

Доктрина *jus commune* и формирование институтов публичного права

Лонская Светлана Владимировна, Балтийский федеральный университет имени Иммануила Канта (Калининград, Российская Федерация)

доктор юридических наук, профессор образовательно-научного кластера «Институт управления и территориального развития»; e-mail: SLonskaya@kantiana.ru.

Новиков Петр Дмитриевич, Балтийский федеральный университет имени Иммануила Канта (Калининград, Российская Федерация)

студент магистратуры Высшей школы права; e-mail: PNovikoff@yandex.ru.

Аннотация

В статье на методологической основе коммуникативной теории права рассматривается роль доктрины *jus commune* в процессе формирования институтов публичного права в XI–XVII вв. как функционально организованное конструирование правовой реальности. На фактическом историко-правовом материале показано, каким образом проявлялись функции доктрины при воздействии *jus commune* на средневековую правовую реальность. Сделан вывод, что на основе аксиоматического метода, путем интерпретации текстов римского и канонического права, заполнения правовых пробелов и устранения противоречий в обычном, каноническом позитивном праве доктрина *jus commune* внесла свой заметный вклад в конструирование публично-правового сегмента правовой реальности — институтов публичного права.

Ключевые слова: доктрина, коммуникативная теория права, правовая реальность, публичное право, романо-германская правовая семья, средневековое право, *jus commune*.

The *jus commune* Doctrine and the Formation of Public Law Institutions

Svetlana V. Lonskaya, Immanuel Kant Baltic Federal University (Kaliningrad, Russian Federation)

Doctor of Science (Jurisprudence), Professor of the Educational and Scientific Cluster Institute of Management and Territorial Development; e-mail: SLonskaya@kantiana.ru.

Petr D. Novikov, Immanuel Kant Baltic Federal University (Kaliningrad, Russian Federation)

MA student of the High School of Law; e-mail: PNovikoff@yandex.ru.

Abstract

This article considers the role of the *jus commune* doctrine in the process of formation of institutions of public law in the period 11th–17th century as a functionally organised construction of legal reality. The research is based on the communicative methodology of law and, on the grounds of the historical and legal facts, shows how the functions of the doctrine were manifested when *jus commune* influenced the medieval legal reality. It concludes that the *jus commune* doctrine, based on the axiomatic method, by interpreting the texts of Roman and canon law, filling legal gaps and eliminating contradictions in customary, canonical and positive law, made a significant contribution to the construction of the public law segment of legal reality — the institutions of public law.

Keywords: doctrine, communicative theory of law, juridical reality, public law, Romano-Germanic legal family, medieval law, *jus commune*.

Введение

В познании социально-правовой реальности актуальной проблемой остается выяснение механизмов взаимодействия правовой доктрины и права. Так, отражением некоторых аспектов указанной проблемы являются, например, дискуссия о статусе правовой доктрины в системе права или в механизме государства¹ исследования доктринальных

¹ См.: *Бошно С. В.* Понятие правовой доктрины. Право и современные государства, 2022. № 2–3. С. 35–45; *Васильев А. А.* Правовая доктрина как источник права: историко-теоретические вопросы: дис. ... канд. юрид. наук. Красноярск, 2007. 200 с.; *Марченко М. Н.* Система источников права: учеб. пособие. М.: Проспект, 2005. 115 с.; *Мадаев Е. О.* Доктрина в правовой системе Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2012. 254 с.; *Гильмуллин А. Р.* Правовая доктрина в механизме российского государства: научно-теоретический анализ. Ученые записки Казанского университета. Сер.: Гуманитарные науки. 2017. № 159 (2). С. 324–332.

основ правовых институтов как в прошлом, так и в настоящем². Несомненно, формы, содержание, факторы и иные стороны воздействия правовой доктрины на формирование институтов права — далеко не исчерпанная тема юридических исследований, в том числе теоретико-исторических, основанных на различных методологических подходах.

Малоизученным в отечественной юридической науке является феномен *jus commune*. Собственно, из специально посвященных ему комплексных исследований отметим лишь работы И. А. Котляра и Д. Ю. Полдникова³. В то же время расширение представлений о *jus commune* представляется актуальным по ряду причин. Во-первых, это уникальное правовое явление в свое время оказало определяющее влияние на формирование романо-германской правовой семьи. Во-вторых, в последние десятилетия (с середины XX в.), благодаря ученым-правоведам, *jus commune* активно вошло в понятийно-категориальный аппарат современной юриспруденции как понятие, с помощью которого описываются отдельные стороны истории средневекового права (наряду с «рецепцией римского права», «правом ученых», «научным правом», «профессорским правом»). В-третьих, модернизированное понятие *new jus commune* (новое общее право) все чаще применяется для характеристики современных интеграционных процессов в праве.

Ключевым вопросом, поставленным в качестве исследовательской проблемы в настоящей статье, является выяснение того, какую роль сыграла доктрина *jus commune* в процессе формирования институтов публичного права. Этот аспект *jus commune* в основном остался вне пределов внимания российских ученых (пожалуй, за исключением И. А. Котляра⁴), а в зарубежной научной литературе хотя и освещен, но, судя по анализу содержания работ⁵, преимущественно описательно. В настоящей статье сделана попытка рассмотреть проблему в рамках современной постнеклассической юридической науки на основе феноменолого-коммуникативной методологии, которая обладает соответствующим аналитическим инструментарием, позволяющим раскрыть сущность взаимодействия доктринальных представлений и правовой реальности.

По определению А. В. Полякова, коммуникативная теория рассматривает право как «систему коммуникативных отношений, в которых право рождается из интерпретации и легитимации (признания) ценностно значимых (общезначимых и общеобязательных) текстов в intersubъективном сознании коммуникантов»⁶. Этот исходный методологический тезис исследования дает ключ к пониманию того, что формирование права происходит в том числе и посредством правовой доктрины, в рамках которой интерпретируются и порождаются тексты и устанавливаются обязательные модели поведения. Такой механизм Н. В. Разуваев рассматривает как конструирование правовой реальности⁷. Организацию правовой реальности и ее историческую динамику обеспечивают, по его мнению, функции, которые выполняет правовая наука в своем доктринальном проявлении: селективная, смыслообразующая, прескриптивная, конститутивная и динамическая⁸. На конкретно-историческом примере доктрины *jus commune* ниже будет показано, каким образом реализовывались указанные функции в отношении средневекового позитивного права и правоприменения, создавая условия для формирования публично-правового сегмента правовой реальности — институтов публичного права.

Основное исследование

К началу развития доктрины *jus commune* (XI в.) говорить о делении права на частное и публичное не приходится — ни в доктринальном, ни в реальном аспектах. Римские юристы четко не отграничивали *jus publicum* от *jus privatum* или от *jus civile*: в Дигестах *jus publicum* включает элементы, например, брачно-семейного и опекунского права⁹, что не противоречит ульпиановскому пониманию публичного как общественно полезного¹⁰. Не уделяли

² См.: Зацепин А. М. Дополнительная квалификация преступления: доктрина и практика: дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2019. 490 с.; Коровин К. С. Доктринальные основы формирования советского конституционализма в 1917–1918 гг.: дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2022. 212 с.

³ См.: Полдников Д. Ю. Доктрины договорного права Западной Европы XI–XVIII вв.: учеб. пособие для студентов факультета права. М.: Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», 2012. 366 с.; Полдников Д. Ю. Формирование учения о договоре в правовой науке Западной Европы (XII–XVI вв.): дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2016. 571 с.; Котляр И. А. *Jus commune* как средневековая модель общеевропейского правопорядка (XI–XIV в.): дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. 214 с.

⁴ См.: Котляр И. А. Государь как институт Европейского средневекового *jus commune*. Вестник Московского университета. Серия 11. Право, 2011. № 4. С. 105–113.

⁵ См.: Fraher R. M. The Theoretical Justification for the New Criminal Law of the High Middle Ages: "Rei Publicae Interest Ne Crimina Remaneant Impunita". University of Illinois Law Review, 1984. No. 3. P. 577–595; Pennington K. The Prince and the Law, 1200–1600: Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition. University of California Press, 1993. 352 p.; Schmoeckel M. Humanität und Staatsraison: Die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des gemeinen Strafprozeß- und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter. Köln: Böhlau, 2000. 668 s.

⁶ Поляков А. В. Принцип взаимного правового признания: российская философско-правовая традиция и коммуникативный подход к праву. Труды института государства и права РАН, 2021. Т. 16. № 6. С. 43.

⁷ Разуваев Н. В. Юридическая доктрина как средство конструирования правовой реальности. Теоретическая и прикладная юриспруденция, 2019. № 1. С. 7.

⁸ Разуваев Н. В. Указ. соч. С. 8–9.

⁹ Johnston D. The General Influence of Roman Institutions of State and Public Law. The Civilian Tradition and Scots Law. Aberdeen Quincentenary Essays / Ed.: D. L. Carey Miller, R. Zimmermann. Berlin: Duncker & Humblot, 1997. P. 89.

¹⁰ Дигесты Юстиниана / пер. с латинского; отв. ред. Л. Л. Кофанов. Т. I. М.: Статут, 2002. С. 83.

особого внимания различию частного и публичного права и средневековые юристы. Гражданское право (*jus civile*) противопоставлялось каноническому праву (*jus canonicum*), но это было противопоставлением не столько частного и публичного, а сколько светского и духовного. Лишь в начале XVII в. публичное право обретает свою самостоятельность в качестве отдельной дисциплины, преподаваемой в университетах Германии¹¹, а затем в системе понятийно-категориального аппарата юриспруденции, разработанного пандектистами, деление права на частное и публичное становится вполне логичным. Право «цивильное», благодаря Ф. К. фон Савиньи, окончательно отождествляется с частным (*Privatrecht*) как гражданское право; одновременно Савиньи исходил из того, что лишь частное римское право в целом стало частью современного ему состояния права, а влияние римлян на публичное право, хотя и было, но частичное и в гораздо меньшем объеме¹². Однако несмотря на введенное Савиньи ограничение и дальнейшее переосмысление понятий, не следует рассматривать *jus commune* только как доктрину частного права: это было бы некорректно из-за синкретичности частного и публичного в период Средневековья. В то же время уже тогда можно выделить те правовые институты, которые активно «опубликовались» (термин С. С. Алексеева¹³) и на которые, соответственно, воздействовала доктрина *jus commune*, реализуя свои функции по организации правовой реальности. Это, например, институты суверенного правителя (суверена), процессуальные институты, институты уголовного права.

Стоит вспомнить, что у истоков классического римского права стояли юристы, преследовавшие чисто практические задачи (*cavere, agere, respondere*). По мере накопления юридического опыта складывалось понимание того, какие именно действия, факты или события влекут те или иные юридические последствия. Указанное понимание нашло свое оформленное отражение уже в трудах юристов классического периода, сделавших само по себе право объектом для научного изучения и осмысления. Один из важнейших римских правовых памятников — Дигесты — представляет собой сборник огромного количества казусов (правовых вопросов) и комментариев к ним авторитетных юристов того времени, предлагавших свое видение ситуации и способа ее разрешения.

Таким образом, римские юристы, вооружившись логическими инструментами Аристотеля и лингвистическими приемами толкования, «препарировали» правовую реальность, систематизировали и классифицировали весь доступный им объем правовых фактов, сведя их к типовым казусам, использование которых облегчило деятельность судей, так как, оставляя в стороне несущественные обстоятельства конкретного дела, стало доступным, как отмечено А. А. Малиновским, применение метода аналогии для подобных друг другу споров¹⁴.

На данном этапе доктрина оставалась глубоко ориентированной именно на правоприменение, нежели на правотворчество. Норма в понимании римлян была неотделима от фактов конкретного дела. По словам юриста Павла, «не из правила (*regula*) формируется право (*jus*), но из действующего права создается правило. ...Посредством правила передается краткое описание понятий и... как бы изложение существа дела, которое, если хотя бы в какой-то части недействительно, целиком перестает применяться»¹⁵. Очевидно поэтому римское право и не выработало, как видится Н. В. Разуваеву, представления о правовой норме, обладающей общей значимостью, обязательностью и повторяемой многократно¹⁶.

Полагая, что в римских источниках идея об общезначимой правовой норме содержится имплицитно, представители доктрины *jus commune* — глоссаторы (комментаторы) — первыми стали воспринимать все части разрозненных правоположений Юстиниана (Дигесты, Институции, Кодекс и Новеллы) как общий свод — корпус гражданского права (*Corpus juris civilis*), обладающий органическим единством. Будучи для исследователей того времени таким же священным текстом, как и Библия вместе с канонами церкви, *Corpus juris civilis* содержал тем не менее множество противоречий и правовых лакун, устранение которых было задачей схоластов. Одновременно в каноническом праве формируется *Corpus juris canonici* — второй источник (и результат) доктринальной обработки.

В процессе устранения пробелов и противоречий схоластами формировался глоссовый аппарат, приобретавший самостоятельное значение и способствовавший решению проблем прикладного характера, в том числе и в публичной сфере. Через глоссы явления правовой реальности наполнялись конкретным смысловым содержанием: осуществлялась смыслообразующая функция доктрины *jus commune*, и это позволяло далее воздействовать на правовые институты, проявляя другие функции. Например, при формулировании пределов необходимой обороны комментаторы Бартол и Бальд фактически реализовывали также и селективную функцию доктрины, отделяя юридически релевантные факты (то есть действия в пределах необходимой обороны) от тех, которые таковыми не являются (преследуемых уголовным законом). Ими были выработаны три критерия оценки поведения лица в данных случаях:

— пропорциональность (необходимость превышения предотвращаемого вреда тому, который может быть нанесен жертве нападения; отражение атаки аналогичным способом; учет физической силы нападающего и др.);

¹¹ Johnston D. Op. cit. P. 90.

¹² Савиньи Ф. К. фон. Система современного римского права. Т. I. М.: Статут, 2011. С. 274–275.

¹³ Алексеев С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения. М.: НОРМА, 2001. С. 632.

¹⁴ См.: Малиновский А. А. Римская юриспруденция: методология и дидактика. Российское право: образование, практика, наука. 2017. № 4 (100). С. 31.

¹⁵ Дигесты Юстиниана / пер. с латинского; отв. ред. Л. Л. Кофанов. Т. VII. Полутом 2. М.: Статут, 2005. С. 522–523.

¹⁶ Разуваев Н. В. Указ. соч. С. 10.

— безотлагательность (длительность необходимой обороны равна продолжительности самого нападения; право на отпор в случае высказывания угрозы убийством в адрес жертвы (Бартол), высказываемая угроза порождает право на такой же словесный отпор (Бальд) и др.);

— направленность намерения лица (обязательность присутствия намерения, которое направлено исключительно на самооборону — при несоблюдении данного принципа действия лица приравниваются к акту мести; «долг отступления» для тех лиц, честь которых при этом не пострадает (в частности, представители духовенства) и др.)¹⁷.

В свою очередь, канонические юристы, действуя от имени папы римского, также осуществляли селективную функцию при разборе судебных дел, поступавших в папскую курию. Они указывали заявителям на то, какие из перечисленных в конкретных правовых ситуациях фактов имеют юридическое значение, а какие — нет. Например, при разборе дела в отношении некоего У., который имел запрещенные церковью интимные отношения с сестрой своей жены, возник вопрос о правовых последствиях действий мужа по отношению к его жене. В одной из декреталий папы римского Иннокентия III от 24 февраля 1203 г. разъяснялось, что, хотя ей и должно воздерживаться от интимных контактов с мужем вплоть до его смерти, тем не менее она вправе не подчиниться такому приказу на основании страха отступления от целомудрия, и тогда муж будет обязан под страхом Божиим отдать ей супружеский долг. Решение папского престола было основано на выведенной канонической практикой максиме, согласно которой нельзя лишать лицо права при отсутствии его вины (*unde iure suo sine sua non debet culpa privari*). При этом было замечено, что если бы деяния мужа происходили при молчаливом или словесном согласии жены, то последняя потеряла бы свои супружеские права¹⁸.

Бесспорно, доктрина постигает и в то же время воздействует на правовую реальность через догму права. Это своего рода фокус, сужающий весь спектр научных позиций до необходимого минимума категорий и инструментов (описание, обобщение, определение и классификация по С. А. Муромцеву¹⁹), оперируя которыми доктрина взаимодействует с правовыми феноменами, и прежде всего — с позитивным правом. Характерной чертой правового сознания юристов тех лет была приверженность мысли о том, что подлинная юридическая реальность выражена не в практических, «земных» формах — составлении документов, судебных тяжб и т. д., но в виде рационально постигаемой идеи, которая пронизывает все римские правовые источники, образуя тем самым корпус гражданского права²⁰. В роли «позитивного права» для исследователей того периода выступал *Corpus juris civilis* — «писанный разум», работа с которым открывала путь к истинному, по их мнению, знанию о праве.

Признавая за аксиомой связанность всего корпуса цельной идеей, объединяющей все его составные части и тем самым служащей предпосылкой к устранению коллизий и противоречий, которые обнаруживались при комментировании текста, ученые-схоласты при помощи «диалектического» метода, воспринятого через стоическую философию²¹ (в сущности, аксиоматического — дедуктивного метода), формулировали абстрактные понятия, осуществляли с ними различные логические операции. Широкое распространение получило составление так называемых номодендронов (*nomodendron*) — «юридических деревьев», древовидных схем, с помощью которых иллюстрировались система и соотношение различных понятий и категорий²². Понятие максим (то есть универсальных, максимальных посылок), взятое у Аристотеля (через Боэция — основного переводчика и комментатора древнегреческого философа для глоссаторов вплоть до XII в.)²³, позволило логически вывести из работ римских юристов правовые принципы, послужившие аксиоматическими предпосылками для новых дедуктивных умозаключений. Тем самым реализовывалась смыслообразующая функция доктрины *jus commune*. Можно согласиться с А. М. Михайловым, что средневековые глоссаторы и постглоссаторы, по существу, заложили основы континентальной (романо-германской) догматики²⁴.

Посредством догмы было осуществлено осмысление, в частности, правового статуса суверена (суверенного правителя). Основными категориями для трактовки полномочий и юрисдикции суверена выступили латинские *imperium* и *jurisdictio*²⁵. Через их сопоставление, классификацию и приложение к текущей для схоластов политической конъюнктуре происходило обоснование абсолютной власти императора над подчиненной ему территорией. В дальнейшем аналогичными средствами объяснялись уже суверенные права итальянских городов-государств перед императором, ставших в глазах комментаторов де-факто независимыми, но де-юре продолжавших быть подчиненными императору. Определенным компромиссом выступила идея «иерархии суверенитета»²⁶.

¹⁷ Bónis P. The Self-Defense in the Tripartitum and the European *Jus Commune*. Journal on European History of Law, 2014. No. 5 (2). P. 80–84.

¹⁸ Die Register Innocenz III. 6: 6. Pontifikatsjahr, 1203/1204, Texte und Indices. Vienna: Verlag des Österreichischen Akademie der Wissenschaften, 1995. S. 5–6.

¹⁹ Муромцев С. А. Что такое догма права? Юридический вестник, 1884. № 4. С. 763.

²⁰ Михайлов А. М. Основные этапы генезиса континентальной юридической догматики. Право и политика, 2012. № 11. С. 1876.

²¹ Честнов И. Л. Актуальные проблемы теории государства и права. Эпистемология государства и права: учебное пособие. СПб.: СПбИВЭСЭП, 2004. С. 31–32.

²² Большую коллекцию номодендронов (legal trees) можно посмотреть здесь: <https://www.flickr.com/photos/yalelawlibrary/albums/72157621954683764> (дата обращения: 10.05.2023).

²³ Stein P. Regulae juris. From Juristic to Legal Maxims. Edinburg: University Press, 1966. P. 157.

²⁴ Михайлов А. М. Указ. соч. С. 1877.

²⁵ Берман Дж. Г. Западная традиция права: эпоха формирования. 2-е изд. М.: ИНФРА-М — НОРМА, 1998. С. 276.

²⁶ Canning J. P. Law, Sovereignty and Corporation Theory, 1300–1450. The Cambridge History of Medieval Political Thought / J. H. Burns (ed.). Cambridge University Press, 1995. P. 470–473.

Стоит отметить влияние догмы *jus commune* и на средневековые судебные процедуры, глубокая регламентация которых была предпринята каноническими юристами, благодаря чему церкви удалось внедрить в практику инквизиционный процесс²⁷. Суть новой процедуры, оформившейся во многом благодаря работе Четвертого Латеранского собора 1215 г., заключалась в предоставлении более широких полномочий судье, который больше не был связан необходимостью выдвижения обвинения конкретным лицом. Так, соборный канон № 8 «О расследованиях» (*De inquisitionibus*) содержал следующие положения: «Когда... дело доходит до ушей настоятеля через вопли и молву (*clamor et fama*) многих, не от врагов и клеветников, а от благоразумных и честных людей, не один раз, а часто... если этого требует качество доказательств, каноническая юрисдикция должна осуществляться над обвиняемым не так, как если бы прелат был обвинителем и судьей, но как если бы суждения многих осуждали обвиняемого, а жалобы обязывали его (прелата) выполнять свои обязанности...»²⁸. Юридическая новация здесь заключается в том, что слухи, молва или дурная репутация человека (*mala fama*) перестали требовать физического воплощения в лице частного обвинителя. Как замечает медиевист Ж. Тери, *mala fama* действовала в качестве правовой фикции (*factio legis*) абстрактного обвинителя — такая конструкция позволяла судье самостоятельно принимать решение о проведении расследования по мере того, как до него доходила информация о потенциальных правонарушениях²⁹. Помимо этого, был установлен запрет ордалий³⁰, что повлекло за собой разработку теории доказательств³¹ и таких ее элементов, как стандарт доказывания (который образовывали либо признательное показание, либо надежное письменное свидетельство, либо два свидетеля от обвинения, приносивших клятву об истинности своих показаний), презумпции (вины и невиновности), а также попытки как средство получения признательных показаний (в случаях, если стандарт доказывания не выполнялся).

Напомним, что одна из основных причин усиления влияния *jus commune* — отсутствие действенного позитивного права и существование разрозненных и противоречащих друг другу обычаев, церковных установлений и королевских предписаний (неслучайно, что второе название знаменитого Декрета Грациана — «Согласование несогласованных канонов»). Взамен всему перечисленному доктрина *jus commune* смогла предложить относительно непротиворечивый и системно изложенный правовой материал, позволявший трансформировать конкретные жизненные казусы в определенную теоретико-правовую модель, которая превращала, например, двух конфликтующих из-за земельного надела феодалов в абстрактные стороны (лица), имеющие определенные права и обязанности.

Прескриптивная функция доктрины *jus commune*, восполняющая отсутствующие нормы права и устанавливающая правила поведения, наиболее явственно выражается в практике запросов у докторов права так называемых *consilia* (экспертных заключений) в тех случаях, когда суд, разрешавший спор, сталкивался с проблемой отсутствия в своем распоряжении необходимых для завершения дела правил. Устанавливалась определенная иерархия источников, в рамках которой за обычаями и позитивным правом следовало римское право и комментарии авторитетных юристов («ординарные глоссы»); за отступление от указанного порядка предусматривалась ответственность³². Примечательно, что деятельность по подготовке «ответов знатоками права» (*Responsa prudentium*) упоминается еще в Институциях Гая³³.

Некоторым же судьям знание римского права вменялось как условие занятия своей должности: так, судьи Имперского камерального суда Священной Римской империи после 1495 г. были обязаны иметь соответствующее образование и способность давать *consilia*. В дальнейшем благодаря суверенам это требование утвердилось и в отношении низших территориальных судов, еще больше укрепив влияние доктрины *jus commune* на территории Германии³⁴.

Поэтому вполне справедливо говорить о том, что доктрина *jus commune*, благодаря присущим ей признакам (системность, рациональное основание, единство основ доктрины и самостоятельность по отношению к партикуляризму тогдашнего феодального общества³⁵) и посредством экспертных заключений докторов права, смогла воздействовать на те области общественных отношений, которые не затрагивались действующим правом.

Ярким примером приложения прескриптивной функции *jus commune* к развитию публичных институтов являются последовавшие за провалом заговора Пацци события. Лоренцо Медичи нанял нескольких авторитетных докторов права для составления консилиев, содержащих аргументы в его пользу. Юристы были единодушны в том, что Сикст IV (папа римский и политический оппонент Лоренцо Медичи) не только нарушил основы канонической процедуры

²⁷ West's Encyclopedia of American Law / Ed.: J. Lehman, S. Phelps. Vol. 5 (2 ed.). Detroit: Thomson/Gale, 2005. P. 483.

²⁸ Decrees of The Ecumenical Councils. Vol. 1 (Nicaea I — Lateran V) / SJ N.P. Tanner (ed.). Washington, D.C.: Georgetown University Press, 1990. P. 237–239.

²⁹ Van Damme R. The Presumption of Innocence: An Antidote for Sacrificial Venom? Patterns of Girard's "Primitive" Sacred in Late Medieval and Early Modern Criminal Law. Netherlands Journal of Legal Philosophy, 2016. No. 45 (1). P. 22–23.

³⁰ Decrees of The Ecumenical Councils... P. 244.

³¹ Van Damme R. Op. cit. P. 21–41.

³² Marongiu A. Legislatori e giudici di fronte all'autorità dei giuristi. Studi di Storia e Diritto in onore di E. Besta. T. 3. Milano: Giuffrè, 1939. P. 451.

³³ Институции Гая. С объяснительным словарем. Вып. 1–4. СПб.: Тип. М. М. Стасюлевича, 1887. С. 5.

³⁴ Wieacker F. Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967. S. 137, 176.

³⁵ Полдников Д. Ю. Научная доктрина *jus commune* как формальный источник права в Западной Европе в XII–XVIII веках. Право. Журнал Высшей школы экономики, 2013. № 1. С. 72.

(составляющие гражданское право), но посягнул на выводимые из естественного права нормы и, прежде всего, на те, которые гарантируют обвиняемому лицу слушание его дела в суде. По выражению К. Пеннингтона, «право подсудимого на изложение своего дела в суде настолько вошло в юридическую мысль, что даже абсолютная власть суверена не могла его вытеснить»³⁶. Естественная природа данного права стала неоспоримым положением в глазах новой школы юснатуралистов, чьи работы, посвященные состязательному и равноправному судебному процессу, во многом покоились на достижениях доктрины *jus commune*³⁷.

Принимая изложенную Н. В. Разуваевым концепцию правотворческого влияния доктрины через правоприменительную деятельность юристов-практиков, судебную практику и законотворчество³⁸, несложно увидеть, каким образом *jus commune* определила облик правовой реальности своего времени, то есть реализовала конститутивную функцию доктрины. Благодаря аксиоматическому методу доктрины *jus commune* удалось сконструировать опирающуюся на него логическую систему континентального права (дедуктивную, от общего — к частному). Собственно, доктрина *jus commune* «создала», то есть сконструировала правовую реальность фактически «с нуля» — по крайней мере, с точки зрения юридической науки, и основные аспекты этого конструирования были рассмотрены выше при характеристике селективной, смыслообразующей и прескриптивной функций.

Снабдив юриспруденцию догмой, то есть специфическим языком, приемами юридической техники, конструкциями, понятиями и т. д., *jus commune* оказала большую услугу законотворчеству, иллюстрацией чему является, например, история уголовного права Германии.

Популярные издания юридических работ итальянских глоссаторов на тему общих понятий уголовного права на немецком языке (среди прочих — так называемое «Исковое зеркало» (Klagspiegel) от 1436 г.) побудили местных феодалов к активной разработке собственных уложений, регулирующих основы уголовного права. Так появились Нижнеавстрийское уголовное судебное уложение 1514 г. (серьезно переработанное в 1540 г.), Уголовно-судебное уложение императора Максимилиана для городов Тироль (1499) и Радольфцель (1506), а также Вормская реформа 1498 г.³⁹ Крупнейшим образчиком римского влияния на средневековое немецкое уголовное право является «Каролина» императора Карла V (1532) и ее предшественники — Бамбергское уложение 1507 г. («Мать Каролины», *Mater Carolinae*) и Бранденбургское уложение 1516 г. («Сестра Каролины», *Soro Carolinae*). Они были в значительной степени основаны на «Устрашающих книгах» (*Libri terribles*) из Свода Юстиниана, но переработанных итальянскими глоссаторами⁴⁰. Одним из важных нововведений, появляющихся уже в Бамбергском уложении, выступает закрепление инквизиционного типа уголовного преследования, взятого из римского канонического права, и замена им старого, основанного на частном обвинении⁴¹.

Таким образом, мы видим, что доктрина *jus commune* оказывала конституирующее воздействие на всю правовую реальность (и прежде всего, на интересующие нас институты публичного права) через отдельные сегменты последней (правоприменительная практика, законотворчество).

Динамическая функция доктрины *jus commune*, которая «свидетельствует о наличии у доктрины созидательной силы, позволяющей ей преобразовывать правовую реальность при помощи совершенствующихся методов получения новых знаний, не изменяя при этом своих фундаментальных основ»⁴², проявляется, по нашему мнению, не только на пути всего ее «жизненного цикла» (XI–XVI вв.), но и позже. Средневековые глоссаторы задали магистральный путь развития юридической доктрины в рамках романо-германской правовой семьи. Последующая динамика развития доктринального поля свидетельствует, что новые научные школы (гуманистическая, юснатурализма, историческая, «юриспруденция понятий», пандектистика) стали логическим развитием наработок, предложенных схоластическим правоведением. А вместе с трансформацией доктрины трансформировалась и правовая реальность.

Выводы

Правовая доктрина *jus commune* оказала воздействие не только на частное, но и публичное право и не должна рассматриваться исследователями только как частноправовая. На основе аксиоматического метода, путем интерпретации текстов римского и канонического права, заполнения правовых пробелов и устранения противоречий в обычном, каноническом позитивном праве, доктрина *jus commune* конструировала правовую реальность и обусловила ее историческую динамику, оказав самое серьезное влияние на становление и развитие романо-германской правовой семьи. Это воздействие проявилось в реализации селективной, смыслообразующей, прескриптивной,

³⁶ Pennington K. Due Process, Community, and the Prince in the Evolution of the Ordo iudiciarius. *Revista internazionale di diritto comune*, 1998. No. 9. P. 32.

³⁷ Pennington K. The Prince and the Law... P. 272–275.

³⁸ Разуваев Н. В. Указ. соч. С. 15.

³⁹ Каролина. Уголовно-судебное уложение Карла V. Алма-Ата, 1967. С. 13.

⁴⁰ Bar L. von. *Handbuch des Deutschen Strafrechts*. Berlin: Weidmann, 1882. S. 117–128.

⁴¹ История государства и права зарубежных стран: учеб. для вузов: В 2 ч. Ч. 1 / под общ. ред. О. А. Жидкова и Н. А. Крашенинниковой. 2-е изд. М.: НОРМА, 2004. С. 427–428.

⁴² Разуваев Н. В. Указ. соч. С. 9.

конститутивной и динамической функций доктрины на средневековую правовую реальность и способствовало формированию ее публично-правового сегмента — институтов публичного права.

Сделанные выводы дают основание полагать, что дальнейшие исследования в области истории воздействия доктрины *jus commune* на правовые институты позволят получить новые данные для уточнения научной картины процессов конструирования правовой реальности и их теоретико-правового моделирования.

Литература

1. Алексеев С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения. М.: НОРМА, 2001. 752 с.
2. Берман Дж. Г. Западная традиция права: эпоха формирования. 2-е изд. М.: ИНФРА-М — НОРМА, 1998. 624 с.
3. Бошно С. В. Понятие правовой доктрины. Право и современные государства, 2022. № 2-3. С. 35–45.
4. Васильев А. А. Правовая доктрина как источник права: историко-теоретические вопросы: дис. ... канд. юрид. наук. Красноярск, 2007. 200 с.
5. Гильмуллин А. Р. Правовая доктрина в механизме российского государства: научно-теоретический анализ. Ученые записки Казанского университета. Сер. Гуманитарные науки. 2017. № 159 (2). С. 324–332.
6. Дигесты Юстиниана / пер. с латинского; отв. ред. Л. Л. Кофанов. Т. I. М.: Статут, 2002. 584 с.
7. Дигесты Юстиниана / пер. с латинского; отв. ред. Л. Л. Кофанов. Т. VII. Полутом 2. М.: Статут, 2005. 564 с.
8. Зацепин А. М. Дополнительная квалификация преступления: доктрина и практика: дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2019. 490 с.
9. Институции Гая. С объяснительным словарем. Вып. 1-4. СПб.: Тип. М. М. Стасюлевича, 1887. 320 с.
10. История государства и права зарубежных стран: учеб. для вузов: в 2 ч. Ч. 1. Под общ. ред. О. А. Жидкова и Н. А. Крашенинниковой. 2-е изд. М.: НОРМА, 2004. 624 с.
11. Каролина. Уголовно-судебное уложение Карла V. Алма-Ата, 1967. 152 с.
12. Коровин К. С. Доктринальные основы формирования советского конституционализма в 1917–1918-е гг.: дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2022. 212 с.
13. Котляр И. А. *Jus commune* как средневековая модель общеевропейского правопорядка (XI–XIV в.): дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. 214 с.
14. Мадаев Е. О. Доктрина в правовой системе Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2012. 254 с.
15. Малиновский А. А. Римская юриспруденция: методология и дидактика. Российское право: образование, практика, наука. 2017. № 4 (100). С. 29–35.
16. Марченко М. Н. Система источников права: учеб. пособие. М.: Проспект, 2005. 115 с.
17. Михайлов А. М. Основные этапы генезиса континентальной юридической догматики. Право и политика, 2012. № 11. С. 1875–1884.
18. Муромцев С. А. Что такое догма права? Юридический вестник, 1884. № 4. С. 759–765.
19. Полдников Д. Ю. Доктрины договорного права Западной Европы XI–XVIII вв.: учеб. пособие для студентов факультета права. М.: Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», 2012. 366 с.
20. Полдников Д. Ю. Научная доктрина *jus commune* как формальный источник права в Западной Европе в XII–XVIII веках. Право. Журнал Высшей школы экономики, 2013. № 1. С. 64–80.
21. Полдников Д. Ю. Формирование учения о договоре в правовой науке Западной Европы (XII–XVI вв.): дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2016. 571 с.
22. Поляков А. В. Принцип взаимного правового признания: российская философско-правовая традиция и коммуникативный подход к праву. Труды института государства и права РАН, 2021. Т. 16. № 6. С. 39–101.
23. Разуваев Н. В. Юридическая доктрина как средство конструирования правовой реальности. Теоретическая и прикладная юриспруденция, 2019. № 1. С. 5–22.
24. Савиньи Ф. К. фон. Система современного римского права. Т. I. М.: Статут, 2011. 510 с.
25. Честнов И. Л. Актуальные проблемы теории государства и права. Эпистемология государства и права: учеб. пособие. СПб.: СПб ИВЭСЭП, 2004. 63 с.
26. Bar L. von. Handbuch des Deutschen Strafrechts. Berlin: Weidmann, 1882. 361 s.
27. Bónis P. The Self-Defense in the Tripartitum and the European *Jus Commune*. Journal on European History of Law, 2014. No. 5 (2). P. 80–84.
28. Canning J. P. Law, Sovereignty and Corporation Theory, 1300–1450. The Cambridge History of Medieval Political Thought. J. H. Burns (ed.). Cambridge University Press, 1995. P. 454–476.
29. Decrees of The Ecumenical Councils, Vol. 1 (Nicaea I — Lateran V). SJ N. P. Tanner (ed.). Washington, D.C.: Georgetown University Press, 1990. 655 p.
30. Die Register Innocenz III. 6: 6. Pontifikatsjahr, 1203/1204, Texte und Indices. Vienna: Verlag des Österreichischen Akademie des Wissenschaften, 1995. 485 s.
31. Fraher R. M. The Theoretical Justification For the New Criminal Law of the High Middle Ages: “Rei Publicae Interest Ne Crimina Remaneant Impunita”. University of Illinois Law Review. 1984. No. 3. P. 577–595.

32. *Johnston D.* The General Influence of Roman Institutions of State and Public Law. The Civilian Tradition and Scots Law. Aberdeen Quincentenary Essays. Ed.: D.L. Carey Miller, R. Zimmermann. Berlin: Duncker & Humblot, 1997. P. 87–101.
33. *Marongiu A.* Legislatori e giudici di fronte all'autorità dei giuristi. Studi di Storia e Diritto in onore di E. Besta. T. 3. Milano: Giuffrè, 1939. P. 441–464.
34. *Pennington K.* Due Process, Community, and the Prince in the Evolution of the Ordo iudiciarius. Revista internazionale di diritto commune, 1998. No. 9. P. 9–47.
35. *Pennington K.* The Prince and the Law 1200–1600: Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition. University of California Press, 1993. 352 p.
36. *Schmoeckel M.* Humanität und Staatsraison: Die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des gemeinen Strafprozeß- und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter. Köln: Böhlau, 2000. 668 s.
37. *Stein P.* Regulae Iuris. From Juristic to Legal Maxims. Edinburgh: University Press, 1966. 179 p.
38. *Van Damme R.* The Presumption of Innocence: An Antidote for Sacrificial Venom? Patterns of Girard's "Primitive" Sacred in Late Medieval and Early Modern Criminal Law. Netherlands Journal of Legal Philosophy, 2016. No. 45 (1). P. 10–41.
39. West's Encyclopedia of American Law. Ed.: J. Lehman, S. Phelps. Vol. 5 (2 ed.). Detroit: Thomson/Gale, 2005. 526 p.
40. *Wieacker F.* Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967. 659 s.

References

1. Alekseev, S. S. Rise to The Right. Search for Solutions [Voskhozhdenie k pravu. Poiski i resheniya]. M.: NORMA [NORMA], 2001. 752 p. (In Rus.)
2. Berman, H. J. Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition. 2nd ed. M.: INFRA-M-NORMA [INFRA-M-NORMA], 1998. 624 p. (In Rus.)
3. Boshno, S. V. The Concept of Legal Doctrine. Law and Modern States. 2022. No. 2-3. P. 35–45. (In Rus.)
4. Vasil'ev, A. A. Legal Doctrine as a Source of Law: Historical and Theoretical Issues [Pravovaya doktrina kak istochnik prava: istoriko-teoreticheskie voprosy]: dis. ... of Candidate of Law Sciences (PhD). Krasnoyarsk, 2007. 200 p. (In Rus.)
5. Gilmullin, A. R. Legal Doctrine in the Mechanism of the Russian State: Scientific and Theoretical Analysis [Pravovaya doktrina v mekhanizme rossijskogo gosudarstva: nauchno-teoreticheskij analiz]. Scientific Notes of Kazan University. Ser. Humanities [Uchenye zapiski Kazanskogo universiteta. Ser. Gumanitarnye nauki]. 2017. No. 159 (2). P. 324–332. (In Rus.)
6. The Digests of Justinian [Digesty Yustiniana]. L. L. Kofanov (ed.). Vol. I. M.: Statut [Statut], 2002. 584 p. (In Rus.)
7. The Digests of Justinian [Digesty Yustiniana]. L. L. Kofanov (ed.). Vol. VII. Subvol. 2. M.: Statut [Statut], 2005. 564 p. (In Rus.)
8. Zacepin, A. M. Additional Qualifications of Crime: Doctrine and Practice [Dopolnitel'naya kvalifikaciya prestupleniya: doktrina i praktika]: dis. ... of Doctor of Law Sciences (Dr. Sc.). Yekaterinburg, 2019. 490 p. (In Rus.)
9. The Institutes of Gaius. With an Explanatory Dictionary [Institucii Gaya. S ob'yasnitel'nym slovarom]. Issues 1-4. SPb.: M. M. Stasyulevich, 1887. 320 p. (In Rus.)
10. History of the State and Law of Foreign Countries [Istoriya gosudarstva i prava zarubezhnyh stran]. 2 vol. Vol. 1. O. A. Zhidkov and N. A. Krashenninikov (ed.). 2nd ed. M.: NORMA [NORMA], 2004. 624 p. (In Rus.)
11. Carolina. Criminal Code of Karl V [Karolina. Uголовно-sudebnoe ulozhenie Karla V]. Alma-Ata, 1967. 152 p. (In Rus.)
12. Korovin, K. S. Doctrinal Foundations for the Formation of Soviet Constitutionalism in the 1917–1918 s. [Doktrinal'nye osnovy formirovaniya sovetskogo konstitucionalizma v 1917–1918 gg.]: dis. ... of Candidate of Law Sciences (PhD). Ekaterinburg, 2022. 212 p. (In Rus.)
13. Kotlyar, I. A. *Jus Commune* as a Medieval Model of the Common European Legal Order (XI–XIV centuries) [Jus commune kak srednevekovaya model' obshcheevropejskogo pravoporyadka (XI–XIV veka)]: dis. ... of Candidate of Law Sciences (PhD). M., 2011. 214 p. (In Rus.)
14. Madaev, E. O. Doctrine in the Judicial System of the Russian Federation [Doctrine in the legal system of the Russian Federation]: dis. ... of Candidate of Law Sciences (PhD). M., 2012. 254 p. (In Rus.)
15. Malinovsky, A. A. Roman Jurisprudence: Methodology and Didactics. Russian law: education, practice, science [Rossijskoe pravo: obrazovanie, praktika, nauka]. 2017. No. 4 (100). P. 29–35. (In Rus.)
16. Marchenko, M. N. The System of Sources of Law [Sistema istochnikov prava]. M.: Prospekt [Prospekt], 2005. 115 p. (In Rus.)
17. Mihajlov, A. M. The Main Stages of the Genesis of Continental Legal Dogma [Osnovnye etapy genezisa kontinental'noj yuridicheskoy dogmatiki]. Law and politics [Pravo i politika], 2012. No. 11. P. 1875–1884. (In Rus.)
18. Muromcev, S. A. What is the Dogma of Law? [Chto takoe dogma prava?]. Legal Gazette [Yuridicheskij vestnik]. 1884. No. 4. P. 759–765. (In Rus.)
19. Poldnikov, D. Yu. Contract Law Doctrines Entered Europe in the 11th–18th Centuries [Doktriny dogovornogo prava Zapadnoj Evropy XI–XVIII vv.]. Moscow: National Research University Higher School of Economics, 2012. 366 p. (In Rus.)

20. Poldnikov, D. Yu. Formation of the Doctrine of the Contract in the Apparent Knowledge Intensity of Europe (XII–XVI centuries) [Formirovanie ucheniya o dogovore v pravovoj nauke Zapadnoj Evropy (XII–XVI w.)]: dis. ... of Doctor of Law Sciences (Dr. Sc.). M., 2016. 571 p. (In Rus.)
21. Poldnikov, D. Yu. *Jus Commune* Doctrine as a Formal Source of Law in Western Europe in the 12th and 13th Centuries. Law [Pravo]. Journal of the Higher School of Economics, 2013. No. 1. P. 64–80. (In Rus.)
22. Polyakov, A. V. The Principle of Mutual Legal Recognition: Russian Philosophical and Legal Tradition and a Communicative Approach to Law. Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS [Trudy instituta gosudarstva i prava RAN]. 2021. Ed. 16. No. 6. P. 39–101. (In Rus.)
23. Razuvaev, N. V. Legal Doctrine as a Means of Constructing Legal Reality. Theoretical and applied jurisprudence [Teoreticheskaya i prikladnaya yurisprudentsiya]. 2019. No. 1. P. 5–22. (In Rus.)
24. Savigny, F. K. fon. System of Modern Roman Law [Sistema sovremennogo rimskogo prava]. Vol. I. M.: Statut [Statut], 2011. 510 p. (In Rus.)
25. Chestnov, I. L. Actual Problems of the Theory of State and Law. Epistemology of state and law [Aktual'nye problemy teorii gosudarstva i prava. Epistemologiya gosudarstva i prava]. SPb.: SPb IVESEP, 2004. 63 p. (In Rus.)
26. Bar, L. von. Handbook of German Criminal Law [Handbuch des Deutschen Strafrechts]. Berlin: Weidmann, 1882. 361 s. (In Deu.)
27. Bónis, P. The Self-Defense in the Tripartitum and the European *Jus Commune*. Journal on European History of Law, 2014. No. 5 (2). P. 80–84.
28. Canning, J. P. Law, Sovereignty and Corporation Theory, 1300–1450. The Cambridge History of Medieval Political Thought. J. H. Burns (ed.). Cambridge University Press, 1995. P. 454–476.
29. Decrees of The Ecumenical Councils, Vol. 1 (Nicaea I — Lateran V). SJN. P. Tanner (ed.). Washington, D.C.: Georgetown University Press, 1990. 655 p.
30. Die Register Innocenz III. 6: 6. Pontifikatsjahr, 1203/1204, Texte und Indices. Vienna: Verlag des Österreichischen Akademie des Wissenschaften, 1995. 485 s.
31. Fraher, R. M. The Theoretical Justification For the New Criminal Law of the High Middle Ages: “Rei Publicae Interest Ne Crimina Remaneant Impunita”. University of Illinois Law Review. 1984. No. 3. P. 577–595.
32. Johnston, D. The General Influence of Roman Institutions of State and Public Law. The Civilian Tradition and Scots Law. Aberdeen Quincentenary Essays. Ed.: D.L. Carey Miller, R. Zimmermann. Berlin: Duncker & Humblot, 1997. P. 87–101.
33. Marongiu, A. Legislatori e giudici di fronte all'autorità dei giuristi. Studi di Storia e Diritto in onore di E. Besta. T. 3. Milano: Giuffrè, 1939. P. 441–464.
34. Pennington, K. Due Process, Community, and the Prince in the Evolution of the Ordo iudiciarius. Revista internazionale di diritto commune, 1998. No. 9. P. 9–47.
35. Pennington, K. The Prince and the Law 1200–1600: Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition. University of California Press, 1993. 352 p.
36. Schmoeckel, M. Humanität und Staatsraison: Die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des gemeinen Strafprozeß- und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter. Köln: Böhlau, 2000. 668 s.
37. Stein, P. Regulae iuris. From Juristic to Legal Maxims. Edinburg: University Press, 1966. 179 p.
38. Van Damme, R. The Presumption of Innocence: An Antidote for Sacrificial Venom? Patterns of Girard's “Primitive” Sacred in Late Medieval and Early Modern Criminal Law. Netherlands Journal of Legal Philosophy, 2016. No. 45 (1). P. 10–41.
39. West's Encyclopedia of American Law. Ed.: J. Lehman, S. Phelps. Vol. 5 (2 ed.). Detroit: Thomson/Gale, 2005. 526 p.
40. Wieacker, F. Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967. 659 s.