал он. — Поэтому нигде, кроме Запада, не была вполне достигнута ступень, на которой право в решающей степени формировалось подготовленными специалистами права".
Существование высокоразвитых, рациональных правовых институтов было, с точки зрения Вебера, необходимой предпосылкой возникновения капитализма. "Экономические условия, — писал он, — как мы видели, играли огромную роль в развитии общества, но нигде они не были решающими исключительно и сами по себе... Для тех, кто имел интересы на товарном рынке, рационализация и систематизация права в целом и... растущая возможность рассчитать функционирование правовых процессов, в частности, составляли одно из наиболее важных условий для существования... капиталистического предприятия, которое не может действовать без правовых гарантий".

В том, что Вебер отказался от марксистской концепции экономического детерминизма и от универсальной схемы социально-экономической революции или, по крайней мере, внес в них существенные оговорки, подчеркнул уникальность "универсальной важности и значимости" истории Запада, включая историю западного права, проявилось влияние первоначального юридического образования Вебера. Особенно важно было то, что он изучал теорию европейского права. Его первая ученая степень была по праву, он начал свою деятельность с работы в берлинских судах. Затем Вебер вернулся в университет для получения более высокой ученой степени по праву, написав диссертацию о влиянии коммерческого права на торговые компании и ремесленные цехи в итальянских и других европейских городах с XII по XV столетие. После этого в возрасте тридцати лет он получил должность ординарного профессора экономики во Фрайбургском университете, а двумя годами позже стал профессором социологии в Гейдельбергском университете. Хотя впоследствии он прославился как социолог, и особенно как политолог и религиовед, его социологические теории всегда в большей мере опирались на правовую историю, и среди его наиболее важных работ была книга по социологии права.

Карл Маркс, напротив, хотя он также (на шестьдесят лет раньше Вебера) получил свою первую ученую степень в области права, обучаясь в Бер-

512

лине у крупнейшего юриста Карла Фридриха фон Савиньи, восстал не только против исторического подхода Савиньи к праву, но и вообще против истории права и науки права.

Влияние Вебера как теоретика общества, и особенно как социолога права, обусловлено главным образом его классификацией всех обществ на ряд типов. Каждому типу общества соответствуют определенные типы экономики, политической системы, права, религии и стиля в искусстве. Тем самым Вебер смог создать целостную картину структурных элементов конкретного типа общества и их взаимодействий. Однако различные типы общества описывались не как действительно существовавшие исторические типы, а скорее как "идеальные типы", т.е. модели или парадигмы. Вебер утверждал, что их не следует искать в истории в "чистом" виде. Они не мыслились и как голые теоретические конструкции, а должны были хотя бы в приблизительной степени соответствовать действительному историческому опыту. Например, в идеальном типе права, характеризующемся как "формальной рациональностью", право предстает как логически взаимосвязанная система абстрактных норм, на основе которой существенные факты конкретного правового дела или правовые проблемы могут быть квалифицированы, а последние — разрешены. Этот тип права, по Веберу, служит потребностям капиталистической экономики и находит выражение во многих чертах реально существовавших правовых систем капиталистических стран Запада.

Тем не менее, говорил Вебер, праву Англии, ведущей капиталистической страны Европы в XIX столетии, не была присуща формальная рациональность. Оно было примером частично "традиционного" типа права (основанного на унаследованной вере в священность духовных традиций) и частично "харизматического" типа (основывающегося на признании особо выдающихся качеств отдельных личностей, особенно судей). Таким образом, как представляется, различие между тремя идеальными типами права — формально рациональным, традиционным и харизматическим — имело целью, с одной стороны, выделить основные черты действительно существовавших правовых систем. С другой стороны, когда это различие оказывается не соответствующим исторической реальности, веберовцы могут ссылаться на его аналитическую или "эвристическую" ценность. Тот факт, что какая-либо конкретная система может подпадать частично под один и частично под другой идеальный тип, не смущает их.

Неопределенность понятия идеальных типов проявляется также в том, что они хорошо поддаются подтверждению историческими примерами, и плохо — опровержению. Сам Вебер использовал их то как описания действительно существовавших общественных систем, а то как простые аналитические конструкции.

Помимо трех идеальных типов права — формально рационального, традиционного и харизматического — Вебер постулировал также четвертый — "ценностно-(формально)-рациональный". Формальная рациональность в праве означает формулирование и применение абстрактных норм в процессе логического обобщения и толкования. Ее центр тяжести состоит в сосредоточении и рационализации логическими средствами всех юридически действительных норм и формировании из них внутренне согласованного комплекса правовых установлений. Напротив, ценностная рациональность ставит на первое

место не логическую согласованность, а этические соображения, полезность, целесообразность и политические цели. То же самое различие между формальной и ценностной рациональностью применялось Вебером к экономической деятельности: первая относилась к расчетам в экономике, вторая — к реализации в ней этических, политических, утилитарных, эгалитарных, гедонистических и других необходимых ценностей или целей. Однако ценностная рациональность в праве или экономической деятельности не соответствует какому-либо историческому типу общества (хотя Вебер усматривал ее возникновение в "антиформалистских тенденциях современного правового развития" и, возможно, в будущем социалистическом обществе), тогда как формальная рациональность как в праве, так и в экономике считалась им присущей социальному действию вообще в капиталистическом обществе, начиная с XVI столетия.

Аналогичным образом традиционное право, говорил Вебер, присуще традиционным обществам, а харизматическое — харизматическим. Он определяет термин "традиционное" как "определяемое укоренившейся обычной практикой". В праве, во всяком случае, термин "традиционный", по-видимому, соответствует тому, что называется "обычно правовым". При "традиционном типе господства" легитимность основывается на "священности вековых норм и властных полномочий". "Повинуется не законодательным нормам, а лицу, занимающему пост в иерархии власти в силу традиции или выбранному на этот пост традиционным правителем". Право не заявляет открыто о своей новизне. Нововведения можно легитимировать, только облекая их в авторитетом прошлого. Формами традиционного господства являются геронтократия (правление старейших), патриархализм и патримониализм. Примерами служат древние Китай, Египет и ислам. Феодальная власть, согласно Веберу, имеет многие черты патримониальной, и поэтому традиционной, власти, хотя "западный феодализм является маргинальным случаем патримониализма". Термин "харизматический" определяется как "основанный на благоговейном отношении к святости, героизму или выдающемуся характеру какой-либо индивидуальной личности и к нормативным образцам поведения или порядка, открытым или дарованным им". Возможно, это наименее четко понимаемый Вебером тип господства. Слово "харизма" означает "дар божьей милостью", оно использовалось в первые христианские столетия для обозначения способности исцелять, которую дарует христианину Святой Дух. Крупный немецкий историк права Рудольф Зом использовал термин "харизматический" для обозначения понятия священной благодати, которая лежала в основе права церкви до XII столетия. Вебер заимствовал этот термин у Зомы и применил его ко всем индивидуальным личностям, "наделенным сверхъестественными, сверхчеловеческими или по меньшей мере особо исключительными способностями или качествами". Вебер относил к ним не только "спасителей, героев и пророков", но также магов, шаманов и демагогов, утверждая, что "свободный от ценностных пристрастий анализ рассматривает их всех с одних и тех же позиций".

Вебер утверждал, что рациональное господство, особенно та его разновидность, которую он называл бюрократической, "подчинено нормам, поддающимся анализу разумом, тогда как харизматическое господство иррационально в том смысле, что оно чуждо всем нормам. Традиционное господство

514 связано прецедентами из прошлого и ориентировано на нормы. Харизматическое господство в своих притязаниях отвергает прошлое и в этом смысле является конкретной революционной силой"²². Следует, видимо, также полагать, что не может быть такого явления, как харизматическое право. Однако Вебер избегает этого вывода, утверждая, что, хотя "в своей чистой форме харизматическое господство имеет характер, чуждый повседневным установившимся структурам", оно тем не менее может быть трансформировано в такие структуры, может быть "рутинизировано". Действительно, поскольку оно по своему существу нестабильно, оно должно пережить такую трансформацию, если ему суждено выжить, становясь "либо традиционализированным, либо рационализированным, либо тем и другим". Вебер нашел примеры такой "рутинизации харизмы" в античном римском обществе, буддийском и индуистском обществах, католической церкви, германском родовом и сельском обществе и в других областях. В одном месте он высказал предположение, что все типы господства и права были первоначально харизматическими. Наделенные харизматическими качествами люди открывали не только нормы права для конкретного случая, но также и нормы для всех будущих подобных случаев. "Такое открытие права... является источником всех типов правоуста-новления", — писал Вебер. Более того, "черты харизматической эпохи создания и нахождения права в значительной мере сохранялись во многих институтах периода рационального издания и применения права... Еще Блэкстон называл английского судью разновидностью оракула..." Веберовское понятие рутинизации харизмы вводит динамический элемент в то, что без него является, по существу, статичной моделью. Другой динамический элемент — переход от традиционного к рациональному типу господства и права, при котором слой юридически подготовленных специалистов традиционного общества играет важную роль в систематизации права для удовлетворения потребностей нового рационального и бюрократического общества. Выявляется, однако, что только Запад действительно в силу внутренних импульсов прошел путь от традиционного к рациональному, бюрократическому типу общества. Вебер находит источник и этого развития в неповторимых событиях западной истории, а не в

общей тенденции или "законе развития" традиционных обществ. Вебер заявляет, что "с теоретической точки зрения общее развитие права и правового процесса может рассматриваться как проходящее через последовательные стадии", и затем он перечисляет несколько стадий, приблизительно соответствующих харизматическому, традиционному и формально-рациональному типам. Однако вслед за этим он тут же утверждает, что "в исторической реальности теоретически сконструированные стадии... не везде следуют в только что приведенной последовательности, даже на Западе"

Если абстрагироваться от веберовской социологии и классификации и рассматривать только его описание специфических черт западных правовых институтов, то производит впечатление огромное количество подробной информации, которую он приводит по истории западного права в течение восьми веков его развития. Он подтверждает многие из основополагающих фактов, составляющих фундамент настоящего исследования, а именно что: борьба за инвестицию конца XI — начала XII столетия заложила основу для разделения церкви и государства; новое каноническое право XII столетия было

17*

515

первой современной западной правовой системой; взаимность прав и обязанностей сеньора и вассала отличала западный феодализм от феодализма в других обществах; западный город, начиная с XII столетия, был уникален, предоставляя своим гражданам конституционные права. Однако историография Вебера помешала ему сделать верные выводы из этих фактов. Вебер постулировал резкий разрыв в XVI столетии между средними веками и Новым временем и между феодализмом и капитализмом. Для Вебера, как и для Маркса, западное право есть буржуазное, капиталистическое право или, используя специальную веберовскую терминологию, бюрократическое, формальное право.

Если применить веберовскую классификацию идеальных типов права к реально существовавшим правовым системам Запада в том виде, как они возникали в конце XI — начале XII столетия, то бросается в глаза тот факт, что в каждой из этих правовых систем все четыре идеальных типа права были соединены. Новое каноническое, городское, феодальное, манориальное, торговое, королевское право — все они подчеркивали важность норм и логической последовательности в применении. Действительно, если обратиться к праву, преподававшемуся в университетах, то можно увидеть семена теоретической юриспруденции немецких пандектистов XIX в., которая для Вебера была апофеозом формально-рационального, бюрократического права. Все эти виды права подчеркивали также важность прецедента и обычая, которые были для Вебера признаками традиционного права. Кроме того, каноническое и королевское право в особенности имело сильные харизматические элементы, рассматривая папу или короля в качестве богоданного оракула права; другие системы также сохраняли многие связи с божественным и часто магическим. Например, все эти правовые системы активно использовали клятвы. Наконец, веберовское понятие ценностей находило отражение в том, что подчеркивалось значение естественного права и права справедливости, в смысле разума и совести, которые требовали, чтобы нормы истолковывались в свете их целей и в исключительных случаях игнорировали бы "буквальное право", защищая бедных и нуждающихся в помощи и гарантируя юридическую обязательность доверительных отношений.

По-видимому, такое соединение логического, традиционного, священного и целеполагающего аспектов права было и остается существенным условием для эффективной интеграции права, в некоторое органическое единство — совокупность права, которая должна обладать способностью к постоянному росту.

Очевидно, веберовская классификация права на четыре идеальных типа сама по себе не дает адекватной основы для социальной теории права. Она полезна как введение в анализ сходств и различий между различными имеющимися в истории формами правового строя, но не объясняет эти сходства и различия. Она не отвечает на вопрос: "Почему харизматическое право в одном обществе традиционализируется, в другом — нет?" Кроме того, она даже не упоминает, а еще меньше объясняет тот факт, что западная традиция права сама по себе является некоторым сочетанием всех четырех идеальных типов.

Собственное объяснение Вебером уникальности западного права и вообще различий между формами правового строя исходило не из его теории

516

идеальных типов, а из его теории политики. Особенно большое значение сыграла мысль Вебера, что первичной побудительной силой в политической жизни является стремление к господству, а основным средством господства является принуждение. Именно "различие отношений по поводу политической власти" было в первую очередь определяющим для важных различий между формами правового строя. Даже различия в характере и функциях сословия профессиональных юристов в различных культурах, которым Вебер справедливо придавал большое значение, он объяснял как "по большей части зависящие от политических факторов", под которыми подразумевались факторы, связанные с политической властью. Таким образом, Вебер остается в рамках традиции экономической и политической истории, к которой относится и Маркс, но в отличие от последнего он связывал основополагающие причинные факторы в истории, вопреки иногда встречающимся утверждениям, с политикой, а не с экономикой. По этой же причине он придавал больше значения, чем Маркс, роли идей в истории. И по этим же обоим причинам он придавал большое значение роли права, в котором всегда соединяются политические и интеллектуальные элементы. В конечном счете Вебер объяснял и идеи, и право политикой, а саму политику — господством и

принуждением. Харизма, традиция и рациональность были для Вебера главным источником легитимации политического господства, с помощью которых принуждение могло осуществляться более эффективно. Наряду с Марксовой и Веберовой социальными теориями в работах антропологов было разработано третье, гораздо менее сложное направление со-циоисторического анализа. Ему дали толчок исследования становления "государственно организованных обществ" в различных незападных культурах — у инков в Андах, майя в Центральной Америке, в исламских цивилизациях Ближнего Востока и в Древнем Египте, Индии и Китае. Многие антропологи вернулись к эволюционистским представлениям XIX в., утверждая, что узкие эгалитарные группы семей сложились в племена с иерархией по линиям происхождения и в конечном счете в стратифицированные, дифференцированные, централизованные государства. Наиболее важными причинами ("движущими силами") перехода от племени к государству считаются новые технологии ирригации, ведение войн, рост населения и торговли. Кроме того, иногда подчеркиваются два других фактора, гораздо менее конкретных по своей природе: растущие "сотрудничество и конкуренция" среди различных групп в обществе и "интегрирующая сила" великих религий и стилей в искусстве. Характерная точка зрения состоит в том, что не какая-то одна-единственная причина, а окружающая среда и экономика в целом имели решающее значение для появления "иерархической организации членов и классов общества, которая в свою очередь обеспечивает действительную интеграцию в государстве". "Решающее влияние государственных религий и государственного стиля в искусстве состоит в легитимации этой иерархии, т.е. в подтверждении посредством возбуждения религиозного чувства, что стоящие на вершине иерархии близки к Богу". Сотрудничество и конкуренция, включая институциональные структуры и процессы права, рассматриваются как совершенно нейтральные: "Они могут равным образом успешно функционировать как в целях сохранения равновесия, так и в целях стимулирования эволюции"

517

Ключевой фактор в возникновении этих государственно-организованных обществ усматривается в стратификации, т.е. дифференциации между правящими и управляемыми. Слой управляемых тоже дифференцируется на различные группы и классы. Вместе со стратификацией появился конфликт, а из этого конфликта родилась политическая организация. Государство, в свою очередь, опиралось на логические систематизированные теории мироздания, в чем особенно помогали наука и теология, а также на организованный социальный контроль в форме права.

Хотя авторы этих антропологических теорий уделяли мало внимания ранней европейской истории, они были склонны считать, что возникновение государства на Западе вместе с его системами теологии, науки и права происходило в русле, аналогичном другим культурам. В действительности, однако, существует несколько важных различий между возникновением государственно-организованного сообщества на Западе и его возникновением в других культурах, и эти различия не поддаются объяснению не только теориями антропологов, но и социологическими теориями Маркса и Вебера.

Первое различие состоит в том, что на Западе в конце XI столетия впервые возникло не государство, а скорее церковь в форме государства. Кроме того, хотя церковь была централизованной и имела централизованное и систематизированное право, она претендовала на контроль лишь над половиной жизни общества. Другую половину контролировали различные светские власти, сосуществовавшие с церковью и друг с другом на одной и той же территории. Политические и правовые учреждения светских властей постепенно централизовывались и систематизировались в течение двух или трех столетий после того, как сложилась централизованная церковь и ее централизованное и систематизированное право. Между государственно-организованной светской властью, а также между разными светскими властями имели место сотрудничество и конкуренция, и последняя иногда была острой.

Второй отличительной чертой западного общества на первой, главной стадии его развития было наличие диалектических противоречий в теологии, науке и праве, соответствующих диалектическому противоречию между церковными и светскими политическими властями. Противоречия между посюсторонним и потусторонним миром, между разумом и верой и между человеческим и божественным правом угрожали расколоть западный христианский мир. В конце концов это произошло во время протестантской Реформации. В-третьих, общество спланивалось, а его теологии, науке и праву был придан логичный и системный характер частично благодаря уникальному ощущению развития во времени, продвижения вперед, эволюции в сочетании с памятью о великой революции в прошлом и предчувствием революции в будущем. Опыт диалектического взаимодействия между революцией и эволюцией, длившийся столетиями, является уникальной чертой истории Запада. Церковь помнила о Григорианской Реформации, об основании *jus pontificis* Григорием и сопротивлялась новым реформациям, например таким, к которым призывали Уиклиф, Гус и сторонники консилиарного движения. Города-государства использовали пожалованные им и периодически обновлявшиеся хартии свобод и отвергали либо приветствовали политические восстания и реформаторские движения, происходившие в них самих и за пределами; королевства также подчинялись аналогичной диалектике правовой эволюции, мед-

518

ленной или быстрой, с фундаментальными революционными переменами и Страшным судом в перспективе. Ни антропологическая теория стратификации, ни социологические теории экономического детерминизма или типологии политического господства не могут объяснить эти отличительные черты западной правовой

традиции. Они помогают объяснить потребности в какой-то форме правопорядка или желание его иметь, но не потребность или желание иметь тот определенный тип правопорядка, с его особой динамикой, который реально появился на Западе.

Однако теории Маркса и Вебера, касающиеся права, его истории и соотношения с экономикой и политикой, а также антропологические теории становления государственно-организованных обществ заслуживают рассмотрения отчасти потому, что их широко восприняли (хотя обычно в разбавленных вариантах), а отчасти потому, что они пытаются дать ответы на важные вопросы. Нужно либо принять эти ответы, либо найти лучшие. Если право не преимущественно инструмент классового господства, то что же оно такое? Если западное право в эпоху его формирования не было идеологическим отражением феодализма, то что же оно отражало? Если нынешнее западное право не основано на частной собственности, свободе договоров и других институтах капитализма, то тогда на чем? Если характеристики западного типа права как формально-рационального, а общественного строя, которому оно служит, как бюрократического не являются удовлетворительными, то какие характеристики будут более уместными? Если право не является частью идеологической надстройки общества, опирающейся на материальный базис — экономический (согласно Марксу) или политический (согласно Веберу), то не происходит ли возврата к недопустимому гегельянству, которое видит историю в категориях столкновения и синтеза идей? Нужно ли считать, что западные правовые понятия и ценности просто вдруг возникли благодаря интеллектуальному или духовному усилию и сами являлись побуждающим фактором или движущей силой в формировании западной экономической и политической системы?

Как марксистская, так и веберовская социальная теория служат ценным предостережением против соблазна прибегнуть к чисто идеологическому / или идеалистическому объяснению развития права и правовых институтов. / Теоретики общества, конечно, правы в своем убеждении, что появление развитых современных правовых систем на Западе нельзя объяснить просто как результат столкновения идей. Конечно, частично оно было обусловлено политической борьбой личностей и групп с конфликтующими идеями, частично оно было результатом революции. Но для социальной теории остается вопрос: "Что обусловило революцию?" Если революцию только пересказывают и не объясняют, то за этим может скрываться мнение, что в действительности она была тем, чем она выглядела внешне — политической и идеологической борьбой элит (папской партии против императорской или королевской). Но не была ли революция также прямо связана с тем, что происходило в массах людей, живших в деревнях, манорах и городах? Если вопросы о власти на вершине социальной иерархии и проблемы официальной идеологии были в действительности прямо связаны с социальной и экономической жизнью на низовом уровне, то тогда новые правовые системы можно объяснить не только

519

как часть политической и интеллектуальной истории, но так же как часть социальной и экономической истории.

Само по себе марксистское включение права в идеологическую надстройку может привести к трактовке правовой истории просто как осуществления официальной правовой политики и правовых представлений, а не регулирования социальной и экономической жизни всего общества. Многие марксисты рассматривают право изолированно от экономического базиса; собственность как правовой институт рассматривается изолированно от собственности как экономического института; невзирая на почтение к основному марксистскому постулату, что право есть отражение экономических классовых интересов, под этой "шапкой" исследуются не способы, которыми право действует в социальной и экономической жизни, а способы, которыми оно выражает господствующие социальные ценности или иным образом демонстрирует свой идеологический характер.

Важные коррективы как в идеалистическое понимание права, так и в эллистическую теорию политико-правовых изменений были внесены теми историками, социологами и антропологами, которые исследовали правовую политику, понятия и вообще правовые институты в том виде, как они проявляют себя в общественной жизни у подножия социальной пирамиды, т.е. в среде огромного большинства членов общества. В эпоху Папской революции это означало массы соплеменников и сельских жителей, свободных крестьян и крепостных, ремесленников, торговцев, приходских священников, монахов, в отличие от князей, крупных землевладельцев, епископов, аббатов, юристов, ученых. Изучение структуры низших слоев общества в это время свидетельствует, что имелись тесная взаимосвязь и взаимодействие между событиями у подножия социальной пирамиды и у ее вершины.

Говоря конкретнее, система конкуренции и сотрудничества между церковными и светскими властями, сформировавшаяся со времени Папской революции, не могла появиться, если бы в предшествующие столетия не получил развития на самом низовом уровне групповой плюрализм с опосредующими слоями между массой крестьян и высшими представителями императорской и королевской власти. Аналогично не могло бы состояться политическое объединение католической церкви под рукой папы, если бы в предшествующие столетия на самом низовом уровне не сложилось сообщество верующих, *populus christianum*, охватывавшее весь западный христианский мир. Кроме того, систематизация права в рамках различных сообществ — церковных и светских — была возможна только потому, что до этого получила развитие несистематизированная, неформальная структура правовых отношений внутри этих сообществ. Возникли

отношения между сюзереном и вассалом — рыцарство, бенефиции. Отношения помещиков и крестьян выдержали крестьянские восстания и приняли форму манориального хозяйства. Родни Хилтон пишет, что уже в X столетии деревни в Нормандии избирали делегатов от местных сходок на общее крестьянское собрание и, кроме того, что в этот ранний период сложилась практика переговоров между крестьянами и сельскими властями по поводу трудовых повинностей, налогов, сборов и прав. Начиная с подножия социальной пирамиды, каждый ее слой мог при случае потребовать рациональности от вышестоящих. Это произошло задолго до того, как право стало университетской дисциплиной, задолго до появления

520

профессиональных юристов и судей, задолго до систематизации различных совокупностей права. Итак, западная правовая традиция выросла частично из структуры социальных и экономических взаимоотношений внутри социальных групп на низовом уровне и между ними. Поведенческие модели взаимоотношений приобрели нормативный параметр: обыкновения трансформировались в обычаи. В конечном счете обычай трансформировался в право. Последняя из этих трансформаций — обычай в право — объясняется частично возникновением централизованных политических властей, когда для контроля и направления деятельности медленно изменявшейся структуры на низовом и среднем уровнях была необходима сознательная перестройка на вершине пирамиды. Право, следовательно, есть трансформированный обычай, а не просто воля или разум законодателя. Право распространяется не только сверху вниз, но и снизу вверх.

Поэтому специальная теория должна воспринять более широкое представление о праве, чем имели Маркс и Вебер. Право, полагали они, является орудием господства, средством реализации воли законодателя. Но эта теория права, обычно отождествляемая с позитивистской школой юриспруденции, видит только одну сторону дела. Право является также выражением моральных принципов, как они понимаются человеческим разумом. Этот взгляд на право, ассоциируемый с естественно-правовой теорией, также лишь частично верен. В конечном счете право есть продукт обычая, следствие исторически укоренившихся ценностей и норм сообщества. Этот третий подход, ассоциируемый с исторической школой в правовой философии, также может претендовать, подобно каждой из двух других школ, только на треть истины. Соединение всех трех подходов, возможно, позволяет ответить на поставленные Марксом и Вебером вопросы лучше, чем они сами. Право частично является инструментом классового господства и идеологическим отражением интересов господствующего класса. Во всякой правовой системе могут быть найдены примеры для иллюстрации этого. Право на Западе было также защитой против произвольной власти господствующего класса, и то многое в нем, что берет начало в более ранних периодах истории, не обязательно отражает интересы господствующего класса.

Аналогично утверждение, что западное право до XVI столетия было идеологическим отражением феодализма, есть указание лишь на один его аспект. Другие аспекты, например, право коммерческого кредита для финансирования торговли шерстью или пряностями в XIII и XIV столетиях были отражением капитализма. Многое в праве гильдий было социалистическим по природе. Значительная часть канонического уголовного права с его сильным акцентом на возмездие как средство защиты права представляется равно присущей любой социально-экономической системе.

Слишком упрощенно также определение современных западных правовых систем как идеологических отражений капитализма. Многое в современном праве является по своему характеру больше феодальным, чем капиталистическим. Многое вообще не поддается характеристике в социаль-

521

но-экономических категориях. Нужна более сложная система классификации и характеристики, которая будет опираться не только на типы экономического и политического строя, но также и на философские, религиозные и другие критерии.

На вопрос о том, следует ли рассматривать право как часть материальной надстройки, ответ снова состоит в том, что на западе право является и тем и другим; это значит, что западное право свидетельствует о ложности самой дихотомии. Право является в той же мере частью способа производства какого-либо общества, как и фермерская земля или машины. Последние ничего не представляют собой, пока они не действуют, и право является составной частью способа их использования. Ничто не может быть посеяно и собрано на полях вне прав и обязанностей, связанных с трудом и обменом. Машины не производятся, не поставляются от производителя к потребителю и не используются, а издержки и прибыли от их использования не оцениваются вне определенных форм правового регулирования этих процессов. Такое правовое регулирование само является формой капитала. Маркс отличал собственность как экономическую власть от собственности как юридического права и объявил первое причиной, а второе следствием; но это различие редко имеет место в социально-экономической реальности. В общем, это два взаимосвязанных подхода к одному и тому же явлению.

Однако это не означает, что право является только социально-экономическим фактом, или что юридическое право является только иным способом обозначения экономической власти. Право не только факт, но также и идея, понятие и, кроме того, определенный ценностный критерий. Оно неизбежно имеет интеллектуальный и моральный параметры. В отличие от чисто интеллектуальных и моральных критериев, право должно применяться на практике, но, в отличие от чисто материальных явлений, оно состоит из идей и ценностей. Кроме того, идеи и ценности права должны, как считается, иметь определенную степень согласованности

друг с другом, а также с другими, неправовыми идеями и ценностями общества, т.е. с его идеологией в целом.

Тот факт, что право по самой своей природе имеет как материальный, так и идеологический характер, связан с другим фактом — что право одновременно растет снизу вверх, из структуры и обычаев всего общества, и движется сверху вниз под влиянием политики и ценностей людей, стоящих у власти. Право помогает интегрировать и то и другое. Таким образом, по меньшей мере теоретически, конфликт между социально-экономическими условиями и политико-нравственной идеологией, в котором Маркс видел главную причину революции, может быть разрешен посредством права. Частично для того, чтобы уйти от этого, нежелательного для него теоретического вывода, Маркс свел право к идеологии.

Наконец, право на Западе, постоянно со времени Папской революции, имело сильный диахронический элемент и, больше того, сильный элемент традиционности. Традиция — это нечто большее, чем историческая преемственность. Она представляет собой смешение осознанных и неосознанных элементов. Говоря словами Октавио Паса, "это видимая сторона общества — учреждения, памятники, продукты труда, вещи, но это и особенно скрытая от всех

522

взглядов невидимая сторона: убеждения, желания, страхи, сдерживания чувств, мечты". Право обычно ассоциируется с видимой стороной, с продуктами труда, но изучение истории западного права, и особенно его истоков, показывает, что оно коренится в самых глубоких верованиях и чувствах людей. Без страха перед чистилищем и надежды на Судный день западная традиция права не могла бы возникнуть.

>—

Октавио Пасу принадлежит и эта мысль: "Каждый раз, когда общество оказывается в кризисе, оно инстинктивно обращает свои взоры к истокам и ищет там знамение" . ттпмюш иинииим . „мш.

Nelson B. On the Roads to Modernity: Conscience, Science and Civilizations. Totowa, N.J., 1981.

Reynolds S. Kingdoms and Communities in Western Europe, 900—1300. Oxford, 1984.

Tierney B. Religion, Law, and the Growth of Constitutional Thought, 1150—1650. Cambridge, 1982.

ПРИМЕЧАНИЯ

Введение

¹Это движение чаще называют григорианской реформой, а не реформацией. Однако само слово "реформа" — перевод латинского "reformatio", в других контекстах почти неизменно переводимого как "реформация".

²*Fuller L. The Morality of Law, 2nd ed. New Haven, Conn., 1964. P.106.*

³*Nisbet R. Social Change and History. New York, 1969. P.1.* В этой работе Нисбет нападает на применение таких метафор к социальным переменам; однако он не затрагивает их применения к сознанию или идеологии общества, в котором те, кто переживает эти перемены, воспринимают их как рост или развитие. В одной из более поздних работ Нисбет принимает несколько смягченную метафору. *Nilbert R. History of the Idea of Progress. New York, 1980.*

⁴*Pollock F. and Maitland F.W. The History of English Law, 2nd ed., 1898 (reprint ed., Cambridge, 1968), II, 561.*

Иск из причинения вреда (trespass) был мерой исправления вреда, причиненного "прямо" деликтным деянием ответчика; "деликтный иск по конкретным обстоятельствам дела" (trespass on the case) развился позже как мера исправления вреда, причиненного "косвенно", включая вред, причиненный по небрежности неправильным поведением и небрежным исполнением соглашения. *Kiralfy A.K. The Action on the Case. London, 1951.*

⁵В начале XX в. немецкий историк права и социолог Макс Вебер подтвердил тот факт, что Запад разработал такой метод юридического мышления, который отсутствует в других цивилизациях (Weber M. On Law in Economy and Society / Ed. by Max Rheinstein. Cambridge, Mass., 1966. P.304—305). Он определил этот метод по одному из его качеств, назвав "формальной разумностью". В основе своей это был метод юристов XIX в., в особенности в Германии (хотя, по Веберу, не в Англии), которые заботились о построении логически последовательной структуры абстрактных правовых правил, в терминах которых были бы определены факты данного юридического казуса или данной проблемы, а затем принято решение по нему. Этот метод его противники в XIX в. называли "концептуализмом" (Begriffjurisprudenz). Макс Рейнштейн полагает, что Вебер в своей "Социологии права" поставил задачу определить, было ли построенное таким образом юридическое мышление причиной или следствием возникновения капитализма. Сам Рейнштейн говорил, что этот метод был характерен для европейского гражданского права (в отличие от английского общего права) "в том виде, как оно сложилось начиная с XII в. в университетах Италии, а затем Франции, Голландии и Германии" (Max Weber... P.11). Однако стоит

527

лишь почитать юридическую литературу XII—XIII вв., неважно, будет ли это литература римского права (гражданского права) или же канонического, королевского, феодального, городского, и неважно, где — в Италии, во Франции, в Англии, на Сицилии, в ином государстве Европы, — чтобы понять, что концептуализм (в смысле, придаваемом ему в XIX в.) играл лишь определенную роль, притом не главную, в юридическом мышлении этого более раннего времени. Во всех правовых системах того времени также делался особый упор на извлечение правил и понятий из дел, что, как справедливо отмечают Рейнштейн и другие, является основным методом рассуждения в традиции английского общего права. Например, папские декреты, которые являлись основным источником канонического права начиная с XII в., были, по существу, решениями по делам, рассмотренным римской курией. Кроме того, были разработаны разнообразные диалектические методы для примирения очевидно противоречащих друг другу авторитетов, включая выявление двусмысленностей и оценку престижа авторов. Л с верх всего этого объединение правовых систем было достигнуто с помощью идеи (очевидно выдвинутой монахом Грацианом) иерархии источников права. В первых строках своего трактата "Concordia Discordantium Canonum", написанном около 1140 г., Грациан говорит, что в случае конфликта

обычай должен уступить законодательному акту, законодательный акт должен уступить естественному праву, а естественное право должно уступить божественному. Это означало, что обычай, который в то время был самой распространенной формой права, следовало оценивать с точки зрения разума, и если он оказывался неразумным, его следовало отвергнуть. Едва ли это "формальная разумность" или "логический формализм" в веберовском смысле. Однако это создало основу для объединения разных правовых систем в развивающиеся своды права — своды не только правил, но и принципов и стандартов, равно как и процедур и решений. В более общем плане Веберова классификация всех правовых систем на разумные, традиционные и харизматические дает пищу для философских размышлений, но совершенно уведит от исторической и социологической истины, ибо западные правовые системы и западная традиция права в целом сочетают все три типа. Возможно, такое сочетание необходимо для эффективного объединения права в органическое единство — "корпус", "организм" права, обладающий способностью постоянного роста.

Эти вопросы более полно обсуждаются в заключительной главе настоящей книги.

"Allen C.K. Law in the Making. 7th ed. Oxford, 1964. P.65—66.

⁹Maitland F.W. Why the History of English Law is Not Written // Ed. by A.L.Fisher Collected Legal Papers of Frederic William Maitland. Cambridge, 1911, 1, 488.

⁹На Большой печати Кромвеля (1648—1649) были выгравированы слова: "Первый год восстановленной свободы".

Последующие Большие печати определялись как выпущенные во втором, третьем и т.д. "годах восстановленной свободы" (см. об этом: *Wyon A. and B. The Great Seals*. London, 1887. P.36; *Rosenstock-Huessy E. Out of Revolution: The Autobiography of Western Man*. New York, 1938. P. 300, 761.

То, что в названии "славная революция" содержался оттенок смысла возврата колеса в прежнее положение, очевидно из тех громадных усилий, которые тратились на сохранение преемственности парламентских мер, предпринимавшихся с 1640 г. Так как в тот момент, когда Вильгельм Оранский и его жена Мария прибыли в Англию, чтобы сменить Якова II, то есть в ноябре 1688 г., парламент не заседал, сочли необходимым созвать всех тех людей, которые были членами последнего парламента. Ужасная суета поднялась также вокруг изготовления новой Большой печати взамен той, которую увез с собой Яков и в обиде швырнул в Темзу во время своего бегства. Все должно было быть как когда-то в прошлом, а то это была бы не "революция".

"Президент Джон Ф. Кеннеди в своей книге "Стратегия мира" (Strategy of Peace) перечисляет семь мирных "революций", которые "сотрясают нашу страну и весь мир". Это — революция в населении, на ферме, революция техники и энергетики, революция в уровне жизни, революция в развитии вооружений, революция в слаборазвитых странах и в национализме. В 1964 г. Специальный комитет по тройной революции представил президенту Джонсону заявление по кибернетической революции, революции вооружений и революции прав человека. Значительное количество других "революций" перечислено в книге: *Leeuwen van A.T. Development through Revolution*. New York, 1970, chap. 2. Как говорит ван Лейвен, недостаток ясности в употреблении этого термина "сам по себе является

528

характерным феноменом" (с. 32). Перенос этого термина из политической сферы начался с создания термина "промышленная революция" одним британским историком в 1884 г. Он придумал это выражение по аналогии с Французской революцией 1789 г. — надо было изобрести в английской истории аналогичное явление. *Toynbee A. Lectures on the Industrial Revolution of the Eighteenth Century in England*. London, 1884. Быть может, обильное употребление слов "революция", "революционный" в послевоенный период, распространяющееся даже на простейшие потребительские товары ("революция в чулочном деле", "революция в дезодорантах"), является сходной языковой реакцией на коммунистические революции XX в.

¹²Это крупная тема книги: *Rosenstock-Huessy E. Out of Revolution*. New York, 1938. ¹ Розеншток-Хюсси насчитывает еще седьмую, Итальянскую революцию XIII в., состоявшую в формировании системы городов-государств на севере Италии (*Out of Revolution...* P. 562). Я рассматриваю подъем вольных городов как светскую сторону Папской революции, имевшей не только итальянский, а общеевропейский масштаб. Норман Кантор насчитывает только четыре "всемирных революции": Папскую революцию, протестантскую Реформацию, Французскую революцию и Русскую революцию. Он не дает никакого пояснения тому факту, что он опускает Английскую и Американскую революции. Очевидно, эти две революции не соответствуют его определению всемирной революции — "возникновение новой идеологии, которая отвергает результаты нескольких веков развития, организованные в господствующую систему, и призывает к новому правильному порядку в мире" (*Cantor N.F. Medieval History: The Life and Death of a Civilization*, New York, 1968. P. 300). Данное Кантором описание Папской революции соответствует описанию, данному в настоящей работе.

¹⁴*Kuhn T.S. The Structure of Scientific Revolutions*, 2nd ed. Chicago, 1970. ¹⁵См.: *Brinton C. The Anatomy of Revolution*. Rev.ed. New York, 1965. P. 16: "Мы будем относиться к революции как к своего рода лихорадке... Как только симптомы полностью проявляются... значит, лихорадка революции началась. Она нарастает, но неравномерно, то наступает, то отступает, и приходит к кризису, часто сопровождающемуся бредом... к Правлению Террора. После кризиса наступает период выздоровления, обычно отмеченный одним-двумя обострениями. Наконец, лихорадка заканчивается и пациент приходит в себя, а в некоторых отношениях он, возможно, даже и поздоровел от пережитого... но, разумеется, он не стал новым человеком". Бринтон применяет эту "концептуальную схему", как он ее называет, к Английской, Американской, Французской и Русской революциям.

¹⁶Блок М. Феодальное общество / Пер. Е.М.Лысенко. СПб // Блок М. Апология истории. М., 1973. Серия "Памятники исторической мысли".

¹⁷*Strayer J.R. On the Medieval Origins of the Modern State*. Princeton, N.J., 1970. P. 22.

¹⁸*Cohn N. The Pursuit of the Millennium*. 2nd ed. New York, 1972. P. 281.

¹⁹*ibid.* P. 10—11, 285—286.

²⁰*Brown N.O. Love's Body*. New York, 1968. P. 219, 220.

²¹*Rosenstock-Huessy E. Out of Revolution...*

²²*Rosenstock-Huessy E. The Christian Future*. New York, 1946. P. 70.

²³*Sohm R. Weltliches und geistliches Recht*. Munchen; Leipzig, 1914. P. 69. (Там, где не указано иначе, все переводы мои. — Прим. авт.)

²⁴См.: *Winstanley G. Platform of the Law of Freedom* // *Rosenstock-Huessy E. Out of Revolution...* P.291: "Дух всего

предприятия заключался в переделке мира". См. также проповедь Томаса Кейса перед палатой общин в 1641 г.: "Переделка, реформа должна быть всеобщей. Реформа всех мест, всех людей и призваний; реформа судейства, низших мировых судов... Реформа университетов, реформа городов, реформа стран, реформа низших школ, реформа воскресенья, реформа таинств, реформа поклонения Богу. Всякое растение, не посаженное моим небесным отцом, должно вырвать" Щит. по: *Walzer M. The Revolution of the Saints: A Study in the Origins of Radical Politics. Cambridge, Mass., 1965. P. 10—11.* Реформация XVI в. задумывалась как реформа церкви, веком позже пуритане, по выражению Мильтона, хотели "реформировать саму реформацию", а это означало, как показывает Уолзер, радикальную политическую деятельность, то есть политический прогресс как религиозную цель (с. 12).

Берман Гарольд Дж.

529

"См.: *Lindsay A.D. The Modern Democratic State. New York. 1962. P. 117—118; Utile D. Religion, Order, and Law: A Study in Pre-Revolutionary England, New York, 1969. P. 230.*

Каждый из этих четверых обвинялся в гражданском неповиновении. Каждый защищался на основании высшего закона совести, а также на основании фундаментальных правовых принципов, проистекающих из средневекового английского права (например, Великая хартия вольностей). Процессы Пенна и Хзмидена изложены в документах "6 State Trials 951" (1670) и "3 State Trials 1" (1627) (так называемый "процесс пяти рыцарей").

Отрывок из процесса Удалла вместе с сопроводительной информацией можно найти в кн.: *Neal D. The History of the Puritans. Newburyport, Mass., 1816. P. 492—501.*

Процесс Лилберна обсуждается в кн.: *Frank J. The Levellers: A History of the Writings of Three Seventeenth Century Social Democrats: John Lilburne, Richard Overton, and William Walwyn. Cambridge, 1965. P. 16—18.*

²⁷История общественного договора обычно возводится к Джону Локку и Томасу Гоббсу. Однако веком ранее Кальвин попросил все население Женевы принять символ веры и дать клятву соблюдать Десять заповедей, а также поклясться в верности городу. Полиция группами вызывала людей для участия в соглашении (См. *McNeill J.T. The History and Character of Calvinism. New York, 1957. P. 142; см. также гл. 2 и 12* настоящего исследования, где теория общественного договора прослеживается до Папской революции и формирования городов как присяжных коммун.

²⁸См.: *Pound R. Jurisprudence, St. Paul. Minn., 1959, III, 8—15.*

²⁹Моральный кодекс строителя коммунизма являлся частью Программы Коммунистической партии бывшего Советского Союза, принятой XXII съездом КПСС в 1961 г.

³⁰См.: *The Laws and Liberties of Massachusetts. Cambridge, Mass., 1929.*

³¹*Gilmore G. The Death of Contract. Columbus, Ohio, 1974. P. 87—94.*

³²*Unger R.M. Law in Modern Society. New York, 1976. P. 194.*

³³*Ibid. P. 196. Блок М. Феодалное общество, I, XVI (по чикагскому изданию 1961 г.).*

³⁴Там же, XVII.

³⁵*Hill C. A Comment // Ed. by R. Hilton. The Transition from Feudalism to Capitalism. London, 1976. P. 121.*

1.

Основа западной традиции права

"См.: *Loyn H.R. Anglo-Saxon England and the Norman Conquest. New York, 1962. P. 292.* В этой главе слово "феодалный" употребляется в широком, а не техническом смысле; обсуждение феодального права в том виде, в каком оно сложилось в XI и XII веках, о-т авлено на последующие главы.

²*Levy E. West Roman Vulgar Law. Philadelphia, 1951. P. 6—7; Schulz F. History of Roman Legal Science. Oxford, 1948. P. 273.*

Вольфганг Кункель доходит даже до того, что называет "Leges Visigothorum" "жидкими и сырыми в качестве произведения законодательства" (*Kunkel W. An Introduction to Roman Legal and Constitutional History. Oxford, 1973. P. 162*). Кункель заявляет, что "даже в Италии юриспруденция упала до самого низкого уровня, какой только можно себе представить. Современная наука тщетно старалась доказать существование в Италии значимой непрерывной традиции римского права" (*Ibid. P. 181*); см. также: *King P.D. Law and Society in the Visigothic Kingdom. Cambridge, 1972.*

""Термины, понятия и правила римского вульгарного права играли некоторую роль в усилении королевской власти в каролингский период. Однако сохранившиеся книги законов каролингской эпохи не отражают правовую культуру, сравнимую с культурой классического римского права или с культурой, порожденной революционными событиями тремя столетиями позже (См.: *McKitterick R. Some Carolingian Lawbooks and Their Functions // Authority and Power: Studies in Medieval Law and Government / Ed. by B. Tierney and P. Linehan. Cambridge, 1980. P. 13—28.*

Салическую правду можно прочесть в [английском] переводе в книге: Select

530

Historical Documents of the Middle Ages / Ed. E.F.Henderson. London, 1912. P. 176—189. Немного более ранней компиляцией, чем Салическая правда, является Вестготская правда короля Эвриха (правил в 466—484 гг.), от которой сохранились только фрагменты. Другие варварские правды включают: Законы Этельберта, короля Кента, изданные около 600 г.; эдикт Ротари, лангобардского короля Ротари, изданный в 643 г.; а также Рипуарскую правду (рипуарских франков), Алеманнскую правду (алеманнов) и Баварскую правду (баваров), все изданы в середине VIII в. К концу VIII в. посланцами Карла Великого были записаны законы фриз, тюрингов, саксов. Эти и другие законы (шотландские, валлийские и ирландские, норвежские, исландские и русские) обсуждаются в книге: *Diamond A.S. Primitive Law Past and Present, London, 1971.*

⁶Законы Этельберта, разд. 34—42, 50—55, 58—60, 65—66. Законы Этельберта в английском переводе можно найти в книге: *Attenborough F.L. The Laws of the Earliest English Kings. New York, 1963. P. 4—17.*

⁷См.: *Bona I. The Dawn of the Dark Ages: The Gepids and the Lombards in the Carpathian Basin, Budapest, 1976. P. 80—81.*

⁸См.: *Diamond A.S. Primitive Law... P. 228, 273.* Отношение первобытного права к так называемому архаическому праву индоевропейских народов обсуждается в конце этой главы.

⁹Этот анализ частично основан на исследовании Джеймса Р. Гордли "Англо-саксонское право" (*Gordley J.R. Anglo-Saxon Law. 1970*), хранящемся в рукописи в библиотеке юридического факультета Гарвардского университета. Термины этого анализа взяты из англо-саксонского права, которые, однако, почти идентичны терминам других германских правовых порядков этого времени и чрезвычайно сходны с наиболее ранними правовыми порядками всех индоевропейских обществ.

¹⁰Законы Этельберта, разд. 8, 15.

"См.: *Berger R. From Hostage to Contract. Illinois Law Review, 35 (1940), 154, 281.*

¹¹*Gordley J.R. Anglo-Saxon Law... P. 23.*

¹²*Levi-Strauss C. Les structures elementaires de la parente, Paris, 1964. P. 597, 598.*

¹³*Brown P. Society and the Supernatural: A Medieval Change // Daedalus, Spring 1975. P. 135.*

¹⁴Цит. по: *Rightmire G. W. The Law of England at the Norman Conquest, Columbus, Ohio, 1932. P. 37.*

¹⁵*Ibid. P. 36.*

¹⁶Цит. по: *Palgrave sir F. The Rise and Progress of the English Commonwealth. London, 1832. P. CXXXV.*

¹⁷*Grimm J. Deutsche Rechtsalterthumer, 1828; 3rd ed., 1881, введение; см. также: Grimm J. Von der Poesie im Recht // Zeitschrift fur*

Geschichtliche Rechtswissenschaft, 2, 1816, 25—99.

¹⁹Huebner R. A History of Germanic Private Law. Trans. by F.S.Philbrick. Boston, 1918. P. 10—11.

²⁰Ibid., P. 11—12.

²¹Gordley J.R. Anglo-Saxon Law... P. 31.

²²"Maxims". P. 48, Cotton MSS, Британская библиотека. Лондон.

²³"Беовульф", строки 2140—41; см. также: Cary о Ньяле (англ. перевод "The Icelandic Saga: The Story of Burnt Njal", trans. Sir G. W. Dasent, new ed. with intro. by G. Turville-Petre, Edinburgh, 1957; рус. пер. "Исландские саги". М., 1956). В книге дух героизма и мести воплощен в драматических событиях на судебном собрании племени (тин-ге). Аналогичное мировоззрение можно найти в самом раннем поэтическом произведении германских народов, "Старшей Эдде", которая полна повествований о насилии, мщении и отчаянном героизме. Франц Боркенау подчеркивает, что в эдической поэзии господствует мощный дух вины и личной ответственности, в отличие от более поздней истории Зигфрида в "Песни о Нибелунгах", в которой вина обычно отрицается, а убийца может быть героем. Боркенау находит параллель между сосредоточенностью "Старшей Эдды" на инцесте и семейном убийстве, за которым следует возмездие, и преобладанием (с его точки зрения) инцеста ("в удивительно разнообразных подробностях") и убийства (особенно убийства внутри семьи) среди преступлений, наказуемых монашескими уложениями о наказаниях VII — VIII вв. и позже (см.: Borkenau F. Primal Crime and Social Paranoia in the

18*

531

Dark Ages // Ed. by R.Lowenthal. End and Beginning. New York, 1981. P. 382—391. Уложения о наказаниях обсуждаются ниже в этой же главе.

²⁴Loyn H.R. Anglo-Saxon England... P. 217.

²⁵Ibid. P. 300.

²⁶Levi-Strauss C Structural Anthropology // trans. C. Jacobson and B. Schoepf. New York, 1963. P. 132 (рус. пер.: Леви-Стросс К. Структурная антропология. М., 1985. — Прим. перев.).

См.: Watkins C. Studies in Indo-European Legal Language, Institutions, and Mythology // Ed. by G. Cardona, H. M. Hoenigswald and A. Seen, Indo-European and Indo-Europeans. Philadelphia, 1970. P. 321. Уоткинс приводит несколько примеров сложных правовых понятий, общих для всех индоевропейских народов, включая одно понятие, "ноксальная выдача", в котором имеется одна и та же лексическая единица (лат. "sarcire", хеттск. "sarnikzi") и которое занимает одно и то же место в правовой структуре двух обществ, которые не имели контактов друг с другом в то время, когда использовали это понятие. (Это понятие относится к выдаче или выкупу раба или предмета, причинившего вред другому.) Уоткинс подчеркивает, что совпадение языкового равенства и одинакового института показывает общее происхождение, когда по хронологическим и географическим причинам невозможно взаимовлияние. Его пример "доказывает, что институт ноксальности в индоевропейском обществе так же стар, как общность латинского и хеттского, то есть на данном этапе наших знаний это означает, что он относится к общему индоевропейскому периоду" (там же. С. 333).

Некоторые из общих черт архаического права индоевропейских народов разделяют современные первобытные общества. Тем не менее антропологи в целом избегали изучения индоевропейского права, отчасти из-за его положительного значения для теории общественной эволюции, а отчасти потому, что его нельзя изучать "в поле". Даймонд (Primitive Law) является исключением, будучи практически единственным современным антропологом, который попытался сопоставить архаическое право с современным первобытным правом. Однако он не отмечает самой важной отличительной черты архаического права в сравнении его с современным первобытным правом, а именно центральной роли суда, то есть формального судопроизводства (включая как тяжбу, так и вынесение приговора), в правовом порядке.

²⁷Jolliffe J.E.A. The Constitutional History of Medieval England. 3rd ed. London, 1954. P. 24; см. также: Kern F. Kingship and Law in the Middle Ages, trans. S.B. Chrimes. Oxford, 1939. P. 151: "Закон [в эпоху раннего Средневековья] стар; новый закон — это противоречие в терминах... всякое законодательство и правовая реформа воспринимаются как восстановление доброго старого закона, который нарушался".

²⁸О монашеском движении в этот период см. великолепный очерк Кристофера Доусона в книге: The Making of Europe: An Introduction to European Unity, 1932. New York and Cleveland, 1956. P. 176—186. Более подробно см.: Lehane B. The Quest of Three Abbots. New York, 1968.

²⁹История, рассказанная англосаксонскими хрониками, касается обращения римского миссионера Паулина к языческому королю Нортумбрии и его последователям в начале VII в. Рассказывается, что, когда Паулин закончил свою речь, через зал пролетел воробей, и тогда заговорил старый советник. Он сказал: "Жизнь человека подобна полету воробья через ярко освещенный зал, когда сидишь за мясом, в очаге пылает огонь, а за дверью ледяной дождь и буря. Воробей влетает через одну дверь и мгновение пребывает в свете и тепле, а потом вылетает через другую и исчезает в зимней мгле. Так мгновение пребывает и жизнь человека, но что прежде нее и что за ней, мы не знаем. Если новое учение нам это скажет, давайте последуем ему" (Беда Достопочтенный. Historia Ecclesiastica gentis Anglorum / Под ред. Ч. Пламмера (C. Plummer, Oxford, 1896, II, 13.)

См.: Boehmer H. Das germanische Christentum // Theologische Studien und Kritiken. 86, Halle. 1913, 165—280.

³²См.: Блок М. Феодальное общество / Пер. Е.М.Лысенко. С. 137. // М. Блок. Апология истории. М., 1973. Из серии "Памятники исторической мысли"; Block R.H. Medieval French Literature and the Law. Berkeley, Calif., 1978. P. 19.

³³Беда Достопочтенный через 130 лет сказал об Этельберте, что "среди других благ, которыми он одарил свой народ, он издал законы для него по совету своих советни-

532

ков и по примеру римлян" ("decreta PИ iudiciorum iuxta exempla Romanorum cum consilio sapientium constituit"). (Беда Достопочтенный. Historia Ecclesiastica... II, 5.)

Уоллес-Хедрилл указывает, что не следует считать, что фраза "iuxta exempla Romanorum" означает, будто законодательство было принято как у римлян, "скорее Этель-берт следовал... Салическому закону и различным бургундским, готским и лангобардским примерам, которые привез из Италии Августин" (см.: Wallace-Hadrill J.M. Early Germanic Kingship in England and on the Continent. Oxford, 1971. P. 37. Уоллес-Хедрилл добавляет, что по крайней мере 19 из 90 статей Этельберта имеют параллели в Салической правде и что имеются параллели и с другими германскими кодексами. Он пишет: "Привлечение ехемпиа свидетельствовало о связи, существовавшей в умах римлян между

обращением и правом, так это было в Галлии, в Испании, в Италии, несомненно, и в Кенте" (с. 39). Несмотря на это, два ведущих английских историка права, стремясь доказать отсутствие всякого иностранного влияния на английское право, заходят далеко, утверждая, будто бы законы Этельберта были "чисто языческого происхождения" и "вероятно" изданы до появления христианства в Англии в 597 г. (см.: *Richardson H.G. and Sayles G.O. Law and Legislation from Ethelbert to Magna Carta. Edinburgh, 1966*). Опровергая этот взгляд, Уоллес-Хедрилл указывает, что законы Этельберта находились в русле правовой традиции, включавшей право франков, бургундов, других германских племен. Папа Григорий Великий, посылая миссию из 40 человек (плюс переводчики) во главе с Августином для обращения Этельберта в христианство, писал английскому королю, что если он обратится к истинной вере, то будет благословен Богом так же, как сам император Константин. Как пишет Уоллес-Хедрилл, "папа этим хотел дать понять, что новообращенный вступает в семью католических королей, отцом которой является император (в Константинополе). Переписка папы и императора, относящаяся к этому времени, не оставляет на этот счет никаких сомнений... В политическом смысле это может означать мало или не означать ни чего. Однако одно последствие было несомненно: новообращенный король вступал в традицию писаного права, первоисточником которого был император. И это одна из причин, почему законы Этельберта следует датировать временем после его обращения в христианство. Своды законов были даром римлян, причем римлян-христиан, королям германцев" (с. 29). (см. также: *Simpson A. W.B. The Laws of Ethelbebert // Arnold M.S., Green T.A., Scully S.A., and White S.D. On Laws and Customs of England: Essays in Honor of Samuel E. Thorne, Chapel Hill, N.C., 1981. P. 3—17.*

⁴См.: *Vernadsky G. Medieval Russian Laws. New York, 1947.*

Альфред также включил в свои законы золотое правило: не делай другим того, что ты не хотел бы, чтобы сделали тебе, с добавлением: "Благодаря одному этому закону человек может помнить, что надо судить всех справедливо, ему не нужно никакой другой книги законов". Законы Альфреда можно найти в книге Аттенборо на с. 62—93.

³⁶См.: *Dawson C. The Making of Europe... P. 190—201.* При Карле Великом Франкское государство "было церковью-государством еще в большей степени, чем Византия... Король был правителем и церкви, и государства, и его законодательство устанавливало строжайшие и мельчайшие правила поведения духовенства, равно как и церковную доктрину и обряды... Правление всей империи носило в значительной степени церковный характер, ибо епископ наравне с двором управлял 300 округами, на которые делилась империя, а центральное правительство было в основном в руках церковников канцлерского суда и королевской капеллы... Контроль и надзор за местной администрацией осуществлялся посредством характерного каролингского института "государственных посланцев" (*missi dominici*), которые по очереди объезжали все страны империи, совсем как [впоследствии] английские судьи ассизов. Здесь тоже самые важные задания доверялись епископам и аббатам" (с. 190). Доусон цитирует великого советника Карла, англосакса Алкуина, который писал, что в мире существуют три великие силы: папство в Риме, империя в Константинополе и королевское достоинство Карла. Из них последняя сила выше других двух, потому что Христос назначил Карла руководителем народа христианского (*populus Christianus*). Алкуин заменил в церковной службе фразу "*imperium Romanorum*" на "*unperium Christianum*", подразумевая империю Карла, которая мыслилась превосходящей Рим и римлян. О сакральности королевской власти в Англии и о роли Альфреда-как главы церкви см.: *Chaney W.A. The Cult of Kingship in Anglo-Saxon England, Berkeley and Los Angeles, 1970, особ. гл. 6 Sacral Kingship in Anglo-Saxon Law.*

533

Чейни пишет, что "самое фундаментальное понятие в королевской власти у германцев — это нераздельность ее политической и религиозной функций... [Король] не бог и не всемогущ, но он исполнен харизматической силы, на которой основано благополучие его племени. Это мана короля... [которая] пронизывает не одного только короля, а и все "королевское племя", то есть тот род, из которого народ его избирает" (с. 13,15). Сакральность королевской власти перешла и в христианский период. Не проводилось различия между светской и духовной сферой, а король был Христовым заместителем в обеих и должен был "законодательствовать по церковным и по светским вопросам, то есть по всеобъемлющему благополучию своего королевства под главенством Бога и короля" (с. 192). "Король продолжал оставаться главой народа под божественной эгидой и разделение религии и королевской должности было так же немыслимо, как и во времена язычества... От правителя ожидали, что он будет исполнять для своего народа теологическую и эсхатологическую роль" (с. 247).

³⁷VIII Aethelred II // Ed. by Robertson A.J. *The Laws of the Kings of England from Edmund to Henry I. Cambridge, 1925. P. 119.* ³⁸Ibid. P. 43.

³⁹*Sohm R. Frankisches Recht und romisches Recht. ZSS (rom), 1 (1880), 1.* ⁴⁰См.: *Levy E. Reflections on the First Reception of Roman Law in Germanic States // Gesammelte Schriften. I, Koln, 1963; Levy E. Vulgarization of Roman Law in the Early Middle Ages // Ibid. P. 220—247; Levy E. West Roman Vulgar Law: The Law of Property. Philadelphia, 1951; Levy E. Westromisches Vulgarrecht: Das Obligationenrecht. Weimar, 1956. См.: Loyn H.R. Anglo-Saxon England... P. 292.*

"Присутствие сородичей, могущих поручиться за хорошее поведение [человека] и отомстить, если его обидят или убьют, имело первостепенную важность... Если человек находился в тюрьме, сородичи кормили его. Если его захватывали враги после того, как он скрылся в убежище, выдержал осаду в собственном доме или в результате добровольной сдачи в чистом поле, его родичей следовало известить об этом в течение 30 дней. Если его ловили на краже, обвиняли в колдовстве или подстрекательстве, родственники могли дать за него ручательство. Если они отказывались это сделать, то человек был обречен на жизнь в рабстве или смерть. Если его убивали в течение первого года после того, как забрали в рабство, то сородичи получали его вергельд... Если человек умирал молодым, то сородичи брали на себя заботу о наследнике... Несомненно, родственники имели большую власть над недвижимостью... Однако при том, что все эти общественные вопросы имели важное значение, и родичи обеспечивали положение человека в законе, снабжая его компургаторами, чтобы те присягнули в суде в его невиновности или добром имени, род представлял собой наиболее впечатляющее зрелище и приобретал наибольшую важность в связи с двумя тесно связанными институтами: уплатой вергельда и ведением вендетты. Если человек подвергался насилию и погибал, то его родичи имели право начать кровную месть против рода убийцы. Такую месть можно было уладить путем композиции. Можно было откупиться от копья, вергельд был суммой, уплачиваемой одним родом другому в качестве такой композиции. Это была цена крови". Лойн описывает англо-саксонское право, но его описание равно применимо и к франкскому праву, и к законам всех других народов, населявших Европу между V и VI или X и XI вв.

Керн пишет: "[Обычное право] незаметно проходит устаревшие законы, которые погружаются в небытие, но само право остается юным, всегда пребывая в уверенности, что оно старое. Однако оно не старо, скорее, на старое право вечно накладывается слой молодого права, свежая струя современного права выбивается из животворных источников подознания, большей частью еще не заключенных в жесткие границы записанных законов и хартий... Обычное право напоминает первобытный лес, который, хотя его никогда не рубили и едва ли менялись его очертания, постоянно омолаживается и через сто лет будет совершенно иным лесом; а снаружи он остается все тем же "старым" лесом, в котором медленный рост в одной его части сопровождается незамеченным увяданием в другой" (*Kern F. Kingship and Law. P. 179*).

Существует сравнительно небольшой, но ценный объем литературы на английском языке по уложениям о наказаниях, который включает следующие книги: *McNeill J.T. and Gamer H.M. Medieval Handbooks of Penance: A Translation of the Principal Libri Poenitentiales and Selections from Related Documents. New York, 1938; Oakley T.P. English*

534

Penitential Discipline and Anglo-Saxon Law in Their Joint Influence. New York, 1923; McNeill J.T. The Celtic Penitentials and Their Influence on Continental Christianity. Paris, 1923; а также несколько статей Макнейла, перечисленных во введении в "Medieval Handbooks...", роль уложений о наказаниях в монашеском движении VI — X вв. живо обрисована в книге: Lehane B. The Quest of Three Abbots.

■"См.: *Poschmann B. Penance and the Anointing of the Sick, trans. Courtney F. S.J. New York, 1964. P. 104.*

⁴ *Ibid. P. 64; см.: Уложение Куммеана (ок. 650 г.) в книге: Medieval Handbooks... P. 98.*

^Бонифаций, англо-саксонский монах, сыгравший главную роль в обращении в христианство той территории, которая ныне является Германией, был против кельтского предпочтения личному, тайному покаянию. Один из капитуляриев Карла Великого от 813 г. содержал требование "открытого греха, открытой исповеди", а в 847 г. Майнцский собор постановил, что за публичные преступления должно быть публичное покаяние. Однако Макнейл (*Celtic Penitentials. P. 173*) отмечает, что эти условия не соблюдались регулярно. Впрочем, практика публичного покаяния сохранялась, по крайней мере как сугубо добровольное дело. Так, одно франкское уложение X в. постановляет: "В начале Великого поста все кающиеся, которые предпринимают или предприняли публичное покаяние, должны предстать перед епископом города перед дверьми церкви, одетые в мешковину, с босыми ногами, с лицами, опущенными к земле" (Церковная дисциплина Регино, Канон 295 // *McNeill J.T. and Gamer H.M. Medieval Handbooks... P. 315*).

⁴⁷См.: *Oakley T.P. Penitential Discipline... P. 169.* В случае убийства в дополнение к обычным видам покаяния преступник должен был удовлетворить друзей убитого (возможно, это относится к вергельду) и оказать услуги отцу и матери.

⁴⁸Ср.: *McNeill J.T. The Celtic Penitentials... P. 185.* Более ранние формулы были в сослагательном наклонении: "Ipse te absolvat" или "Absolvat te sanctus Petrus et beatus Michael archangelus". В первой половине XIII в. обычной была формула декларативная: "Ego absolvo te auctoritate domini Dei nostri Jesu Christi et beati Petri apostoli et officii nostri". ⁴⁹*McNeill J.T. and Gamer H.M. P. 323.* Формула "лекарство для души" относится к более раннему времени. Так, Уложение Куммеана начинается словами: "Здесь начинается Пролог оздоравливающего лекарства душ" (*Ibid. P. 99*).

Это была формула Александра Тралесского (525—605), крупнейшего медицинско-авторитета эпохи. (*Ibid. P. 44*).

"Уложение Колумбана (ок. 600 г.), А. 12 (*Ibid. P. 251*). ⁵²*Ibid. P. 223.*

⁵³*Mortimer R.C. Western Canon Law. London, 1953. P. 28.* ⁵⁴VI Aethelred 50 // *Robertson, Laws of the Kings. P. 104.* ⁵⁵См.: *Dawson C The Making of Europe... P. 190.*

⁵⁶"*Leges Henrici Primi*" // Ed. and trans. L. Downer. Oxford, 1972. P. 81, 101, 143, 173, 177, 271.

⁵⁷Цит. по: *Stenton D.M. English Justice Between the Norman Conquest and the Great Charter, 1066—1215. Philadelphia, 1964. P. 7.*

⁵⁸*Ibid. P. 8.*

⁵⁹*White S.D. Pactum... legem vincit et amor iudicium. The Settlement of Disputes by Compromise in Eleventh-Century France // American Journal of Legal History, 22, 1978, 301—302.*

⁶⁰*Gluckman M. Custom and Conflict in Africa. Oxford, 1955. P. 1, 5.*

⁶¹*WaUace-Hadrill J.M. Early German Kingship... P. 151.*

⁶²*Kern F. Kingship and Law. P. 180.* Керн говорит о "средневековом" праве, но он явно имеет в виду обычное право племен раннего Средневековья, то есть периода до конца XI в.

^Эта история рассказана в книге: *Ornstein R.E. The Psychology of Consciousness.* Об интуитивном (включая мистическое и поэтическое) и аналитическом как двух взаимодополняющих аспектах сознания и их отношении к двум полушариям мозга и двум сторонам тела см.: *Ornstein Psychology of Consciousness*; см. также: *Bruner J. On Knowing: Essays for the Left Hand. Cambridge, Mass., 1962. P. 2—5.* Брунер соотносит символику правой руки с действием, правом и наукой, а символику левой руки — с чувством,

535

интуицией и сердцем. Он отмечает связь между словом, обозначающим право во французском языке ("droit"), и словом, обозначающим правую сторону. (То же относится и к немецкому слову "Recht", и к русскому "право", и к английскому слову "right", которое когда-то означало право в широком смысле, как в старинном выражении "common Right", и которое все еще означает защищенное законом право, как в выражениях "property right" или "contract right".) Брунер, однако, понимает, что научное знание, а скорее всего и право, нельзя достать одной правой рукой. Он пишет во введении к своей книге: "С детства я был очарован фактом и символикой правой и левой руки: одна — деятель, другая — мечтатель. Правая рука — это порядок и законность, "le droit". Ее красота — красота геометрии и тугого смысла. Стремление достать знание правой рукой — это наука. Однако сказать о науке только это и не более — значит проглядеть один из ее стимулов, ибо великие гипотезы науки — дары, приносимые левой рукой".

⁶³См.: *Bohannon P. Justice and Judgment Among the Tiv. London, 1957. "Diamond A.S. Primitive Law. P. 61, 195, 317 (n. 10), 320.*

⁶⁷См.: *Maine H.S. Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society and Its Relation to Modern Ideas. Boston, n.d. P. 15.*

^*Diamond A.S. Primitive Law... P. 47—48.* Даймонд также критикует Мэна за утверждение, что ранние кодексы были "простыми сборниками существующих обычаев" (с. 45) и что вообще "право происходит из существующих норм

поведения, которые в то же самое время являются по своей природе законными, моральными и религиозными" (с. vii). Даймонд считает последнее положение столь дискредитировавшим себя, что критиковать его "в наше время едва ли стоит". Но Мэн почти неизменно бывал гораздо точнее в своих утверждениях, чем признают его критики. Во-первых, он говорил не о германских кодексах, а о древних кодексах римлян, греков и индусов (XII Таблиц, Аттический кодекс Солона, Законы Ману). Во-вторых, предположение о том, что исторически "право" (Мэн здесь не говорит "кодексы") "произошло" от существующих норм поведения. Можно предположить, что первые правовые нормы произросли в законченном виде из головы какого-то законодателя. Даймонд считает абсурдным как раз утверждение, что эти существующие нормы поведения были по природе моральными и религиозными, равно как и законными. Однако его точка зрения основана на смешении понятий "моральный и религиозный" с "священническим" или "церковным". Взгляды Мэна и Даймонда обсуждаются ниже в примечаниях 69 и 70.

Lloyd D. The Idea of Law. London, 1970. P. 235. Ллойд пишет: "Одно время было широко распространено мнение, что в раннем обществе невозможно различить правовые, моральные и религиозные нормы, так как они столь тесно сплетены в единую ткань... Однако тот факт, что соблюдение обычаев может питаться религиозными убеждениями общества и от них приобретать значительную часть своего обязательного характера, не означает, вопреки представлениям более ранних авторов, таких как сэр Генри Мэн, что нет возможности провести различие между религиозными и светскими правилами в первобытном обществе... Правила, составляющие религиозные табу, нарушение которых навлекает на человека прямое наказание от рук сверхъестественных сил, часто отличны от правил, которые регулируют социальную и экономическую организацию общества, и надзор за соблюдением которых находится в руках какой-либо светской власти — самого племени или клана, вождя, группы старейшин, или же ближайших родственников пострадавшего" (с. 232). Ссылка на Мэна неоправдана, так как он никогда не писал, что в ранних обществах нельзя отличить религиозные табу, за соблюдением которых надзирает сверхъестественная сила, от правил социальной и экономической организации, за соблюдением которых следит племя или род. Мэн писал, что "светские" нормы (как называют их Ллойд, Даймонд и другие) питались (это признает и Ллойд) религиозными представлениями общества и от них получали значительную часть своего обязывающего характера; и питались столь обильно, что эти нормы и представления были, по прекрасному выражению Ллойда, "сплетены в единую ткань".

Различие между Даймондом и Мэном и в меньшей степени между Ллойдом и Мэном проистекает не столько из разного определения характерных фактов, сколько из разных концепций природы и цели права. И Даймонд, и Ллойд считают, что значимый признак права — это наложение правительственными чиновниками санкций за нарушение правил. Так, Ллойд пишет: "В широком смысле... жизненно важный контраст между

536

первобытным обычаем и развитым правом не в том, что первый лишен материальных черт права, или что он не поддержан санкциями, а просто в отсутствии централизованного управления... нет центральных органов ни для создания права, ни для соблюдения его" (с. 235).

Определение права Даймонда, данное в тексте, также в основе своей является позитивистским. Право состоит из правил, установленных государством и соблюдаемых под надзором государства. Однако Мэн считает неотъемлемой чертой права существование группы лиц, по сути, судей, которые "исключительно обладают теми принципами, по которым решаются споры" (Ancient Law. P. 11). Мэн один из первых показал, что позитивистское определение права исключает из поля зрения значительную часть первобытного права и что, напротив, определение, которое охватывает всякий обычай, невзирая на его источник и природу, почти ничего не оставляет вне поля зрения. Таким образом, Мэн, написавший в сущности немного о народном праве германцев, возможно, нашел бы его источник не в ранних кодексах (как делает Даймонд), а в тех решениях ("dooms") фольклор-тов, которые эти кодексы отражали и направляли. Возможно, Мэн сказал бы, что нормы германских кодексов "произошли" из существующих норм поведения, которые в то же самое время были по своей природе законными, моральными и религиозными. Эти кодексы стали "правом" благодаря тому факту, что они состояли из приговоров и "dooms", которые отражали и направляли знание тех, кому было поручено объявлять и применять обычай в случае конфликта. Однако показав, что франкские и англо-саксонские "dooms" были неотъемлемой частью религиозной системы — системы "wyrd" и "lof", судебных испытаний и компургации, я, надеюсь, продемонстрировал, что они не только "произошли" из существующих норм поведения, которые в то же самое время были по своей природе законными, моральными и религиозными, но фактически были "сплетены" с моральными и религиозными представлениями "в единую ткань".

Из-за своего определения права Даймонд склонен трактовать германские кодексы как сами по себе единственное "право", вместо того чтобы считать их частью более крупного законного (и в самом деле морального и религиозного) порядка. Он даже доходит до утверждения, что то, чего не было в кодексах, не могло иметь значения и в праве, конкретно имея в виду тот факт, что в ранних кодексах мало что было о процедуре. Так, он заявляет, что "для тогдашнего варвара суть дела была в правилах закона, а не в процедуре. Эта простая истина казалась бы самоочевидной, если бы не широко распространенный взгляд на первобытное право, который и распространился с помощью известных изречений Мэна, а именно, что для раннего человека [слова Мэна] норма процедуры по важности перевешивает норму существа, что материальное право на первый взгляд постепенно вырабатывается в недрах процедуры" (с. 61). Единственное основание говорить, что вопрос "самоочевиден" — так это то, что кодексы содержат мало указаний о процедуре. Однако допущение, что кодексы предназначались для решения всех важных аспектов права, совершенно необоснованно. Кодексы предназначались в основном для тех аспектов права, которые требовали формулировок по материальным правилам, по существу. Подавляющее большинство условий кодексов касались убийств, нанесения ран, половых преступлений (изнасилование, прелюбодеяние и соблазнение), краж. Многие вопросы и помимо процедуры были опущены или едва затронуты. Например, в некоторых кодексах не затрагивалась измена, обычно опускались феодальные отношения. Едва упомянуто земельное право. Истина состоит в том, что формулирование материальных правил, которые устанавливали точные суммы денег, уплачиваемых за разные обиды, было важной частью процедуры улаживания межклановых и межсемейных конфликтов. Итак, мы вместе с Мэном можем сказать, что право кодексов и вправду выглядит так, словно "вырабатывается в недрах процедуры".

Даймонд в "Первобытном праве" на с. 326 и далее утверждает, что право и религия имеют в первобытных обществах две точки соприкосновения: во-первых, некоторые преступления столь отвратительны, что становятся нарушением и закона,

и религиозных норм, а во-вторых, религиозные санкции или вера в магию могут применяться в юридических процедурах для установления истины путем применения испытания или другой формы божьего суда. Иначе, говорит он, право является всецело светским и в основе своей не затронуто религией. Эти выводы, конечно, следуют из его определения права. (См. прим. 68 и 69).

⁷¹См.: Yu-Lan F. A History of Chinese Philosophy, trans. Derk Bodde, 2 vols.

537

Princeton, N.J., 1953. Говорилось, что небо, то есть естественная вселенная, взаимодействует с человеческими делами; небо определяет добродетель и наказывает зло (Ibid. II, 500—508). Хорошее краткое пояснение значения fa и li можно найти в статье Bodde D. and Morris C. Basic Concepts of Chinese Law // Eds. J.T. C Liu и Weiming Tu, Traditional China, Englewood Cliffs, N.J., 1970. P. 92—108. Небесное li, коренящееся во врожденном человеческом чувстве, предписывает способы поведения в наиважнейших человеческих отношениях: отца и сына, правителя и подданного, мужа и жены, старшего и младшего брата, друга и друга, в то время как fa (право) стирает все эти отношения, навязывая единообразие. Li, созданное мудрецами древности в соответствии с человеческой природой и космическим порядком, имеет универсальную значимость, а fa всего лишь сиюминутное создание нынешних людей. Обряды и церемонии li дают жизни поэзию и красоту, а fa механистично и лишено эмоционального содержания. Я обязан Ю.К.Лю пониманием этих воззрений.

2.

Истоки западной традиции права
в Папской революции

"Концепция Папской революции как фундаментального перелома в исторической непрерывности церкви и как первой из великих революций истории Запада была впервые выдвинута Ойгеном Розеншток-Хюсси в его книгах "Die europäischen Revolutionen", 1931 (изд. 3-е, испр. и доп.), Stuttgart, 1960 и "Out of Revolution: The Autobiography of Western Man". New York, 1938. См. также его книгу: Driving Power of Western Civilization: The Christian Revolution and the Middle Ages (предисловие Карла В. Дейча). Boston, 1949. Из историков церкви см.: Tellenbach G. Libertas: Kirche und Weltordnung im Zeitalter des Investiturstreifes. Stuttgart, 1936; английский перевод с предисловием Р.Ф.Беннета: Church, State and Christian Society at the Time of the Investiture Contest. London, 1959 (перепечатка в серии Harper Torchbooks. New York, 1970). Телленбах утверждает, что движение за освобождение церкви от контроля короля и других мирских властей, начало которого он относит к 1058 г., является "великой революцией всемирной истории" (с. 111) и что папа Григорий VII "является величайшим, а с духовной точки зрения, возможно, и единственным, поворотным пунктом в истории католического христианства... Он был по своему духу революционером; реформа в обычном смысле слова... не могла удовлетворить его" (с. 164).

В книге: Knowles D. and Obolensky D. The Christian Centuries Vol.2, "The Middle Ages". New York, 1968, — утверждается, что в ходе григорианской реформы "на Западе впервые возник организованный класс, духовенство, то есть клирики, тесно сплоченные под руководством епископов, которые сами были крепко привязаны к епископу Рима, класс, имевший право и интересы, отделявшие его от мирян, которым отводилось низшее место" (с. 169). "Если не придерживаться строгости, — пишут далее авторы, — то можно сказать, что именно григорианская реформа разделила в итоге духовенство и мирян на два разных отряда внутри церкви. Это разделение все больше подчеркивалось, и вскоре понятия "церковь" и "церковник" стали обозначать духовенство как противоположное мирянам понятие" (с.260). Даже такой убежденный сторонник мнения о непрерывной преемственности в католической истории, как Уолтер Уллман, писавший, что Григорий VII пытался "перевести абстрактные принципы в конкретные правительственные действия", тем не менее характеризовал григорианскую реформу как "первое конкретное применение этих принципов" (Ullmann W. The Growth of Papal Government. London, 1955. P.262). Уллман писал, что папство во второй половине XI в. было "не просто папством данной реформы" — оно не "ограничивало свои задачи искоренением определенных пороков и зол". "Папство пыталось претворить в жизнь принципы священноначалия..." Другими словами, папство хотело не "простой реформы", а революции.

В своем классическом исследовании "Western Society and the Church in the Middle Ages" (Harmondsworth, 1970)

R.W.Southern утверждает, что не прошло и 60—70 лет после 1050 г., как картина экономического положения, религиозных идеалов, форм правления и обрядовых процессов в Европе "изменилась почти во всех отношениях".

"Светский правитель был смещен со своего пьедестала квазибожественного великолетия, папа приобрел

538

новую власть вмешиваться и руководить как духовными, так и светскими делами, бенедиктинский устав лишился своей монополии в религиозной жизни, совершенно новый импульс был придан праву и богословию, было сделано несколько важных шагов в направлении понимания физического мира и даже управления им. Экспансия Европы началась всерьез. То, что всему этому суждено было свершиться за столь короткое время, является самым примечательным фактом истории Средневековья" (с.34).

В статье Ива Конгара, многое поясняющей, утверждается, что "реформа, начатая Св. Львом IX и с такой энергией продолженная Св.Григорием VII, представляет собой решительный поворот с точки зрения церковной доктрины вообще и понятия авторитета в частности". Конгар указывает, "что поиск юридических текстов для поддержания позиции Григория ознаменовал начало науки канонического права и что тайна программы Григория лежит в его переводе абсолютной справедливости, или божественного права, в новую систему церковного права, в сердце которой правовой авторитет папы". "Человек воистину подчиняется Господу, когда он подчиняется его представителю", — пишет Конгар. Он утверждает, что начиная с XI в. авторитет церкви, и в особенности высший авторитет папы, стал оформляться в юридических терминах. Например, именно тогда впервые термин "папская курия" был использован для обозначения папского дома как суда, автоматически обладавшего властью рассматривать или пересматривать любые постановления, принятые епископскими судами (Congar Y. The Historical Development of Authority in the Church: Points for Christian Reflection // Ed. by John M.Todd Problems of Authority: An Anglo-French Symposium. London and Baltimore, 1962. P.139—140).

Великий французский историк общества и экономики Марк Блок пишет: "Григорианская реформа была чрезвычайно мощным движением, к которому можно без натяжки приурочить окончательное формирование латинского

католицизма, именно тогда и не по случайному совпадению навсегда отделившегося от восточного христианства. Как ни различны проявления этого духа, более нового, чем думалось его ревнителям, его существо можно выразить в нескольких словах: в мире, где до той поры священное и светское были почти неотделимы, григорианское течение стремилось утвердить изначальность и превосходство духовной миссии, носителем которой является церковь, стремилось выделить священника и поставить его над простым верующим" (*Блок М. Феодальное общество* / Пер. Е.М.Лысенко. М., 1973. С.157—158). Блок также выдвигает мнение, что этот революционный дух внутри церкви был связан с происходившей в это же время крупной общественно-экономической переменой, которая отделила "первый феодальный период" от "второго феодального периода" (выражение Блока). Он пишет: "К середине XI в. наблюдается ряд очень глубоких и очень широких перемен", которые "охватили одну за другой почти все кривые общественной жизни" (с. 116). В дополнение к духовным и общественно-экономическим переменам Блок также указывает на "огромный расцвет культуры" в это время и на новый образ мышления в отношении общества. Здесь он подчеркивает важность возрождения юриспруденции во второй половине XI в., интерес к которой "побуждал видеть в социальных реальностях нечто такое, что может быть методично описано и истолковано" (с. 158). Новая юридическая образованность давала результат и в другом направлении. "Каков бы ни был предмет рассуждения, он прежде всего приучал умы мыслить последовательно" (с. 158). В результате к концу XII в. "люди действия обычно располагали более совершенным, чем прежде, инструментом логического анализа" (с. 159). Во время недавнего реформаторского движения, начатого папой Иоанном XXIII, все большее число католических сторонников радикальных перемен обращается к папе Григорию VII как зачинателю новой эры в истории церкви, эры, которая ныне, как они видят, близится к концу (см. об этом: *Kung H. The Church*. New York, 1967. P.384). Среди светских историков значение Папской революции отчасти высвечивалось, а отчасти затемнялось новым открытием "XII века" как периода формирования западных институтов, мысли, искусства нового времени. Англоязычная литература на эту тему уходит корнями в книгу: *Haskins C.H. Renaissance of the Twelfth Century*. Cambridge, Mass., 1927; см. также: *Claggett M., Post G. and Reynolds R. Twelfth-Century Europe and the Foundations of Modern Society*. Madison, Wis., 1961; *Morris C. The Discovery of the Individual, 1050—1200*. New York, 1972; *Packard S.R. Twelfth-Century Europe: An Interpretive Essay*. Amherst, Mass., 1973; *Cantor N.F. Medieval History: The Life and Death of a Civilization*. New York, 1963. Автор последней работы говорит о григорианской реформе как о "первой из великих революций в истории Запада" и ставит ее в один ряд с Реформацией, Француз-

ской революцией, Русской революцией. Этим он правильно определяет период фундаментальной перемены промежутком между 1050 и 1150 гг., а не между 1100 и 1200 гг..

Как писал Марк Блок, "появление во Франции XI в. больших эпических поэм можно рассматривать как один из симптомов могучего культурного расцвета последующего периода. Нередко говорят: "Возрождение XII века". При всех оговорках, касающихся этих слов, буквальный смысл которых, казалось бы, должен означать отнюдь не изменение, а всего лишь воскресение, формулу можно сохранить, с условием, однако, что мы не будем слишком точно соблюдать ее хронологические рамки. Если это движение и развернулось во всю ширь именно в тот век, с которым его обычно связывают, то первые проявления его, а также соответствующих демографических и экономических изменений относятся к поистине решающему периоду в два-три десятилетия накануне 1100 г." (*Блок М. Феодальное общество*. С. 154). Джозеф Стрейер приписывает Григорию VII и связанным с его именем событиям в конце XI и в XII столетии происхождение идеи государства нового времени (*Strayer J. On the Medieval Origins of the Modern State*. Princeton, N.J., 1970. P.22). Это одна из основных тем моей книги.

Революционные перемены в устройстве и правовой структуре европейских государств в период после борьбы за инвеституру в деталях прослеживаются в важной книге: *Mittels J. Der Staat des Hohen Mittelalters: Grundlinien einer vergleichenden Verfassungsgeschichte des Lehnzeitalters*. 4th ed. Weimar, 1953. Англ. перевод (автор H.F.Orton) *The State in the Middle Ages: A Comparative Constitutional History of Feudal Europe*. Amsterdam, 1975. Миттайс не колеблясь говорит о "конституционной революции" в этот период и о "революции в политической мысли", а также о "революционных переменах" в праве. Значительная часть этого материала охвачена также в книге: *Ullmann W. Law and Politics in the Middle Ages*. London, 1975. Хотя Уллман и не проводит такого резкого различия между периодами до и после борьбы за инвеституру.

См. также: *Brown P. Society and the Supernatural: A Medieval Change*, Daedalus, Spring 1975. P. 133, где приводится каталог фундаментальных изменений, который может служить разделом "Содержание" для данной главы. Браун пишет о "внезапном появлении новых взаимоотношений между духовенством и мирянами во время борьбы за инвеституру (борьбы, связываемой с именем великого папы — Григория VII (1073—1085), а на самом деле это процесс в западном обществе, столь же широкий и неотвратимый, как прилив). На протяжении XI в. феодальный рыцарский класс становится четко очерченной группой, а в XII в. факты городской жизни и торгового профессионализма нового стиля уже утвердились... Появляются новшества и в формах права и организации: возникновение письменных кодексов после веков обычного, устного, права, рецепция римского права в Болон-ских школах, кодификация канонического права и теологии христианской церкви (в "Decretum" монаха Грациана около 1140 г. и в Сенденциях Петра Ломбардского около 1150 г.)... Бесчисленные нововведения в управлении и постоянное экспериментаторство в области новых форм социальной организации определяют лицо Европы в XII в. Наконец... мы обнаруживаем поиски в области способов самовыражения" (с. 133—134).

Несмотря на такой набор авторитетных мнений, традиционная точка зрения все так же скептически относится к фундаментальному разрыву в исторической непрерывности Европы во время так называемого Средневековья. Сидней Р.Пакард пишет: "Хотя сравнение европейских правительств в 1100 и в 1200 гг. обнаруживает много важных различий, попытки некоторых авторов выдумать еще одну "революцию" в этой области опираются, по всей очевидности, на очень шаткие основания" (*Packard S.R. Twelfth-Century Europe*. P.321). Возможно, даже такая вера в вечную постепенность изменений все-таки может быть опрокинута весьма существенными свидетельствами, приведенными здесь, возникновения новых правовых систем по всей Европе на протяжении полутора веков с 1075 по 1225 г.

²*Brown P. Society and the Supernatural...* P. 134.

Император Генрих III оправдывал низложение трех пап в 1046 г. тем, что он (Генрих) — Христов викарий (см. *Southern*

R. W. Western Society... P. 104—105). Генрих IV позже писал папе Григорию VII: "Ты осмелился тронуть меня... который, согласно традициям Святых отцов, может быть судим одним Богом" (*Barraclough G. The Investiture Contest and the German Constitution* // Ed. by Williams S. *The Gregorian Epoch: Reformation, Revolution, Reaction?* Lexington, Mass., 1964. P. 63).

540

Rosenstock-Huussy E. Out of Revolution... P. 506. Дэвид Ноулз пишет, что аббатство Клуни стало полностью централизованным не ранее XI в. и что на практике оно было организовано значительно слабее, чем впоследствии, в XII в., орден цистерцианцев (цит. по: *Williams S. The Gregorian Epoch...* P. 39).

⁵*Ganshof F.L. The Imperial Coronation of Charlemagne.* Glasgow, 1971.

⁶*Tierney B. The Crisis of Church and State, 1050—1300, with Selected Documents.* Englewood Cliffs, N.J., 1964. P. 13—14. Документы, подтверждающие значительную часть этой главы, можно найти в книге Тирни (см. также: *Tierney B. and Painter S. Western Europe in the Middle Ages, 300—1475.* New York, 1978.

"Tierney B. *The Crisis of Church and State.* P. 227.

Предисловие Р.Ф.Беннета к книге: *Tellenbach G. Church, State...* P. XIV—XV.

⁹Цит. по: *Prescott O. Lords of Italy: Portraits from the Middle Ages.* New York, 1972. P. 43.

¹⁰*Leyser K.J. The Polemics of the Papal Revolution* // Ed. by B. Smalley. *Trends in Medieval Political Thought.* Oxford, 1965. P. 53.

"ibid. P. 42; см. также: *Morrison K.F. Tradition and Authority in the Western Church, 300—1140.* Princeton, N.J., 1969. P. 294—295: "Лев IX был свидетелем ярых протестов против своих запретов [на симонию и николаизм] на синодах в Риме и Мантуе. Но постановления Григория против симонии вызвали аналогичное сопротивление по всей Европе... Такая же реакция последовала на его постановления о celibate духовенства. В 1059 г. попытка Петра Дамиани настоять на celibate клириков в Милане привела к народному восстанию, а римское духовенство при Стефане IX считало воздержание клириков "тщеславным и легкомысленным". Когда епископ Брешии прочел своему духовенству постановление Николая II о запрете брака священников, он был избит до смерти. Постановления Григория были встречены так же. За выступление в защиту запрета, наложенного Григорием на одного аббата, накинулись окружающие на Парижском синоде, а клир архиепископа Руанского камнями выгнал его из церкви. Духовенство Камбре бунтовало в открытую. Такое же положение было в некоторых германских церквях".

Латинский текст Диктатов папы содержится в книге: *Hofmann K Der Dictatus Papae Gregors VII.* Paderborn, 1933. P. 11.

Диктаты папы в английском переводе приведены в книге: *Enter S.Z. and Morrall J.B. Church and State through the Centuries.* London, 1954. P. 43—44; воспроизведены в книге: *Tierney B. The Crisis of Church and State...* P. 49—50.

"Fliche A. *La reforme Grigoriennne*, II. Paris, 1933. 202. В настоящее время большинство исследователей считает, что эти двадцать семь условий были написаны в качестве указателя содержания для последующего документированного текста, который, однако, так и не был написан.

¹⁴Это письмо приведено в книге: *Tierney B. Crisis of Church and State.* P. 59—60.

' Это постановление воспроизведено в книге: *The Correspondence of Pope Gregory VII: Selected Letters from the Registrum* // Ed. and trans. Ephraim Emerton (1932; reprint ed. New York, 1969). P. 133.

"Григорий писал Вильгельму Завоевателю: "Если я, следовательно, должен буду ответить за тебя в страшный судный день перед праведным Судией, который не лжет, создателем всякой твари, подумай, не должен ли я очень тщательно обеспечить твоё спасение, и не должен ли ты для своей собственной безопасности без промедления подчиниться мне, чтобы ты смог обладать землей живых". (Цит. по: Bryce J. *The Holy Roman Empire.* New York, 1886. P. 157—158).

"*Le Bras G. Canon Law* // Eds. C.G. Grump and E.F. Jacob. *The Legacy of the Middle Ages.* Oxford, 1926. P. 333—334.

¹⁵*Bernheim E. Politische Begriffe des Mittelalters im Lichte der Anschauungen Augustins* // *Deutsche Zeitschrift für Geschichte*, n.s. 1 (1896—1897), 7. (Папа в качестве Христова викария на земле является "debitor iusticiae in omnibus qui in Christo sunt — curia totius christianitatis".)

"Это крупная тема в книге: *Rosenstock-Huussy E. Out of Revolution...* Сазерн указывает, что "и греческая, и исламская система были неизмеримо богаче, мощнее, интеллектуально утонченнее, чем западноевропейская. Запад был бедным родственником Византии" (*Southern R.W. Western Society...* P. 27).

"Начиная с 1074 г. папа Григорий VII пропагандировал идею организованной под

541

этидой папства армии, которая освободит восточных христиан от угнетения неверных турок. Начав первый крестовый поход, папа Урбан II считал, что идет по начертанному Григорием пути (см.: *Erdmann C. Die Entstehung des Kreuzzugsgedankens.* Stuttgart, 1936. P. 149—153, 210—211, 285—286, 308—309). Книга Эрдмана переведена на английский язык под названием "The Origin of the Idea of Crusade" [Princeton, 1977]). Одной из целей крестовых походов, кроме освобождения от мусульман места захоронения Христа, был экспорт Папской революции в мир восточного христианства. В ряде случаев крестоносцы втягивали в бой православных христиан. Папа объявил свое верховенство над Константинополем и всем христианским миром. Однако в итоге эта цель не была достигнута. В 1099 г. крестоносцы основали Иерусалимское королевство, подчиненное папскому престолу, но второй крестовый поход (1147—1149) был безрезультатным. Во время же третьего крестового похода (1189—1192) хотя и удалось взять Акру, не удалось отбить Иерусалим, захваченный Саладином в 1187 г. Четвертый крестовый поход, начатый в 1199 г., достиг своего апогея в штурме Константинополя в 1203 г. и низложении и замене императора крестоносцами. (К Иерусалиму даже не подходили.) В XIII в. было еще четыре крестовых похода, причем все принесли ощутимую неудачу (хотя Фридрих II короткое время удерживал Иерусалим в 1228—1229 гг.). Несмотря на это, крестовые походы дали важные результаты во внутренней политике. Они отразили и сохранили идеологию Папской революции, они расширили торговлю и способствовали развитию великих итальянских торговых городов — Венеции, Генуи и Пизы. Они укрепили власть папского престола. Наконец, они помогли создать класс военной аристократии — рыцарей, который по своему характеру был христианским и европейским.

¹²*Southern R.W. Western Society...* P. 34—35. Сазерн добавляет: "За этим движением экспансии не стояло какое-то одно выдающееся достижение техники, а было сочетание многих обстоятельств: растущее накопление капитала, рост населения, возвращение Средиземноморья под контроль Запада, политический упадок греческой и мусульманской им-

перий. Все это способствовало открытию для Запада все новых перспектив". Более конкретно Сазерн называет освоение невозделанных земель, улучшение рек, дорог и каналов, организацию рынков и кредит. "Колонизация началась на всех границах Западной Европы, а с колонизацией начался знакомый процесс военной агрессии. Впервые в истории Западная Европа стала областью избыточного населения и избыточного производства... Два столетия после 1100 г. Запад был охвачен такой жадной властью и господства, которой не видно было предела". Мнение Сазерна, что за этим не стояло какое-то одно выдающееся достижение техники, оспаривается Линн Уайт (см. прим. 23).

"White L. Medieval Technology and Social Change. Oxford, 1961. P. 57—69. Уайт указывает на важное значение изобретения хомута, благодаря которому впервые стало возможным использовать лошадиную силу в широком масштабе (с. 72—76). Более широкое использование лошадей в сельском хозяйстве было связано с введением весеннего сева и трехпольной системы, благодаря чему удалось значительно увеличить запас пищи. М.-Д. Шенно пишет о технических достижениях XII в.: "Производство энергии сделало огромные шаги с усовершенствованием и распространением машин для использования силы воды и создания кругового движения: мельничных колес; гидравлических колес, позволивших одной лошади делать работу, на которую раньше требовалось двадцать пять; ветряных мельниц, впервые появившихся в Европе в 1105 г.; машин, которые могли накапливать энергию через систему противовесов и колес... Новые средства для перевозок и поездов дали людям большую свободу: давнее изобретение тяглового хомута для лошадей и быков преобразило сельскую жизнь; использование кия и руля относится к 1180 г.; благодаря компасу стали возможны долгие путешествия морем... Механические часы начали рационализировать время..." (*Chenu M.-D. Nature, Man, and Society in the Twelfth Century* / Ed. and trans. J. Taylor and L.K. Little. Chicago, 1968. P. 43 (первые опубликована в 1957 г. под названием "La theologie au douzieme siecle"))).

²⁴См. главу 3 об истоках западной науки права. Шенно в своей книге на с. 16—17 указывает, что Абельяр в первые десятилетия XII в. проводил "жесткую границу" между теми вещами, которые объяснялись творческой деятельностью Бога по устройению мира, с одной стороны, и с другой — "естественными причинами", которые "объясняют устройство или развитие тех вещей, которые происходят без всяких чудес". Он говорил об этих последних как о *vis naturae* ("сила природы") и *naturales causae* ("естественные причины").

542

²⁵См.: Блок М. Феодальное общество. С. 145, 154. Первопроходческое исследование связей между новой литературой конца XI и XII в. и одновременного развития права можно найти в книге: Block H.R. Medieval French Literature and Law. Berkeley, 1977.

Карл Великий исправил принятый Никейским собором символ веры, вставив слова "и от Сына" (*filioque*) после слов "...верую и в Духа Святого, Господа, Иже от Отца исходящего". Это было обидой для восточной церкви потому, что представляло новую концепцию Троицы, и потому, что было сделано в одностороннем порядке. Это была поправка к важнейшему постановлению важнейшего в истории церкви вселенского собора. См. главу 4 прим. 28.

² Пит. по: Trends... P. 11.

²⁸Ibid. P. 12.

²⁹"De Civitate Dei" 1.35.46; см.: Marlcus R.A. Saeculum: History and Society in the Theology of St. Augustine. Cambridge, 1970. P. 20—21. "Одна из фундаментальных тем в его размышлениях об истории та, что с момента пришествия Христа до конца мира вся история гомогенна и что нельзя составить ее план по образцу, взятому из священной истории". См. также: Keyes G.L. Christian Faith and the Interpretation of History. Lincoln, Nebr., 1966. P. 177—178. Христианин "не имеет надежды на царствие земное, которое с христианской точки зрения было бы намного лучше того, которое он сейчас видит перед собой, и уж тем более не имеет надежды на постепенное воплощение Царствия Господнего на земле".

³⁰Цит. по: Tierney B. Crisis of Church and State... P. 68—69, 71.

³¹Цит. по: Rosenstock-Huessy E. Soziologie, II. Stuttgart, 1958. P. 663.

³²Ibid. P. 662.

³³Policraticus: The Statesman's Book of John of Salisbury, trans. John Dickinson (New York, 1963). PI9.

³⁴Leyser K.J. Шт. по: Trends... P. 60.

¹⁵Chenu M.-D. Nature, Man, and Society. P. 162—201. Шенно утверждает, что "не последним из великолепных достижений латинского христианства в XII веке было пробуждение в человеке активного чувства истории" (с. 162). См. также: Southern R.W. Aspects of the European Tradition of Historical Writing. 2. Hugh of St. Victor and the Idea of Historical Development, TRHS, 5th ser., 21 (1971), 159. Вальтер Фрейнд подчеркивает использование понятия современности в произведениях Петра Дамиани, Иоанна Солсберийского, Вальтера Мапа и других писателей XII в. (*Freund W. Modernus und andere Zeitbegriffe des Mittelalters*. Koln, 1957). Он частично прослеживает это понятие и убеждает григорианских реформаторов конца XI в. в том, что они вступают в совершенно новые и небывалые времена (с. 60).

ши<

³⁶Barraclough G. The Origins of Modern Germany. Oxford, 1947. P. 114: "Отвернувшись от старой теории Геласия о гармоничном сотрудничестве двух великих властей [духовной и светской], партия Гильдебранда искала разделения церкви и государства, что включало и полное изменение положения короля в христианском обществе. Это не обязательно означало его подчинение папе, хотя Григорий скоро сделал этот положительный вывод из своих же собственных аргументов, но это с необходимостью означало, что священноначальнический характер и положение короля ставились под сомнение. Для Григория король был чиновником, без которого вполне можно было обойтись".

В 1302 г. папа Бонифаций VIII пошел еще дальше, заявив: "Тот, кто отрицает, что мирской меч во власти Петра, не понимает слов Господа". Этот взгляд соответствует доктрине "полноты власти" (*plenitudo potestatis*) папы как Христа викария на земле. Однако если духовным мечом папа владел непосредственно, то светским мечом он владел через посредство королей и князей (*Southern R.W. Western Society*... P. 143; см. также: Tierney B. Crisis of Church and State... P. 183, 188—189. См. главу 7).

О трансформации природы епископской власти в результате борьбы за инвеституру см.: Benson R.L. The Bishop-Elect: A Study in Medieval Ecclesiastical Office. Princeton, N.J., 1968. Бенсон анализирует многие из источников, составляющих основу этой главы. Первая фраза — из книги Розенштока "Europaischen Revolutionen" (1931). Вторая — из книги Телленбаха "Libertas: Kirche und Weltordnung" (1936). Реформаторы XI в. говорили просто "правильный порядок".

Происхождение западной юридической науки
в европейских университетах

'Ed. and trans. Thorne S.E. Bracton on the Laws and Customs of England, I. Cambridge, Mass., 1968. P. XXXVI. Торн убедительно опровергает взгляд Мейтленда на Брактона как "дурного специалиста римского права".

Хаскинс пишет: "Были другие центры изучения права до Болоньи, например, Рим, Павия и Равенна, были болонские юристы до Ирнерия, в частности Пепо, "яркий сияющий свет Болоньи", возникающий возможно в 1065 и наверняка в 1076 г. в решении того самого дела, в котором впервые вновь появляются Дигесты..." (*Haskins C. The Renaissance of the Twelfth Century. Cambridge, Mass., 1927. P. 199*). Тем не менее, как указывает Хаскинс, именно Ирнерий "отделил наконец право от риторики и придал ему полноправный статус как независимому предмету изучения, теперь уже основанному не на извлечениях и очерках, а на тексте Свода гражданского права, который теперь можно было использовать в целом для объяснения каждой из частей". Последняя фраза — ключ к настоящей главе.

Самый лучший очерк на английском языке о школе права в Болонье содержится в книге: *Rashdall J. The Universities of Europe in the Middle Ages. Oxford, 1936. I. 87—267*. Классической работой по этому предмету до сих пор остается книга: *Savigny F.G. Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter. 2nd ed. III. Heidelberg, 1834. P. 137—419*. Отличный краткий очерк написал Дэвид Ноулз: *Knowles D. The Evolution of Medieval Thought. New York, 1962. P. 153—184*. Бесценное исследование не только преподавания права в Болонье, но и переноса болонской системы в другие европейские университеты содержится в книге: *Coing H. ed., Handbuch der Quellen und Literatur der neuen europäischen Privatrechtsgeschichte, I. München, 1973. S. 39—128*.

Одофред в начале XIII в. писал, что в Болонье учатся 10 тысяч студентов. Некоторые ведущие исследователи сомневаются в этой цифре, а Коинг в своем справочнике дает цифру в 1 тысячу (с. 81). Однако цифру 10 тысяч не подвергают сомнению другие ведущие исследователи (*Denifle P.H. Die Entstehung der Universitäten des Mittelalters bis 1400. Berlin, 1885. P. 138; Sorbelli A. Storia della Università di Bologna, vol. 1, II Medioevo: Secc. XI—XV. Bologna, 1944. P. 209*).

⁴*Rashdall H. Universities of Europe... P. 159—160*.

⁵*Ibid. P. 50—54, 275—278; см. также, прим. 7*.

⁶*Ibid. P. 159—160*.

⁷Парижский университет получил ряд привилегий от короля Филиппа в 1200 г., а свой первый статут от папского легата в 1215 г. Происхождение университета уходит корнями во время Абеляра, начало XII в.

*Ed. S.P.Scott, *The Civil Law*, 17 vols. Cincinnati, Ohio, 1932. Рукописи Кодекса, Новелл и Институций Юстиниана сохранялись на Западе, но Дигесты, самая важная часть из всех, исчезли.

D. 42.16, О запрете Vi et Armata ("Силой и вооруженной силой"). Латинский текст кодификации Юстиниана можно найти в книге: *Krueger P., Mommsen T., Schoell R., Kroll W. II Eds. by Corpus Juris Civilis. Berlin, 1954—1959*.

¹⁰*Dawson J.P. The Oracles of the Law (Ann Arbor, Mich., 1968). P. 114—115*.

"*ibid. P. 116—117*.

¹²*Vinogradoff P. Roman Law in Medieval Europe. Oxford, 1929. P. 29*.

¹³Одофред. Пит. по: *Savigny F.G. Geschichte... P. 553*.

¹ В современном значении понятие диалектики как метода синтеза противоположностей исходит от Гегеля. Однако традиция этой мысли уходит к Абеляру.

¹⁵*Haskins G. The Renaissance... P. 53*.

¹⁶*Knowles R. The Evolution... P. 162*.

^*Abailard P. Sic et Non: A Critical Edition / Ed. Blanche Boyer and Richard McKeon. Chicago, 1976*. В прологе Абеляр указывает на несколько возможных путей примирения противоречий (например, одни и те же слова могли быть употреблены в различных значениях). Но если не он сам, то его последователи поняли, что механическое примирение может оказаться невозможным и что значение противоречащих друг другу мест часто можно

найти только во взаимосвязях и задачах всего свода литературы Писания и патристики. Оригинал: *Abelard P. Diabetica / Под ред. L.M. de Rijk. Assen, Netherlands, 1956; Grabmann M. Die Geschichte der scholastischen Methode, II. Freiburg, 1911, 168—229*.

¹⁸*Randall J.H. Aristotle. New York, 1960. P. 33*.

"*ibid. P. 54*.

²⁰^*Аристотель. Топика, 1.1. 100a25—100b23; 1.12.105a10—19*, в книге: Ed. by R. cKeon. *The Basic Works of Aristotle. New York, 1941. P. 188, 198*.

²¹*Wittgenstein L. On Certainty / Ed. by G.E.M. Anscombe and G.H. von Wright. New ork, 1969*.

²²*Kunkel W. An Introduction to Roman Legal and Constitutional Law, trans. J.M. Kelley, 2nd ed. Oxford, 1973. P. 98—103*.

^*Friedrich C.J. Transcendent Justice: The Religious Dimension of Constitutionalism, Durham, N.C., 1964. P. 5*.

¹*Kunkel W. Introduction. P. 84—86, 95—124*.

²⁵*Schulz F. History of Roman Legal Science. Oxford, 1946. P. 57—58*.

^*Schulz F. Principles of Roman Law. Oxford, 1936. P. 53; Stein P. Regulae Iuris: From Juristic Rules to Legal Maxims. Edinburgh, 1966. P. 36*.

HSchulz F. History of Roman... P. 94.

P. 36.

Behrens D. Begriff und Definition in den Quellen. ZSS (rom), 74

"*Ibid p 95*.

²⁹ *Stein P. Regulae.*

³⁰*Ibid P 45—46*.

³¹Ibid p. 37.

³²Ibid p. 41.

³³Ibid. p. 48.

³⁴Ibid ; см.
также:
(1957), 352.

³⁵,
³⁶D. 19.1.11.1.

³⁷Stein P. *Regulae...* P. 118. Так, согласно D. 50.17.67, "когда предложение имеет два значения, следует принять то, которое лучше приспособлено к данному делу". Согласно D. 50.17.125, "ответчики рассматриваются более благоприятно, чем истцы", а по D. 50.17.126, "когда возникает вопрос относительно притязаний двух лиц, позиция владельца предпочтительнее".

³⁸Sten P. *Regulae...* P. 70.

³⁹Viehweg T. *Topik und Jurisprudenz*. 5th ed. Munchen, 1954. P. 74.

⁴⁰Цит. по: Schulz F. *Principles...* P. 51—52; Weber M. *Economy and Society* / Ed. by G. Roth and C. Wittich, II. New York, 1968. P. 787; см. также: Viehweg T. *Topik...* P. 46—61. (Но см.: Stein P. *Regulae...* P. 74—89.)

⁴¹Schulz F. *History of Roman...* P. 43—48.

⁴²Ibid. P. 65.

⁴³Цит. по: Stein P. *Regulae...* P. 157.

⁴⁴Abelard P. *Dialectica*. P. 263.

⁴⁵William and Kneale M. *Introduction to Logic*. Oxford, 1968. Авторы этого ведущего исследования считают, что Абеляр — одно из четырех наиболее важных лиц в развитии логики; другие трое — Аристотель, Лейбниц и Фреге (с. 202—203, 245, 320 и 511). Я в долгу перед Мануэлем Лоренсу за то, что он направил меня к этой работе и руководил мною в тонкостях сущностного обобщения.

Например, если тексты Юстиниана походя ссылались на "природу договора" в очень ограниченном смысле, то глоссаторы переводили слово "natura" (природа) как "естество" и спорили, можно ли специальным соглашением исключить "naturalia" договора. В XIV в. Бальд развил сложную теорию, проводившую разграничения между "substantialia", то есть теми условиями договора, которые дают ему "бытие*" и без которых он не может существовать (например, в договоре купли-продажи — продаваемая вещь и цена), и "naturalia", то есть теми элементами, которые выводятся из договора и могут быть изменены специальными условиями, и "accidentalialia", то есть теми элементами, которые происходят сугубо из специального назначения сторон (Бальд D. 2, 14, 7, 7. по 1; G1. "Extra naturam" D. 2, 14, 7, 5; Ср.: Coing H. *Zum Einfluss der Philosophie des Aristoteles auf*

545

die Entwicklung des Romischen Rechts. ZSS (rom), 69 (1952), 24—59). Хотя он цитирует этот отрывок из Бальда, профессор Коинг не проводит различия между средневековым европейским и византийским правовым мышлением, а скорее прослеживает влияние Аристотеля так, как если бы оно двигалось по прямой.

Великолепный пример того, как глоссаторы использовали максимум для выведения определенных конкретных результатов, можно найти у Герхарда Отте: *Otte G. Dialektik und Jurisprudenz*. Frankfurt am Main, 1971. P. 214—215.

Даже сегодня ученые спорят, был ли Аристотель реалистом, номиналистом или чем-то средним, что иногда именуют концептуалистом. Концептуалист рассматривает сущности вещей (универсалии) как существующие в этих вещах, а не отдельно от них (реализм) и не как не существующие вообще (номинализм). Эта позиция довольно близка к позиции Абеляра, и заключена в воззрении, что правовые нормы являются обобщением отдельных решений.

Все, что мы знаем о биографии Грациана, изложено в статье: *Kuttner S. The father of the Science of Canon Law // The Jurist*, 1, 1941, 2—19. *Decretum*, в книге: Ed. by E. Friedberg *Corpus Iuris Canonici*. Vol. I (1879; reprint ed. Graz, 1959).

*См. *Migne*. PL 140. 539—1058. Бурхард умер в 1025 г. *Migne*, PL 166. 47. Иво жил с ок. 1040 по ок. 1115 г.

Другие канонисты и богословы, на которых он опирался в своем диалектическом методе, перечислены в книге: *Chodorow S. Christian Political Theory and Church Politics in the Mid-Twelfth Century: The Ecclesiology of Gratian's Decretum*. Berkeley, 1972. P. 2, n.3.

Kuttner S. Harmony From Dissonance: An Interpretation of Medieval Canon Law. Latrobe, Pa., 1960.

⁵⁴*Decretum*, Dist. 9, C.1.

⁵⁵Ibid. Dist. 9, dict. post. C. II.

⁵⁶Ibid. Dist. I, C.2.

⁵⁷Ibid. Dist. 9, C. 2. Возможно, Фриц Шульц прав, утверждая, что такие классические римские тексты, как "Угодное князю имеет силу закона" и "Князь освобождается от законов", следует понимать узко и что только в послеклассическую эпоху император встал выше закона вообще (*Schulz F. Bracton on Kingship // English Historical Review*, 60 (1945), 136). Однако с той эпохи до нас не дожило ни одного утверждения римского юриста, где говорилось бы, что император связан законами (а вполне возможно, что, как сказал Питер Банос, не выжил ни один юрист, делавший подобные утверждения). Выраженная в этих текстах мысль скорее подкрепляется, а не отрицается условием Кодекса Юстиниана I. 14.4: "Достоинство величия царствующего князя, если он объявляет, что подчиняется законам; ибо наш авторитет зависит от авторитета закона".

⁵⁸*Decretum*, Dist. 10, c. I и Pars II. Ibid. Dist. 11, Pars I. Анализ оригинальности изложения Грацианом источников права можно найти в статье: *Gaudemet J. La doctrine des sources du droit dans le Décret de Gratien // Revue de droit canonique*, 1 (1951), 6. Стэнли Чодороу безусловно прав, подчеркивая, что ключ к применяемому Грацианом подходу к иерархии законов в том, что Грациан рассматривал церковь как юридическое сообщество, аналогичное прочим юридическим сообществам (*Chodorow S. Christian Political Theory*. P. 97). По этой причине он для определения места закона или правового принципа в иерархии обращался прежде всего к политическому авторитету автора этого закона или принципа.

⁵⁹*Le Bras G. Canon Law // Eds. C. G. Crump and E. F. Jacob. The Legacy of the Middle Ages*. Oxford, 1926. P. 325—326.

⁶⁰*Decretum*, Dist. 9 c. I. Ibid. Dist. 37, цит. по англ. переводу: *Norton A. O. Readings in the History of Education*. New York, 1971. P. 60—75.

Иной род синтеза, включающий простой выбор одного из двух противоречащих друг другу решений, характерен для философского метода Фомы Аквинского (конец XIII в.), который в этом отношении сделал шаг назад.

⁶¹См.: *Russell F. H. The Just War in the Middle Ages*. Cambridge, 1975.

546

Kantorowicz H. The Quaestiones Disputatae of the Glossators // Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Solidus Revue d'histoire du droit, 16 (1939), 5. ⁶²Ibid. P. 23.

Ibid. P.55—56. Вот список Канторовича: *titulus, rubrica, summaria, exordium, casus, causa, materia, thema, ponere, queritur, questio, controversia, disputatio, actor, argumentum, decisio, definitio, determinatio, Judicium, sententia, responsum, distinctio, problema, solutio* и др. Но см.: *Pringsheim F.* Beryt und Bologna // *Festschrift für Otto Lenel.* Leipzig, 1921. P. 204.252. Канторович указывает, что Прингсхайм (писавший двумя десятилетиями ранее) ошибался, приписывая многие из этих терминов римскому праву, развившемуся на Востоке после Юстиниана.

Kantorowicz H. The Quaestiones Disputatae... P. 1—6. ⁷⁰Ibid. P. 43. ⁷¹Ibid. P. 5—6. ⁷²*Schulz F.* Bracton on Kingship. P. 43—44.

Ранний, возможно первый, пример применения методов современной науки, разработанных в праве, к явлениям природы, можно увидеть в творчестве Роберта Гроссестеста (1168—1253), который преподавал в Оксфорде в первое десятилетие XIII в. и с 1235 г. до своей смерти был епископом Линкольнским. В своих экспериментальных исследованиях оптики, звука, тепла, астрономии, других природных явлений Гроссестест в особенности опирался на Аристотелевское различие между "фактом" (*quia*) и "причиной этого факта" (*propter quid*). К этому он добавил метод разложения наблюдаемого явления на составные элементы, затем теоретически реконструируя это явление и сравнивая эту теоретическую реконструкцию ("композиция") с составными элементами ("резолуция") с целью проверить справедливость примененных принципов. Вот как говорит об этом один из авторов, писавших о месте Гроссестеста в истории науки: "Грациан использовал тот же логический метод для переделки канонического права" (*Crombie A.C.* Grosseteste's Position in the History of Science // Ed. by A.D.Callus. Robert Grosseteste, Scholar and Bishop: Essays in Commemoration of the Seventh Centenary of His Death. Oxford, 1955. P. 100). Ученик Гроссестеста Роджер Бэкон (ок.1220—ок.1292) писал, что Гроссестест и многие современные ему ученые "знали, что сила математики способна раскрыть причины всех вещей и дать достаточное объяснение человеческим и божественным вещам" (*Stevenson F.S.* Robert Grosseteste, Bishop of Lincoln: A Contribution to the Religious, Political, and Intellectual History of the Thirteenth Century. London, 1899. P. 51). Стивенсон добавляет, что под словами "сила математики" Бэкон, вероятно, подразумевал то, что сегодня (в 1899 г.) было бы названо "правление закона" и что "в трудах Гроссестеста содержится сколько угодно свидетельств этому" (*Crombie A.C.* Grosseteste, Bacon, and the Birth of Experimental Science, 1100—1700. Oxford, 1953. P. 10).

⁷⁴*Causa est civilis disceptatio de certo dicto vel facto certae personae. Giuliani A.* The Influence of Rhetoric on the Law of Evidence and Pleading // *Juridical Review*, 62, 1969, 231.

Ibid. P. 234—235. Эти нормы относимое™ впервые были применены к утверждениям (положениям, positiones), в которых присягали стороны и свидетели, а позже к заявлениям (articuli), доказанным через свидетелей и документы, которые постепенно заменили более старую форму вместе с обесцениванием присяг. ⁷⁶Ibid. P. 237. *Koyre A.* From the Closed World to the Infinite Universe. Baltimore, 1976. Джозеф Нидэм в поисках ответа на вопрос, почему наука нового времени не развилась в традиционной цивилизации Китая (или Индии), а появилась только в Европе, подчеркивает важность, с одной стороны, вавилонской, стоической, иудейской концепции совокупности законов, установленных трансцендентным Богом, под действие которых подпадают и люди, и вся остальная природа, и с другой стороны, резкого разделения, проведенного только в конце XVI и в XVIII в., между человеческим естественным законом и нечеловеческими законами природы. (Китайцы, напротив, не имели концепции закона, применимого к нечеловеческим феноменам.) Нидэм объясняет произошедший на Западе сдвиг к вере в отдельную совокупность законов природы преимущественно подъемом королевского абсолютизма в конце феодализма и начале капитализма. Тот факт, что Роджер Бэкон употребил выражение "законы природы" в XIII в., лишь поддерживает это утверждение, говорит Нидэм, ибо решающим здесь является то, что концепция Бэкона "остав-

547

лась в спячке до тех пор, пока в эпоху Возрождения новый политический абсолютизм и вновь рожденная экспериментальная наука снова не поместили ее в фокус обсуждения" (См.: *Needham J.* The Grand Titration: Science and Society in East and West. London, 1969. P. 310—311). Объяснение Нидэма справедливо лишь отчасти. Не подлежит сомнению, что действительно в XVI—XVII вв. на Западе произошло нечто новое как в науке, так и в обществе. Также верно, что в это время начали рассматривать физическую природу как имеющую свои собственные законы, которые мыслились совершенно отличными от моральных законов человеческой природы. Однако мы уйдем очень далеко от истины, если скажем, что идея Бэкона (а до него Гроссестеста) о том, что имеются законы материи и света, а также и другие законы природы, "попросту не получила широкого признания в то время" (там же. С.310). Теории Гроссестеста и Бэкона были характерны для научной мысли того времени (см. прим. 73). Они были частью научного мировоззрения, которое было совершенно не таким, как у древних вавилонян, греков и евреев, и вовсе не таким, как у христиан — и восточных, и западных — до XII в. Это было научное мировоззрение, которое, путем аналитического отделения мира от Бога, брэнного от вечного, "естественных причин" (по выражению Абеляра) от чудесного (см. главу 2, прим. 24), позволило, даже более того, потребовало — систематизации законов, применимых в каждой из этих двух сфер. Это проложило путь последующему аналитическому отделению природы от человека внутри мира, что в свою очередь позволило и потребовало систематизации законов, применимых к каждой из этих двух сфер. Методы систематизации были в основном одинаковы. Так, возникновение научной мысли нового времени можно проследить в первую очередь к разделению церковной и светской власти в конце XI и в XII в. и лишь во вторую — к событиям XVI—XVII вв. (включая появление абсолютных светских монархий).

¹⁹*Cournand A.F. and Zuckerman H.* The Code of Science: Analysis and Some Reflections on Its Future // *Studium Generale*, 23 (1970), 941, 954—961. Я в долгу перед Грейс Гуделл за то, что она привлекла мое внимание к этой бесценной статье.

⁸⁰Ibid. P. 945.

Berman H.J. The 'Right to Knowledge' in the Soviet Union // *Columbia Law Review*, 54 (1954), 749.

82

См. главу 4. Церковь осуждала ересь начиная с первого столетия, и ее время от времени преследовали и церковные, и светские власти. Однако ересь не носила характера преступления против закона вплоть до того момента, как Папская революция сделала западную церковь юридическим лицом (см.: *Grundmann H.* Ketzergeschichte des Mittelalters. Göttingen, 1963). Ценные документальные источники приводятся в английском переводе в книгах: *Moore R.I.* The Birth of Popular Heresy. London, 1975 и *Russell J.B.* Religious Dissent in the Middle Ages. New York, 1971.

⁸³*Merton R.K.* Science and Democratic Social Structure, 1942; reprinted. New York, 1957. P. 550—561.

⁸⁴Историки идей иногда поворачивают вещи с ног на голову. (A Scholastic Miscellany: Anselm to Ockham / Ed. and trans. E.R.Fairweather. New York, 1956: "Поистине, всю историю средневековой мысли можно характеризовать с точки зрения постепенного открытия заново Аристотеля". Фактически же главные труды отцов-основателей и новой теологии, и нового правоведения, особенно Абеляра и Грациана, увидели свет до перевода основных работ Аристотеля по логике. Это не значит, что Аристотелевы теории логики, переложенные Боэцием в VI в., не были важны. Однако все равно остается вопрос: а почему они вдруг приобрели такое значение? Почему это вдруг стало совершенно необходимо перевести важнейшие труды Аристотеля по логике?

Европейские евреи в конце XI, в XII и XIII вв. жили в условиях, которые резко менялись в зависимости от места и времени. В некоторых времена в некоторых местах они становились объектом ужасного преследования и официального изгнания. В других местах и в другое время они жили в мире с соседями, достигали процветания и даже политического

влияния. В течение всего этого времени евреи сохраняли свое собственное право и суды и подлежали также королевскому праву. Часто их защита особо оговаривалась в королевских мирных статутах и городских хартиях вольностей.

Хотя прямого влияния еврейского права на западное проследить нельзя, еврейская мысль тем не менее внесла вклад в общий интеллектуальный климат эпохи. Это происходило двояким образом. Во-первых, ощущалось прямое влияние еврейской мысли, в част-

548

ности, аллегорической традиции мышления Мидраша, которая широко использовалась еврейскими мыслителями, а также и рациональной школы, центром которой был Раши (1040—1105) в Северной Франции. Веком позже ее центром стал Моисей Маймонид (1135—1204). Как отметила Берил Смолли, можно непосредственно проследить влияние Раши на нескольких выдающихся мыслителей конца XI — начала XII в., а Фома Аквинский (1225—1274) и Альберт Великий (ок. 1200—1280) оба находились под влиянием Маймонида (см.: *Smalley B. The Study of the Bible in the Middle Ages. Notre Dame, 1978. Особ. п. 149—172, о влиянии Раши; о Маймониде см.: Kluxel W. Die Geschichte des Maimonides im lateinischen Abendland als Beispiel eines christlich-judischen Begegnung // Judentum im Mittelalter, Miscellanea Mediaevalia, IV. Berlin, 1966.*

Второй вид влияния был менее заметным. Когда христианские ученые вступили в общение с еврейскими интеллектуалами с целью прояснить свое понимание Ветхого Завета, они обнаружили, что евреи часто иначе переводили отдельные слова и фразы и истолковывали некоторые места в совершенно ином смысле. Это заставило христиан пересмотреть свои источники и аргументы, а часто и придумать новые объяснения, чтобы противопоставить их еврейскому знанию и критике (*Smalley B. The Study of the Bible... P. 364—365*). Таким путем, как выразился Роберт Чезлер, "само существование отдельной интеллектуальной традиции наряду с традицией христианской Европы вызвало такой поворот лицом к слабостям и такое возбуждение идей, которое иначе могло бы и не состояться".

Тем не менее ни еврейская мысль, ни еврейское право, похоже, не оказали никакого существенного влияния на правовые системы Запада, по крайней мере, насколько можно судить по сохранившейся литературе (*Smalley B. P. 157. N.2. Цит. по: Rabinowitz L. The Social Life of the Jews in Northern France in the XII—XIV Centuries as Reflected in the Rabbinical Literature of the Period. London, 1938*). "Известны случаи, когда христиане становились учеными в области еврейского права". Однако Рабинович приводит всего один пример, когда христианин изучал еврейское право во время своего обращения в иудаизм.

Одной из основных причин этому положению может быть отсутствие в иудаизме разделения между духовным и светским правом, ибо для евреев XII в. все части еврейского закона уходили корнями в Библию как священное слово Божье и в характер еврейской общины как избранного сосуда Божьей воли. Усиленная казуистика Талмуда тоже, возможно, придавала ему чуждый западной мысли вид и подчеркивала систематизацию правовых принципов. Возможно, по сходным причинам ничтожным было и влияние ислама на западное право в XI—XII вв. Хотя европейцы интересовались исламской цивилизацией, они ограничивали свое изучение ее в то время в основном астрономией, астрологией, математикой, медициной. Приведу лишь один пример: в конце XI в. Константин Африканский, тунисский христианин на службе у графа Апулии Роберта Гвискара, перевел с арабского на латынь труды по медицине и подарил их Салернскому университету. Только в конце XIII в., после того, как определились главные направления западного права, арабская философия приобрела влияние на богословов вроде Фомы Аквинского и Роджера Бэкона (*Fueck J. Die arabischen Studien in Europe, bis in den Anfang des 20. Jahrhunderts. Leipzig, 1955; Southern R.W. Western Views of Islam in the Middle Ages. Cambridge, Mass.; Wuestenfeld F. Die Uebersetzungen arabischer Werke in das Lateinische seit dem XI Jahrhundert. Göttingen, 1877*).

Одно исключение — Петр Достопочтенный (1092—1157), аббат Клуни. Однажды Петр ездил в Иберию, чтобы уладить ссору между Кастилией и Арагоном, и познакомился там с двумя знающими арабский людьми, которые занимались астрологией. Они вернулись с Петром в Клуни, где один из них, хотя и с ошибками и пропусками, перевел Коран на латинский язык, а другой перевел трактат об учении Мохаммеда. Петр отправил эти труды Бернару Клервоскому, но его усилия не привели к более широкому изучению Корана. Как писал Р.У.Сазерн, перевод Корана "был скорее концом, чем началом. Серьезное изучение ислама не стало предметом, привлекаям современников или прямых потомков Петра Достопочтенного" (*Southern R.W. Western Views... P. 33—37*).

Только в следующем столетии благодаря трудам арабистов, таких, как Раймунд Мартини и Раймунд Луллий, арабская философия стала широко доступна и впоследствии оказала влияние на разных ученых. Даже тогда западные правовые системы, по-видимому, почти не испытали влияния исламской мысли (см.: *Geanakoplos D.J. Medieval Western Civilization and the Byzantine and Islamic Worlds. Lexington, Mass., 1979. P. 159*).

549

""Knowtes D. Evolution... P. 80—81.

⁸⁷Роберто Ангер считает, что возникновение понятия права как автономной системы в европейской истории обусловлено сочетанием теологии трансцендентности, веры в групповой плюрализм и идеи либерального светского государства (см.: *Unger R.M. Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory. New York, 1976. P. 66—76, 83—86, 176—181*).

Имеются поразительные параллели между его анализом и данным изложением, несмотря на резкий контраст между его более философской и моей более исторической интерпретацией. Однако, относя истоки западной концепции автономной правовой системы к XVII в., а также связывая ее с возникновением позитивистской политической и юридической теории, профессор Ангер избегает острейших вопросов политического и правового характера церкви и взаимоотношений церкви и государства, вопросов, которые находились в центре западной политической и правовой мысли с конца XI до XIX в. и которые, облачаясь в другие одежды, продолжают преследовать светские религии Запада, включая либерализм и социализм (см.: *Berman H.J. The Interaction of Law and Religion. New York, 1974*).

Аналогичное убеждение во взаимозависимости формы и содержания в правовой мысли, но иной взгляд на природу того и другого было представлено Дунканом Кеннеди в статье: *Kennedy D. Form and Substance in Private Law Adjudication // Harvard Law Review, 89, 1976, 1685*. Профессор Кеннеди утверждает, что в современном американском частнопрововом судопроизводстве все формы права распадаются на две противоположные категории, а именно, "нормы", которые относительно узки и конкретны и должны действовать объективным и общим образом, и "принципы", такие как

справедливость, разумность, должная процедура, которые относительно широки и позволяют решать проблемы лиц и ситуаций на основе конкретного подхода. Профессор Кеннеди далее утверждает, что все материальные цели права распадаются на две противоположные категории, а именно, "индивидуализм", который он отождествляет с личной заинтересованностью, самостоятельностью сторон и взаимностью, и "альтруизм", который отождествляется с участием, жертвой и вовлеченностью в сообщество. Завершая этот круг, профессор Кеннеди утверждает, что предпочтение, отдаваемое юридической аргументации в форме норм, связано с материальной целью индивидуализма, тогда как предпочтение, отдаваемое юридической аргументации в форме принципов, связано с материальной целью альтруизма. В какой-то момент эти два вида аргументации накладываются друг на друга, пишет он. Однако "на более глубоком уровне... индивидуалист-формалист и альтруист-неформалист действуют, исходя из четко противоположных взглядов на мироздание". Этот анализ резко расходится с традиционным западным представлением, что противоположные нормы и принципы (равно как и другие формы правовых высказываний, например доктрины, понятия и аналогии) можно в конечном счете примирить с правовой системой в целом. Этот анализ также порывает и с традиционным западным убеждением, что противоречащие друг другу цели права, включая не только индивидуализм и альтруизм, но и другие полярные ценности (например, многообразие и единство, изменение и преемственность, свобода и равенство) в конечном итоге примиримы в рамках ценностей всей правовой системы. Более того, в традиционной правовой мысли Запада существует постулат, что степень, в которой конкретная правовая форма служит какой-либо конкретной цели права, может быть определена не абстрактно, а только в историческом контексте. В некоторых обществах (например, коммунистических) и в некоторых областях даже так называемого частного права (например, права собственности сообществ) нормы могут быть более альтруистическими, а принципы более индивидуалистическими — в том смысле, какой употребляет профессор Кеннеди.

Сводя рамки анализа к ряду дуалистических противопоставлений, которые сами в итоге сводятся к одной-единственной дилемме, профессор Кеннеди драматически выражает широко распространенный скептицизм в отношении правовых норм и широко распространенную веру в то, что называют "ad hoc-решениями" ("сиюминутность") решений, основанных на правовых принципах. Современный человек Запада с трудом верит в нормы, так как он склонен рассматривать их в отрыве от цельной системы, частями которой они являются. Он легко верит в ценности, так как он видит, что они не обременены нормами, необходимыми для их реализации в разных типах дел. Роберто Ангер разоблачил эту "антиномию норм и ценностей" как тупик либеральной мысли нового времени (*Unger R.M. Knowledge and Politics. New York, 1975. P. 88—100*).

550

Цель исследования истоков правовой мысли Запада в XI—XII вв. состоит в том, чтобы опосредованно показать контраст между синтезирующей наукой права, в которой коренится западная традиция права девятивековой давности, и той фрагментарной юриспруденцией, которая в XX в. заняла на Западе заметное, если не господствующее положение.

4.

Теологические источники западной традиции права

Encyclopedia Britannica, 1969 (статья "Миф").

²Книга пророка Иезекииля, 18:23.

³Псалтирь 98:8—9; Книга пророка Иеремии 23:5; Книга пророка Михея 4:3; Книга пророка Амоса 5:18; Книга пророка Захарии 3:8—11 и 1:15.

⁴Никейский символ веры (325 г.). Англ. перевод в книге: *Kelly J.N.D. Early Christian Creeds. New York, 1950. P. 215—216*. Евангелие от Матфея 25:31—46.

⁶См. преамбулу к Эклоге (*Ecloga* — собрание законов, опубликованное византийскими императорами ок. 740 г.).

В начальном абзаце сказано: "Свод законов, изложенных в сжатой форме Львом и Константином, мудрыми и благочестивыми императорами, взятых из Институций, Ди-гест, Кодекса и Новелл Великого Юстиниана и пересмотренных в направлении большей человечности, опубликованных в месяце марте, девятого эдикта, в году мира 6234" (*Freshfield E.H. A Manual of Roman Law: The Ecloga. Cambridge, Mass., 1926*).

Pelikan J. The Christian Tradition. Vol. 2. The Spirit of Eastern Christendom: 600—1700. Chicago, 1974. P. 279—280.

Православие так и не разработало теорий заслуг, возмещения, чистилища и превышения долга в добрых делах.

Некоторые православные богословы ввели идеи, схожие с идеями чистилища, но они никогда широко не принимались в православной церкви. Доктрина вечного проклятия отвергается, и в целом правовое мышление играет в православной теологии меньшую роль.

⁸¹ *Rosenstock-Huessy E. Out of Revolution: The Autobiography of Western Man. New York, 1938. P. 509—510*.

Это были "частичные индульгенции", обычно дававшиеся на срок в несколько лет, месяцев, дней или "карантинов" (периодов Великого поста). Срок индульгенции относился не к времени наказания, а к времени покаяния. Например, индульгенция на шесть лет соответствовала по цене шести годам, прожитым с соблюдением дисциплины покаяния ранней церкви.

⁹⁰ *McNeill J.T. and Gamer H.M. Medieval Handbooks of Penance. New York, 1938. P. 17*; см.: *Poschmann B. Penance and the Anointing of the Sick. New York, 1964. Chap. 1. N. 41a. P. 147—149*. Пошман пишет, что слово "отпущение" (*absolution* от *absolvere*) вошло в литургию покаяния довольно поздно и что на протяжении долгого времени под ним понимали собственные покаянные труды грешника. Он усматривает "основную трудность" более ранней практики в том, что "прощение грехов считалось (до XI в.) результатом личных трудов покаяния", так что не оставалось "места... для реального отпущения грехов" и в "конечном счете церковное отпущение грехов оказывалось лишенным содержания" (с. 148). Эта интерпретация более ранней практики прекрасно отражает точку зрения реформаторов XI—XII веков.

"*De Vera et Falsa Poenitentia*, Migne, PL 40.1113, трактат, написанный ок. 1050 г. и ошибочно приписывавшийся Августину. Этот трактат широко использовался в следующем столетии Грацианом и другими канонистами. В XVI в. его широко комментировали Эразм и другие, Лютер опровергал его. Цитируемый отрывок находится на с. 1129.

¹¹*Ibid.*

¹³ *De Vera et Falsa Poenitentia*. Migne. PL 40.1122, 1128. Б.Пошман утверждает, что отождествление полномочий налагать временные муки с полномочиями налагать вечные муки не добавляет ничего нового к традиционному учению. Но эта точка зрения упускает

ПРАВО