

М. Рустамбекова
Преподаватель ТГЮИ

ПОНЯТИЕ И КЛАССИФИКАЦИЯ ДОГОВОРОВ В РИМСКОМ ПРАВЕ

Введение

Когда-то римское право называли "писанным разумом" – и это было не случайно. Римское право, как известно, было двуедино: во-первых, это право рабовладельческого типа. Проявление этого можно найти в нормах, которые могли разрешать кредитору убить своего должника. Но такие жесткие нормы римского права ушли вместе с гибелью Рима. Но с другой стороны, античный шедевр – это идеально разработанное, абстрактное право, предназначенное для регулирования общественных отношений, основанных на частной собственности.

Во втором своем качестве памятник, созданный гениальными юристами древности, и поныне торжественно шествует по всему миру. Вначале он возник как право одного города, затем начинает регулировать гражданские отношения по всему античному миру. А в средние века римское право "завоевывает" почти всю Европу.

Ныне нормы римского права лежат в основах многих гражданских систем современного общества. Конечно, скажем, гражданско-правовая система современности, зиждущаяся на римском праве, стала более развитой. Однако те юридические термины, которыми пользовались античные юристы, продолжают существовать во всех сферах гражданского права.

Именно в римском праве нашли широкое отражение и получили значительное развитие такие институты вещного права, как институты права собственности, обязательственного права и многие другие.

Ни один высококвалифицированный юрист современного мира не обходится без изучения норм римского права. Ведь именно они определяют понятийный аппарат современности, без которого, совершенно очевидно, бессмысленно изучать и тем более специализироваться в современном гражданском праве не только России, но и зарубежных стран.

Огромное развитие, как уже отмечено, получил в римском праве институт обязательственного права. Именно оно привлекает начинающему юристу навыки юридического мышления.

Так что римское право является единственным "пропуском" в договорный мир гражданско-правовых систем многих стран, в том числе Узбекистана.

Понятие обязательства

Обязательство есть "оковы права", в силу которых мы по необходимости должны выполнять известные действия согласно законам нашего государства.

Главное деление всех обязательств – наличие двух их видов: или гражданских, или преторских. Гражданские установлены законами или, по крайней мере, одобрены гражданским правом. Преторские суть те, которые установлены преторской юрисдикцией. Последние называются еще гоноральными.

Далее обязательства делятся на четыре вида: обязательства, возникающие из договора, квази-договора, деликта или квази-деликта. Вначале мы должны рассмотреть те обязательства, которые возникают из договора и, в свою очередь, распадаются на четыре ви-

да: литеральные вербальные, реальные или консенсуальные¹.

Литеральные контракты

Характерная особенность литературных контрактов состоит в том, что момент возникновения обязательства происходит не из простого соглашения сторон, а из письменной формы, в которую облечен контракт.

В науке существует также точка зрения, что литературальное обязательство отражается в виде книжного долга. Но, первоначальное появление этой формы в истории неясно. Современной науке известно, что древнереспубликанские письменные контракты заключались посредством записи в приходо-расходные книги, которые велись римскими гражданами.

Другая точка зрения состоит в том, что некоторые исследователи ставят литературальный контракт в связь с пехитом², а иные усматривают его зародыш еще в книгах понтификов, которые в древности играли роль современных нотариусов³.

Сущность литературальной формы контрактов можно уяснить, учитывая, что римляне вообще имели обычай тщательно вести свои хозяйственные книги. Это выражается, в первую очередь, в том, что изо дня в день они записывали приход и расход, все издержки и поступления.

Важно отметить, что запись делалась с согласия сторон, в противном случае нельзя было бы говорить о договоре. Обыкновенная запись (*nomina arcaria*) служила доказательством уже существующего обязательства, но не могла служить почвой для возникновения нового.

Иное значение, по мнению И.А.Покровского, приобрели эти записи в отношениях, возникающих между банкирами-профессионалами (*argentarii*).

Согласно сведениям исторических источников, можно выделить две наиболее значимые и типичные сделки банковского оборота:

1. Transscriptio a re in personam

Предположим, что между Гаем и Юлием существуют деловые постоянные отношения. Гай поставляет Юлию какие-либо товары и получает от него в разные сроки определенные суммы. В таком случае все поставки и платежи будут отражены в приходо-расходных книгах обоих участников: в книге Гая на странице расходов будет помечено, что тогда-то Юлию дано товаров на такую-то сумму, а на странице приходов Юлия будет помечено, что тогда-то от Гая получено столько-то. Периодически стороны сверяют книги, тем самым подводя итоги их отношений. Итог, например, оказывается остатком в пользу Гая на 100 сестерциев. Тогда все прежние сделки ликвидируются соответствующими пометками, а взамен их Гай записывает у себя на странице расходов: "даю Юлию 100 сестерциев". Одновременно Юлий записывает у себя: "получено от Гая 100 сестерциев". В результате возникает обязательство Юлия уплатить Гаю 100 сестерци-

¹ Институции Юстиниана: перевод с латинского Д. Расснера / Под ред. Л.Л. Кофанова, В.А. Томсинова (Серия "Памятники римского права"). М., 1998. С.243.

² Содержащиеся в источниках римского права указания относительно пехита неясны и противоречивы, поэтому не все исследователи римского права понимают этот термин одинаково.

³ Покровский И.А. История римского права. СПб., 1999. С.404–405.

ев. Здесь получается, что это обязательство материальными корнями связано со всей совокупностью предыдущих сделок, но формально оно от них оторвано, ибо все прежние отношения ликвидированы, а то, что возникло, является новым обязательством.

Оно будет уже обязательством абстрактным, и никакие возражения со ссылками на прежние *causae* допущены не будут. Обязанность Гая уплатить 100 сестерциев формально вытекает теперь из записи в их книгах и потому является обязательством *литеральным*¹.

2. Transscriptio a personam in personam

Другой механизм получения такого же результата заключается в следующем. Гай должен Юлию 100 сестерциев, а Юлий, в свою очередь, должен 100 сестерциев Сильвию. По взаимному соглашению все эти лица делают соответствующие пометки у себя для того, чтобы избежать посредника между Гаем и Сильвием. Обязательство между Гаем и Сильвием, как и в предыдущем случае, вытекает по существу из ряда прежних отношений, но является уже новым с юридической точки зрения.

Очевидно, что описанными случаями книжные операции не ограничивались. Можно предположить, что было и прямое установление обязательства путем занесения соответствующих записей в книги: Гай, желая подарить Юлию 100 сестерциев, заносил в свою книгу, что получено от Юлия 100 сестерциев, а Юлий записывал, что дано 100 сестерциев. На самом же деле, в приведенном примере никакой *numeratione rescriptae* не было, тем не менее, обязательство признавалось существующим и могло быть признано судом. Очевидно, этот инструмент, зародившийся у банкиров-профессионалов, стал институтом общегражданского права. Но довольно многое остается неясным в *литеральных* контрактах, ибо они сравнительно рано выходят из употребления².

В то время как в обороте между *cives romani* употреблялись перечисленные договоры, в обороте между *перегринами* были весьма распространены письменные обязательства иного рода – *syngraphae* и *chirographa*.

Syngraphae можно охарактеризовать как документ, написанный от имени должника и свидетельствующий о его долге. *Chirographa*, напротив, является документом, говорящим об обязательстве от имени обеих сторон и скрепленным подписями и кредитора, и должника.

В классический период приходо-расходные книги утратили свое значение, а в результате перестали применяться старые *литеральные* контракты, на смену которым пришли упрощенные, заимствованные у *перегринов* долговые документы³.

Строгая греческая привычка к письменным документам и доверие к ним легко приспособились и к *стипуляции*: стоило лишь при совершении документа проделать нетрудную формальность устного вопроса и ответа на него.

Вербальные контракты

Отличительной чертой *вербальных* контрактов служило то, что обязательства, которые возникали из устных контрактов, получали юридическую силу по-

средством и с момента произнесения заветных слов.

К группе *вербальных* контрактов можно отнести три договора: *sponsio* или *stipulatio* (прообраз обязательственных сделок),⁴ *jurata operarum promissio* и *dolis dictio*. Два последних договора представляли собой клятвенное обещание вольноотпущенника патрону при освобождении и установлении приданного, но они, как известно, не имели особого значения. Напротив, *стипуляция* занимает первое место во всей системе римских обязательств.

Целесообразно отметить исторический аспект развития *стипуляции*. Происхождение этого термина было неясным уже для самих римских юристов, что, в первую очередь, свидетельствует о древнем происхождении этого вида договора. В науке высказываются различные точки зрения, касающиеся момента появления такого договора. Например, И.Б.Новицкий считает, что *стипуляция* была уже известна законам XII таблиц⁵. И.А.Покровский отстаивает другую точку зрения, мотивируя тем, что древнее время, когда появился данный договор, нельзя относить к законам XII таблиц, время его возникновения должно быть отнесено к первой половине эпохи республики⁶.

Следует отметить и юридическую природу заключения таких видов договора, как *sponsio* и *stipulatio*, поскольку заключаются они путем устного вопроса кредитора и ответа должника: "Клянешься дать 100 сестерциев? – Клянусь (*spondeo*)!"⁷. При этом выражение "*spondes – spondeo*" употреблялось только между *cives romani*, и тогда договор назывался *sponsio*. Любопытно, что договор мог быть заключен между *перегринами* на другом языке, например на греческом. Процедура его заключения ничем не отличалась от той, которая осуществлялась *cives romani*. В таком случае этот договор следовало обозначить как *stipulatio*. Но в дальнейшем никаких различий, по мнению И.А.Покровского, не наблюдается.

Камнем преткновения историков донныне остается вопрос о том, как именно появился этот договор. Так, Савиньи высказал предположение, что *стипуляция* выросла из *пехум* путем ослабления ритуала и усиления словесного элемента, но это предположение не смогло укорениться, ибо *пехум* и *stipulatio* длительное время сосуществовали вместе. М.Фогт считает *стипуляцию* заимствованием из обычаев латинян, но наибольшим распространением пользуется гипотеза сакрального происхождения *стипуляции*, высказанная впервые Гушке, а затем подробнее обоснованная Данцем: *sponsio* первоначально была клятвой, посредством которой обещавший подтверждал что-либо сделать. Но тогда *sponsio* пользовалась лишь сакральной защитой. С падением авторитета сакрального права *sponsio* перекочевала под защиту светского права, поскольку центр тяжести теперь стал больше перемещаться на словесный элемент, а сама клятва опускалась. По мнению Меттейса, *sponsio* выросла из поручительства, из института *vades*. *Vadimonium* также устанавливалось в форме вопроса и ответа, причем поручитель в более раннее время назывался *sponsor*. Позднее должнику было разрешено стать своим собственным поручителем – и тогда возникла та *sponsio*,

¹ Там же. С.405.

² Там же. С. 406.

³ Новицкий И.Б. Римское право. М., 1993. С.161.

⁴ Санфилиппо Ч. Курс римского частного права. М., 2000. С.246.

⁵ Новицкий И.Б. Указ. соч. С.157.

⁶ Покровский И.А. Указ. соч. С.393.

⁷ Перетерский И.С. Римское частное право. М., 1994. Гл.28.

которую мы встречаем позже¹. Но И.А.Покровский считает, что связь между *vadimonium* и *sponsio* остается такой же загадкой для историков, как и происхождение слова *stipulatio*.

Кажется, что обычай подкреплять обещание клятвой, очевиден, а согласно древним источникам, эти клятвенные обещания назывались именно *sponsio*².

Освободившись от своей сакральной оболочки, *sponsio* оказалась в силу своей простоты пригодной и для оборота перегинов, и, таким образом, рядом с гражданской формой *sponsio* появилась форма в виде *stipulatio*³.

Одной из отличительных особенностей *stipulatio* является то, что здесь обязательства возникают строго односторонние: кредитор и только кредитор, должник и только должник. Важно отметить и то, что кредитор может требовать исключительно то, что ему уже обещал должник: он не может требовать никаких дополнений или возмещения убытков, которые он мог понести, если не получил нужную вещь вовремя (например, корм для лошади, отсутствие которого роковым образом отразилось на ее здоровье). Кредитор не мог даже требовать процентов, если должник задерживал определенную вещь или деньги. Будучи абстрактным договором, *stipulatio* не могла защитить должника на предмет того, осознанно ли он сказал заветное слово *spondeo*, поскольку, ответив на любой вопрос кредитора именно этим словом, должник вовлек себя в односторонние отношения с кредитором, которые явно были выгоднее кредитору, а возможно, и убыточными для должника. Однако *stipulatio* не имела непосредственной исполнительной силы⁴, которая роднит этот вид договора с обязательствами старого права, поскольку в случае неисполнения обязательства должником кредитор мог найти свою защиту только в иске. Очевидно, что эта мера была принята римским законодателем во избежание тех варварских методов, при помощи которых в более раннее время кредитору было легко получить долг.

Очень важная особенность *stipulatio* состояла в том, что даже в классический период она сохраняла свой формализм: присутствие договаривающихся сторон в одном месте, вопрос кредитора и ответ должника⁵.

Благодаря чрезвычайной простоте и гибкости формы, *stipulatio* очень скоро приобрела широкое распространение по всему Древнему Риму. Вместе с тем эта форма в высокой степени облегчала и доказывание долга в процессе: для обоснования иска было достаточно доказать, что *stipulatio* в данном деле имела место⁶. Понятно поэтому, что *stipulatio* сохранила первое место в контрактной системе Древнего Рима даже после того, как успели себя зарекомендовать все другие контракты – консенсуальные и реальные.

И.А.Покровский отмечает также, что *stipulatio* во многих отношениях представляла незаменимые удобства для деловых людей – она выступала прототипом современного векселя. Широкое применение ее отразилось и в том, что теперь ее стало можно ис-

пользовать в делах новации, т.е. *stipulatio* стали заключать для того, чтобы прекратить уже существующее обязательство, а на его место поставить новое, которое будет вытекать уже не из предыдущих условий, а из самой *stipulatio*⁷. Эта черта также позволяла вложить в *stipulatio* любое содержание и быстро проводить его в жизнь, а в результате *stipulatio* стала основной формой договора в классический период.

Применяясь в течение длительного времени, *stipulatio*, конечно, не обошлась без некоторых перемен:

1. С течением времени наблюдается ослабление требований, предъявляемых к устной форме *stipulatio*. Обычные в прошлом выражения с их непременным соответствием друг другу перестают рассматриваться как юридическая необходимость. Ульпиан признает уже действительной *stipulatio*, при которой на вопрос "обещаешь", ответ должника мог выглядеть: "почему бы и нет?"

Постепенно проявляется тенденция стирания границ между *stipulatio* и контрактами консенсуальными⁸. Упрощение процесса заключения *stipulatio* отражается даже на том, что этот договор начинает признаваться заключенным на бумаге как письменный документ (*cautio*) для простоты доказывания долга в суде.

Но, пожалуй, самая главная отличительная черта письменной *stipulatio* от литерального контракта заключается в том, что сама по себе письменная форма *stipulatio* не имела никакой юридической силы, если не следовало подтверждения ее словами. Однако со временем к письменной форме стали относиться уважительнее: единственным фактом, отрицающим письменную *stipulatio*, было то, что должник и кредитор в день заключения договора находились в разных городах. Принятие римскими юристами письменной формы *stipulatio* отнюдь не меняет ее юридической сущности⁹. И даже в праве Юстиниана *stipulatio* остается вербальным контрактом и продолжает заключаться устно.

2. Важно отметить, что с течением времени происходит ослабление абстрактного характера заключения *stipulatio*. По сравнению с доклассическим периодом *stipulatio* порождала строгое обязательство, зависящее только от того, что было произнесено – никто не смотрел вглубь. Если должник произнес "*spondeo*", рассчитывая получить деньги от кредитора, а тот, в свою очередь, не желает их передать, то казалось, что обещание не имело значения. На самом деле римские юристы подходят к этому вопросу по-другому: должник должен был, хотя кредитор не дал ему денег, исполнить свое обещание, т.е., например, передать обещанную вещь, а потом уже в судебном порядке вернуть ее в виде *condictio sine causae*.

В дальнейшем такой порядок был признан несправедливым, и претор стал давать должнику против иска из *stipulatio* *exceptio doli*, но должник должен был доказать отсутствие *causa* (неполучение денег от кредитора), ибо предположение было все же против него¹⁰.

Римские юристы довольно интересно подходят к

¹ Покровский И.А. Указ. соч. С.394–395.

² Перетерский И.С. Указ. соч. Гл.28.

³ Покровский И.А. Указ. соч. С.395.

⁴ Там же.

⁵ Новицкий И.Б. Указ. соч. С.158.

⁶ Покровский И.А. Указ. соч. С.396.

⁷ Новицкий И.Б. Указ. соч. С.158.

⁸ Покровский И.А. Указ. соч. С.396.

⁹ Новицкий И.Б. Указ. соч. С.158.

¹⁰ Покровский И.А. Указ. соч. С.399.

возможному несоответствию или противоречию между внешним выражением договора и тем, что сторона действительно имела в виду. Кто говорит одно, а хочет другого, тот не говорит того, что означают его слова, потому что он этого не хочет, но и не говорит того, что хочет, потому что он произносит не те слова¹. Короче: что он сказал, того он не хочет, а что хочет, того не сказал; стало быть договор не состоялся².

Но римскому праву известны и сложные формы заключения стипуляции. Поскольку уже с момента ее появления стипуляция стала применяться не только, когда необходимо было скрепить обязательством должника с кредитором, но и в более сложных отношениях, когда на той или иной стороне выступает сразу несколько участников договора. Такое соучастие в обязательстве может иметь различное значение и вылиться в разные формы³.

Соучастие корреляльное возможно в тех случаях, когда несколько лиц по тем или иным соображениям желают выступить в качестве сокредиторов, но так, чтобы каждый из них имел права самостоятельного кредитора – мог получать платеж, предъявлять иск и т.д. – и чтобы платеж одному погашал требования всех, т.е. предъявление иска одним кредитором лишало исков других.

Примером такого соучастия мог быть договор между двумя братьями-кредиторами, которые ведут нераздельное хозяйство, и должником. Кредиторы предвидят, что к моменту возвращения долга одного из братьев не будет в городе (ему, может быть, придется уехать, а терять свои деньги они не хотят), а потому они выступают в качестве сокредиторов. Равным образом возможно, что должников будет двое, а кредитор – один.

В таких случаях римские юристы стали прибегать к следующему способу заключения стипуляции. Если несколько лиц желают выступить в качестве сокредиторов, то все они поочередно произносят вопрос: "Обещаешь мне дать 100 сестерциев?", "Эти же 100 сестерциев обещаешь дать мне?" Причем должник должен ответить им сразу: "Каждому из вас обещаю отдать".

Если, напротив, несколько лиц выступают в качестве должников, то кредитор без перерыва предлагает каждому из них один и тот же вопрос: "Мэвий, обещаешь дать 5 золотых?", "Сай, обещаешь дать эти же 5 золотых?", и тогда оба они отвечают: "Клянемся", "Клянемся". Обязательство в первом случае будет называться *активно-корреляльным*, а во втором – *пассивно-корреляльным*⁴.

В результате такой стипуляции получается обязательство с несколькими соучастниками, но с одним предметом: если долг будет уплачен одному кредитору (в первом случае) или одним из должников (во втором случае), то все обязательство погашается. Аналогично погашается и иск, по которому кредиторы и в первом, и во втором случае получают ту сумму, какую они дали.

Благодаря такой процедуре довольно легко удавалось избежать повторного платежа со стороны должников и повторного требования уплаты со стороны кредиторов.

Стипуляция была первым способом установления такого соучастия. Но затем оно могло быть установлено и в контрактах иного рода, например, консенсуальных⁵.

Соучастие акцессорное возможно в тех случаях, когда одно лицо желает выступить в качестве главного, присоединив другое лишь в качестве дополнительного соучастника. В таком случае право и обязанность второго будут дополнением к праву или обязанности первого. Эти отношения, как и предыдущие, были впервые отражены в стипуляции.

Так, если указанное отношение имеет место на стороне кредитора, то она выливается в форму *adstipulatio*, т.е. сначала предлагает вопрос и сразу же получает на него ответ главный кредитор, затем этот же вопрос задает добавочный кредитор и также сразу получает на него ответ от должника. Естественно, что после ответа на второй вопрос качество присоединенного кредитора для должника обретает тот же характер, что и главного кредитора: он может получать платеж, предъявлять иск. Но, как мы понимаем, римские юристы создали такую возможность не для того, чтобы добавочный кредитор мог легко поправить свое благосостояние: после получения денег от должника он в обязательном порядке должен был передать эти деньги главному кредитору, поскольку его присоединение делалось в интересах последнего.

Главной причиной, вызвавшей появление института *adstipulatio*, была недопустимость в легисакционном процессе представительства. Это делалось на тот случай, если кредитор считал, что к моменту возвращения данных им денег он будет не в состоянии лично отстаивать свои интересы в суде, а потому готовил себе заместителя, посредством которого сможет получить свои деньги обратно. Но с появлением в римском праве института процессуального представительства от этой формы стипуляции пришлось отказаться⁶.

Гораздо чаще в римском праве встречается присоединение добавочного должника, называемое *adpromissio*. Главной целью его было поручительство, т.е. за долг главного должника берет на себя ответственность другое лицо – поручитель.

Поручительство в Древнем Риме имеет длинную и сложную историю. Поручитель в древности был как бы заложником: в случае неисполнения обязательства ответственность сразу обрушивалась на него, а тот за кого поручитель выступал, оставался свободным.

Именно в связи с развитием гражданского оборота деловых отношений в римском праве назрела настоятельная потребность в поручительстве. Как известно, на первых порах эту потребность могли удовлетворить в форме и посредством стипуляции корреляльной, поскольку поручитель был таким же должником, как и тот, за кого он ручался. И лишь обычай, по мнению И.А.Покровского, способствовал вначале обращению к главному должнику. Но затем внутренняя акцессорность поручительства стала отражаться и внешне, причем возникают две старейшие формы поручительства – *sponsio* и *fidepromissio*. Различие их состоит лишь в словах и не отражается на обязательствах, сопровождающих эти формы. Обе они могли применяться после того, как главное обязательство было заключено в форме стипуляции, и после этого стороны прибегали к *adpromissio*.

¹ D.29.5.3.

² Перетерский И.С. Указ. соч. Гл.28.

³ Покровский И.А. Указ. соч. С.399.

⁴ Там же. С.400.

⁵ Там же. С.401.

⁶ Там же. С.403.

Интересно отметить, что в случае смерти поручителя обязательства не переходили на его родных и детей, человек становился заложником как бы самостоятельно.

Последующие римские законы установили между несколькими поручителями нечто вроде товарищества в отношении их ответственности за долг, т.е. деньги, которые требовал кредитор, делились в равной мере на живых поручителей – всем доставалось поровну. Сверх того, была даже предпринята попытка снять по истечении двух лет с момента выступления в качестве поручителя обязательства ручавшегося.

Однако и *sponsio*, и *fidepromissio* имели то существенное неудобство, что они могли обеспечивать только обязательства стипуляционные, причем должны были заключаться сразу после них. Отсюда возникает новая форма – *fidejussio*, которая была свободна от этих неудобств, а потому и вытеснила две предыдущие формы. *Fidejussio* представляла собой формально самостоятельную стипуляцию; и лишь материально она подкрепляет обязательство, причем любое – консенсуальное, стипуляционное и т.д.

В течение всего классического и постклассического периода общим правилом было то, что кредитор мог при неисполнении обязательства предъявить иск по своему усмотрению либо против главного должника, либо против поручителя. Но Юстиниан указом от 535 г. облегчил положение поручителя тем, что он мог требовать, чтобы кредитор вначале обратился к главному кредитору. Если же поручитель был вынужден заплатить долг кредитору, то он мог прибегнуть к "регрессу"¹ против главного должника².

Хотя в классическом праве возникали и другие формы поручительства, *fidejussio* оставалась до конца все же основной формой.

Реальные контракты

Отличительная черта реальных и консенсуальных контрактов состоит в том, что они являются неформальными, т.е. не связаны с какой-либо определенной формой.

Интересно отметить, что реальные контракты, в отличие от литеральных получают юридическую силу только с того момента, когда на основании соглашения одна сторона передала другой ту вещь, которая была предметом договора. А до момента передачи вещи соглашение само по себе значения, а тем более юридической силы не имело. Так, договор о том, что я обещаю завтра дать вам некую сумму денег или, наоборот, взять какую-нибудь вещь, еще не создает никаких обязанностей ни для меня, ни для вас³. Если я завтра, вопреки обещанию, откажу вам, то никакой ответственности перед вами я не несу. Такого рода соглашения рассматривались римскими юристами как соглашения о будущем заключении договора и, следовательно, никакого иска не порождали. Законодатель, впрочем, пошел дальше, разрешив, при согласии сторон, придавать обязательство преддоговорному соглашению, но тогда стороны должны были облечь это соглашение в форму стипуляции, речь о которой шла выше. Если же они стороны не прибегали к утвердившейся форме стипуляции, то обязательство возникало

лишь с момента передачи вещи или денег.

И.А.Покровский утверждает, что позднейшее римское право знает четыре вида таких реальных договоров: *mutuum*, *commodatum*, *depositum* и *pignus*, плюс исчезнувший впоследствии *fiducia* и так называемый реальный безымянный контракт (*contractus innominati*), представляющий собой образование постклассическое.

Mutuum (заем) представляет собой договор, по которому одна сторона (займодавец) передает в собственность другой стороне (заемщику) денежную сумму или известное количество иных вещей, определенных родовыми признаками (зерно, масло, вино), с обязательством заемщика вернуть по истечении указанного в договоре срока либо по востребованию такую же денежную сумму или такое же количество вещей того же рода, какие были получены⁴. *Mutuum* называют также бесформальным займом.

Объектом займа могли быть любые вещи, которые можно заменить, т.е. которые фигурируют в обороте мерой, весом, счетом, объемом⁵.

По мнению И.Б.Новицкого, в старом гражданском праве заем (денежный) осуществлялся в форме пехит посредством меди и весов. Но эта форма отталкивала своей строгостью и тем самым не подходила к обороту в обычных житейских отношениях (например, заем небольшой суммы денег, а кого-нибудь количества продуктов). Естественно, что в древности заключались такие неформальные сделки между соседями, но исковой защиты они не имели.

Однако римское право уже очень рано начинает предоставлять кредитору возможность заявлять гражданский иск о возвращении долга, который квалифицировался как необоснованное обогащение заемщика. Кредитор, давший займы, теперь был, таким образом, защищен⁶.

Интересно отметить, что защита эта вытекала не из признания договора займа, а из простого факта перехода ценности из одних рук в другие. Таким путем и утвердилась будущая природа *mutuum* как реального договора.

Со временем юридическая природа *mutuum* во многом выступает вперед, но многие черты первоначального воззрения "преследуют" договор займа в позднейшем праве. Например, обязательство из договора займа по-прежнему остается *strict juris* и строго односторонним: должник не мог выдвигать каких-либо встречных претензий (например, займодавец дал хлеб плохого качества, чем нанес ущерб должнику), но, с другой стороны, кредитор может требовать только то, что было дано, без всяких дополнительных претензий: убытков, возникших из-за несвоевременной уплаты долга, процентов и т.д.

Для заключения договора займа необходимо было двустороннее согласие.

"Недостаточно для возникновения заемного обязательства простого перехода денег или вещи, – говорит Павел. – Необходимо намерение обеих сторон установить именно заем"⁷. Примером может служить случай, когда должник не имел дееспособности в силу своего несовершеннолетия, тогда такой договор не считался займом: кредитор мог требовать только вы-

¹ Право регресса – право поручителя взыскать с должника уплаченный за него долг.

² Покровский И.А. Указ. соч. С. 404.

³ Там же. С.408.

⁴ Fr.1.2.D.44.7.

⁵ Новицкий И.Б. Указ. соч. С.163.

⁶ Покровский И.А. Указ. соч. С.409.

⁷ Fr.3.1.44.7.

дачи обогащения, т.е. только того, что малолетний еще не потратил, допустим из 100 сестерциев только 40, если 60 малолетний должник истратил¹.

Важно отметить, что в период империи и по отношению договора займа по всему Риму распространяется обычай составления письменного договора, как в случае стипуляции. Такие мероприятия в законодательстве проводились в тех же целях, что и для стипуляции, т.е. только для облегчения доказывания факта займа в суде. С течением времени и в отношении займа важность письменной *cautio* приобретает то же значение, что и для стипуляции.

Законодательство периода империи интересовалось займом специально в следующих двух направлениях².

1. В начальный период республики происходит всеобщая деморализация общества, которая выразилась и в том, что "золотая молодежь" того времени, зажиточные сыновья, часто прибегали к займам у замаскированных ростовщиков с тем, что уплата произойдет после смерти *paterfamilias* при получении наследства. Условия займа, как мы понимаем, были весьма суровыми. Однажды произошло даже убийство сыном своего отца из-за преследований первого кредиторами, а в результате был принят закон, который четко регламентировал порядок оформления договора займа *alienae juris*, причем без согласия главы семейства он не порождал исковой защиты. Обязательство сына после издания этого закона стало *obligatio naturalis*.

2. Другая проблема, которая занимала законодательство, – вопрос о процентах. В разное время этот вопрос решался по-разному: в праве классического периода – 1% в месяц, в праве Юстиниана – 6% в год (для ростовщиков – 8), но начисление процентов на проценты было воспрещено³.

Соглашение относительно срока платежа по займу было несущественным: римские юристы предусматривали заключение договора на определенный срок, указанный в договоре, или без срока. При заключении договора в последнем виде кредитор мог потребовать возврата своего когда угодно.

Значительно позже, чем *mutuum*, получили признание еще три вида договоров – *commodatum*, *despositum* и *pignus*, причем их исторической предшественницей являлась уже известная нам *fiducia*, которая и сыграла для них подготовительную роль⁴.

Как известно, в старом гражданском праве потребность отдачи вещи во временное пользование, на сохранение и в залог удовлетворялась посредством *mancipatio* или *in jure cessio* этой вещи с присоединением *fiducia*⁵. Из истории известно, что этот иск не сразу получил защиту: в древности такого совершенно не было, затем появился иск – преторский, а позднее – и гражданский – *actio fiduciae*. Этим иском, как не странно, мог воспользоваться не только кредитор, но и получатель, если, например, ему был *манципирован* с целью сохранения раб, страдающий заразной болезнью, которой он затем заразил рабов получателя. С появлением этих исков *fiducia* превратилась в настоящий реальный контракт, с тем, однако, различием, что

соглашение о ней составляло лишь элемент формальных сделок *mancipatio* или *in jure cessio* и, следовательно, само явление было формальным. Ввиду этого *fiducia* должна быть охарактеризована, как договор формально-реальный⁶.

Хотя *fiducia* просуществовала в течение всего классического периода, тем не менее она создавала большие неудобства: во-первых, она требовала соблюдения формальностей *mancipatio* и *in jure cessio*, а во-вторых, она была тесно сопряжена с переходом права собственности на вещь. Причиной могла явиться несостоятельность ответчика, и потому *actio fiduciae* мог быть признан несостоявшимся.

Вследствие этого наряду с фидуциарными соглашениями практикуются и неформальные договоры отдачи вещи во временное безвозмездное пользование (*commodatum*), на сохранение (*despositum*) и в обеспечение долга (*pignus*). Лицо, передавшее вещь на таких условиях, сохраняет право собственности и потому может затребовать ее в любой момент у должника, а должник, в свою очередь, не мог прибегнуть к иску, если собственник вещи нанес ему этим действием ущерб.

Со временем в такие отношения включается претор, который начинает давать *actiones in factum*. Он преследовал цель возмещения вреда, причиненного одним лицом другому. Например, если я дал вам вещь, а вы мне ее не отдали, то причинили мне вред. Если вы дали мне на сохранение большое животное, а то, в свою очередь, заразило несколько моих особей, то этим вы причинили мне вред, и в любом случае справедливость требует, чтобы этот вред был возмещен⁷.

С развитием гражданского оборота складывается мнение, что во всех этих случаях следует требовать не только возмещения вреда, но и исполнения задуманного. Римские юристы пошли здесь следующим путем. Если вы, скажем, дали мне лошадь для поездки по очень важному делу, а лошадь оказалась негодной, и вы это знали, то я, разумеется, понес убытки, которые вы должны возместить. Но законодатель идет дальше и предлагает взыскать не только видимый вред, но и то, что я имел бы, если бы вы исполнили свое обещание. На этой основе возникает возможность предъявить и гражданский иск, а в результате эти соглашения были возведены в ранг контрактов.

Commodatum – это такой договор, по которому одна сторона (ссудодатель) передает другой стороне (ссудополучателю) индивидуально-определенную вещь во временное безвозмездное пользование с обязательством второй стороны вернуть по окончании пользования ту же самую вещь в целостности и сохранности⁸. Стоит отметить, что ссуда отличается от займа тем, что объектом ссуды является индивидуально-определенная вещь, а также тот факт, что ссуда является безвозмездной.

По своей юридической природе *commodatum* принадлежит к договорам двусторонним, хотя и неравносторонним, т.е. ссудополучатель обязан вернуть вещь в том же состоянии, в котором он ее получил; в случае повреждения или гибели вещи он отвечает за всякую вину со своей стороны. Но нельзя исключать и возможность появления требования со стороны ссудополучателя против ссудодателя. Это возможно было в

¹ Покровский И.А. Указ. соч. С.410.

² Там же.

³ Новицкий И.Б. Указ. соч. С.164–165.

⁴ Покровский И.А. Указ. соч. С.411.

⁵ Санфилиппо Ч. Указ. соч. С.243.

⁶ Покровский И.А. Указ. соч. С.412.

⁷ Там же. С.413.

⁸ Новицкий И.Б. Указ. соч. С.171.

случае, если ссудодатель дал вещь, которая причинила вред ссудополучателю. И.А.Покровский считает, что за такие убытки отвечает ссудодатель, если ему в упрек может быть поставлен умысел или грубая небрежность (например, он заранее знал, что дает лошадь, подвергшуюся заразной болезни).

Договор *despositum* – реальный контракт, по которому лицо, получившее от другого лица индивидуально-определенную вещь (поклажеприниматель, депозитарий), обязуется безвозмездно хранить ее в течение определенного срока или до востребования и по окончании хранения возвратить в целости и сохранности лицу, передавшему эту вещь на хранение (поклажедатель, депоненту).

Правда, бывают случаи, когда на хранение отдают и вещи родовые (например, некая сумма денег) с тем, чтобы потом были возвращены не те же самые вещи, но тогда мы имеем дело с *depositum irregulare* – договором, приближающимся уже по существу к займу¹.

И.А.Покровский выделяет специальные виды поклажи:

1) так называемые *despositum miserabile* – римские юристы призывали использовать этот вид поклажи в случае несчастия (например, пожара).

2) *sequestratio* (секвестр)² – передача двумя спорящими лицами спорной вещи до разрешения спора третьему с тем, чтобы он выдал ее тому, кто этот спор выиграл.

В работе Чезаре Санфилиппо отмечается еще один вид поклажи – "нерегулярная поклажа", которая применяется к сумме денег, отданной на хранение с той оговоркой, что депозитарий может ими воспользоваться, а затем возвратить. В сущности, это заем, так как он виделся классическим юристам³.

Договор *ignus* – это залоговый договор, в силу которого одно лицо (залогодатель, он же и должник по обеспечению долга) передает другому (залогопринимателю, кредитору) вещь для обеспечения долга. Основная обязанность из такого договора возникает для залогопринимателя: он, в случае уплаты долга, обязан вернуть вещь в неповрежденном состоянии, т.е. именно ту, которую он получил в залог, а в случае неуплаты долга – залогоприниматель должен продать ее по выгодной цене, чтобы можно было вернуть излишек залогодателю. Но при известных обстоятельствах может возникнуть и ответственность залогодателя: если заложенная вещь причинила убытки (вспомним пример с лошадью)⁴.

Contractus innominati

После того, как классическая система договоров была в основных своих элементах выработана, и типичные контракты, как реальные, так и консенсуальные, получили свои юридические очертания и свои имена, гражданский оборот продолжал творить новые отношения, которые уже не подпадали ни под один из ранее сформировавшихся типов. Например, осталась вне этих типов мена. Неизвестно было, как определять контракт, в силу которого одно лицо дает другому вещь с тем, чтобы оно продало ее не ниже определенной цены, а полученные сверх нее деньги могло оставить себе. Поскольку эти договоры не подходили ни под один рано легализованный тип контрактов, то иски из них должны были рассматриваться как *из нуда pacta*, т.е. соглашения неискowego и, тем самым, не

имеющего юридической защиты⁵.

Дело осложнялось и в тех случаях, когда одна сторона выполнила свою обязанность на основании этого соглашения (например, передала вещь), а другая отказывалась выполнять свое обязательство.

В таком случае римские юристы прибегали ранее к иску о незаконном обогащении. Но, как известно, такая процедура редко могла удовлетворить сторону, которая была обманута, поскольку та вещь, которую лицо требовало обратно в силу неисполнения соглашения, могла быть уже повреждена. Например, я хочу забрать своего раба, который уже находится в состоянии поврежденного здоровья.

Ввиду этого на помощь потерпевшей в гражданском обороте стороне приходит претор, который начинает давать *actio in factum*, исходя из принципа возмещения причиненного вреда.

Но наряду с такой ситуацией возникает и другая: соглашения этого типа начинают рассматриваться как договоры, и на их основании юристы выставляют гражданский иск не только о возмещении убытков, вызванных лишением собственно вещи, но и об исполнении одним контрагентом того, что им было обещано другому.

Как и следовало ожидать, развитие института договора и здесь закончилось тем же, чем оно закончилось по отношению к трем последним реальным договорам, т.е. победой второй точки зрения⁶. Она окончательно утверждается и перестает вызывать спор у юристов уже ко времени Юстиниана.

Безымянные контракты были сгруппированы по четырём основным категориям: *do ut des*; *do ut facias*; *facio ut des*; *facio ut facias* (даю, чтобы ты дал; даю, чтобы ты сделал; делаю, чтобы ты дал; делаю, что бы ты сделал)⁷.

Так возникли безымянные контракты. Но это были все же реальные контракты, ибо лишь тогда может идти речь об их обязательности, если одна сторона свою обязанность исполнила, а до того есть только *nudum pactum*.

Признанием безымянных договоров римское право сделало огромный шаг вперед по пути санкционирования всяких договоров, но в случае, если одной стороной допущено неисполнение таких нетипичных контрактов.

Консенсуальные контракты

Отличительная черта консенсуальных контрактов состоит в том, что обязательства возникают в силу простого бесформального соглашения⁸. К таким контрактам можно отнести куплю-продажу (*emptio-venditio*), наем (*locatio-conductio*), договор товарищества (*societas*) и поручение (*mandatum*).

В древнейшую эпоху купля-продажа осуществлялась посредством *mancipatio*, которая была общей необходимой формой для реализации всех вещей. Позднее она стала специальным способом для *res mancipi*, а *res* нее передавались либо посредством *in jure cession*, либо путем бесформальной *traditio*. Главное то, что обязательство поглощалось вещным актом передачи права собственности; простой договор о продаже не имел никакого значения⁹.

Каким образом получила признание простая купля-продажа – вопрос очень спорный. Одни ученые (Фогт,

¹ Покровский И.А. Указ. соч. С.415.

² Санфилиппо Ч. Указ. соч. С.244.

³ Там же.

⁴ Покровский И.А. Указ. соч. С.416.

⁵ Там же.

⁶ Там же. С.417.

⁷ Санфилиппо Ч. Указ. соч. С.256.

⁸ Новицкий И.Б. Указ. соч. С.177.

⁹ Покровский И.А. Указ. соч. С.419.

Феррини) выводят ее из тех неюридических соглашений, которые ставились только под охрану общей *fides*. Другие (Коста) предполагают в качестве предварительной стадии куплю-продажу реальную, развившуюся путем, аналогичным тому, каким шло развитие *commodatum*, *despositum* и *pignus*. Наиболее вероятной кажется третья гипотеза (Беккер, Жирар), согласно которой, чтобы придать обязательную силу самому соглашению о продаже, стороны первоначально облекали свои обещания в две встречные стипуляции: продавец обещал передать вещь, а покупатель – уплатить определенную цену. Доказательством этой гипотезе служит то, что мы довольно часто встречаем употребление стипуляции при купле-продаже, хотя по существу это стало уже ненужным. Но понятно, что столь сложный порядок продажи и покупки не мог полностью удовлетворять гражданский оборот, который постепенно развивается в Древнем Риме. Во-первых, стипуляция не могла применяться, если хотя бы одна из сторон, например, была в другом городе; во-вторых, две самостоятельные стипуляции не могли придать двустороннюю природу купле-продаже (*emptio-venditio*), при которой обязательство одной стороны обусловлено обязательствами другой¹.

Получив юридическое признание в качестве договора консенсуального, купля-продажа не сразу приобрела тот вид, который она получила впоследствии: многое должно было оговариваться словами, но потом стало само собой разумеющимся.

Как известно, основная хозяйственная цель договора купли-продажи заключается в том, чтобы в хозяйство покупателя на праве собственности поступили те или иные нужные вещи.

Существенными элементами купли-продажи выступают предмет (*merx*) и цена (*pretium*). Именно поэтому многие исследователи определяют куплю-продажу как двухсторонний договор, по которому одна сторона обязуется передать товар за денежное возмещение, которое другая сторона обязуется ей заплатить².

Что касается *merx*, то объектом продажи может быть все, что имеет имущественную ценность, а следовательно, не только вещи телесные (даже будущие, например, урожай будущего года), но и так называемые *res incorporales* (сервитуты, наследство и т.д.).

Цена же, в первую очередь, должна состоять из определенной суммы денег, в противном случае договор будет означать мену, которая была прототипом купли-продажи³. Отметим, что среди классических юристов были и такие, которые и мему хотели подводить под понятие купли-продажи⁴, но их мнение было отвергнуто.

Разумеется цена должна быть определенной (например, "покупаю за столько-то", "плачу, сколько скажешь", "плачу, сколько есть в кошельке"). И.А.Покровский замечает, что цена не должна быть назначена только для вида, т.е., чтобы ею можно было прикрыть дарение, но *pretium* определялась свободным соглашением сторон, а потому не требовалось объяснения, почему цена не справедлива.

В источниках римского права нет достаточно четких указаний относительно практики купли-продажи вещей, определенных родовыми признаками. Быть может, это объясняется историческим развитием договора купли-продажи. Первоначально форма купли-

продажи – манципация – предполагала непосредственную передачу продаваемой вещи в собственность покупателя. Естественно, предмет купли-продажи должен был быть индивидуализированным. Если продажа должна была непосредственно перенести на покупателя право собственности, то нельзя было продать известное количество зерна или масла, не обобрав его от остального количества; право собственности можно передать только на выделенный, конкретизированный объект (с помощью тары, посредством указаний территориального нахождения товара и т.п.)⁵.

Из договора купли-продажи возникает двустороннее обязательство, причем равномерно двустороннее. Каждая из сторон одновременно и непременно (в отличие от *commodatum* и *despositum*) является и кредитором, и должником. Эта двусторонность выражается и в разном наименовании исков: *actio empti* для покупателя и *actio venditi* для продавца. Именно поэтому и договор полностью называется *emptio-venditio*.

Эти две встречные обязанности, разумеется, тесно связаны между собой: одна существует потому, что существует другая; каждая является условием другой. В этом и заключается принципиальная сущность всякого двустороннего, так называемого синаллагматического, договора⁶.

Как известно из истории, римское право не сразу усвоило этот принцип и не провело его до конца.

Одним из важнейших практически оставался вопрос о том, может ли контрагент, сам, не исполнив своей обязанности, предъявлять иск против другого: например, продавец, не передавший вещь, требовать передачи ему денег. В эпоху, когда купля-продажа заключалась посредством двух встречных *stipulations*, этот маневр со стороны, не выполнившей свое обязательство, был возможен, ибо эти стипуляции не были юридически связаны между собой, а потому подлежали исполнению, невзирая на то, выполнила другая сторона свое обязательство или нет. Когда же произошло превращение купли-продажи в консенсуальный контракт, то, как считает И.А.Покровский, это соображение отпало. Таким образом, истец, предъявив иск, в случае возражения со стороны ответчика должен был доказать, что он свою обязанность выполнил либо выполнит ее сейчас⁷.

Другой важной проблемой, волновавшей римских юристов, был вопрос – кто несет риск за гибель вещи с момента заключения договора. Если вещь после уплаты денег не была передана покупщику, то права собственности на нее считалось за продавцом, а следовательно, риск случайной гибели лежал на нем. Он отвечал перед покупщиком и за малейшую порчу им данной вещи.

Что касается обязанностей контрагентов, то покупатель обязан был заплатить покупную сумму. Гораздо сложнее было положение по отношению к продавцу⁸.

Главной целью купли-продажи, разумеется, было перенесение права собственности на покупщика. Первой обязанностью продавца является передача вещи покупщику – *traditio*. Возникает вопрос, что делать покупателю, если окажется, что купленная вещь была украдена и тем самым отобрана у покупщика (*evictio* вещи). Чтобы гарантировать покупщика на случай *evictio* и тогда, когда купля-продажа совершалась не в

¹ Там же.

² Санфилиппо Ч. Указ. соч. С.250.

³ Новицкий И.Б. Указ. соч. С.178.

⁴ Покровский И.А. Указ. соч. С.420.

⁵ Новицкий И.Б. Указ. соч. С.178.

⁶ Покровский И.А. Указ. соч. С.421.

⁷ Там же.

⁸ Там же. С.422.

виде мандипации, стали прибегать к особой *stipulatio duplae*, посредством которой продавец обещал покупщику возмещение двойной цены, если вещь будет отбрана¹. Со временем ответственность за *evictio* при заключении купли-продажи стала рассматриваться, как само собой разумеющееся.

Другой очень важный вопрос вызвала ответственность продавца за недостатки проданной вещи. Естественно, что старое гражданское право такой ответственности не знало. Во время использования стипуляции в купле-продаже стороны должны были, при желании, заключить об этом соглашение также в виде стипуляции. Когда же купля-продажа примкнула к консенсуальным договорам, то умолчание продавца о недостатках вещи рассматривалось как обман, следовательно, он отвечал перед покупателем. А если недостатки были ему неизвестны, то продавец не отвечал².

Другим наиболее важным видом договора, относящимся к консенсуальным контрактам, был договор найма, или *locatio*. Генезис данного договора, как и в предыдущем случае, был неясен. Например, Коста относил его к семейству договоров реальных. По мнению И.А.Покровского, этот договор, как и предыдущий, развился из стипуляции. Нет единого мнения у исследователей и о том, как развивались разные виды найма.

В римском праве принято выделять три вида найма: наем вещей или аренда³, наем рабочей силы, заказ⁴ или подряд.

Locatio-conductio rei (аренда или наем вещей) – двусторонний⁵ договор, согласно которому одна сторона – *locator rei* обязана предоставить вещь в пользование, а другая – *conductor rei* – обязана вносить условленную наемную плату⁶.

Объект может быть движимым или недвижимым, вознаграждение обычно выражается в деньгах, но может иметь и натуральное выражение (плоды земельного участка).

Арендодатель обязан в течение всего срока существования отношений поддерживать вещь в состоянии, которое обеспечивает арендатору возможность пользования ею в соответствии с ее обычным предназначением.

Арендатор, который обладает лишь *naturalis possessio*, обязан, помимо несения расходов на содержание вещи, вернуть вещь по окончании срока аренды и отвечать за происшедшие в ней по его вине ухудшения и вообще за все виды неисполнения.

Если договоренности о сроке аренды не было, она продолжает существовать в течение неопределенного времени между наследниками, если не будет расторгнута одной из сторон⁷.

При найме рабочей силы свободного человека на срок – *locatio conductio operarum* – одно лицо, *locator*, отдает в распоряжение другого, арендатора, свою рабочую силу, свой труд (*operae*) за известное заранее вознаграждение (например, наем рабочего, кучера и т.д.)⁸.

При *locatio conductio operas* (заказе или подряде) одно лицо отдает другому за известное вознаграждение такое количество своего труда, какое нужно для совер-

шения какого-нибудь предприятия (постройка дома, перевозка или починка вещи и т.д.). Наименования контрагентов здесь различны, нежели в предыдущем случае: заказчик называется *locator operis*, а берущий работу – *conductor operis*.

Вероятно, первоначально подряд состоял в мелких заказах мастерам, починках и т.п., причем эти мастера уносили вещь к себе.

При этом надо иметь в виду, что для наличия подряда необходимо, чтобы материал был дан заказчиком. Если же мастер должен был сделать вещь из своего материала, римские юристы рассматривали этот договор как договор купли-продажи⁹.

Интересно отметить, что последние два договора не получили в римском праве надлежащего развития. Рабский труд, по мнению И.А.Покровского, значительно мешал распространению найма свободной рабочей силы.

Товарищество – контракт, по которому две или большее количество сторон (*socii*) договариваются о том, чтобы сделать общим определенное имущество с целью достижения дозволенных законом целей. Взаимные предоставления, которые обязуются совершить стороны (взносы), могут заключаться в деньгах, других материальных ценностях или в личных услугах (мастерство), причем не требуется, чтобы они были одинаковой стоимости¹⁰.

Следует отметить и исторический аспект данного контракта – историческое развитие его пошло от так называемого *consortium*, т.е. соглашения между братьями после смерти их отца продолжать вести хозяйство сообща. Это отражается и в позднейшем праве в том, что вообще отношения между *socii* носят на себе печать особой *fraternitas*¹¹.

Socii отвечают друг перед другом только за такую внимательность и заботливость, которую они проявляют в своих собственных делах.

С течением времени развились следующие виды *societas*. Самую полную общность, общность всего имущества (даже доставшегося случайно, например, по завещанию от постороннего) создает *societas omnium bonarum*; это продолжение старинного *consortium*. Ограниченная *societas quaestus* – охватывает только имущество, приобретаемое хозяйственной деятельностью (следовательно, наследства остаются разделенными). А *societas unius negotiatus* составляет только для какой-нибудь одной экономической деятельности, например сообща ведется торговое дело (имения, дома и прочее остаются отдельными). И, наконец, самую низшую ступень составляют *societas unius rei* – временное товарищество для какой-либо одной сделки, например только для покупки сообща имущества.

В любом случае *societas* носит строго личный характер, разрушается смертью товарища, а также в любой момент может быть прекращена по требованию одного из *socii*. Иск товарищей между собой – *actio pro socio*¹².

Последним из консенсуальных договоров следует рассмотреть *mandatum* (договор поручения).

Этот договор состоял в том, что одно лицо (доверитель) поручало, а другое лицо (поверенный) принимало на себя выполнение каких-либо действий¹³.

Этот договор, как и предыдущие (*commodatum*,

¹ Там же.

² Там же. С. 423.

³ Санфилиппо Ч. Указ. соч. С.252.

⁴ Покровский И.А. Указ. соч. С. 424.

⁵ Санфилиппо Ч. Указ. соч. С. 252.

⁶ Покровский И.А. Указ. соч. С.423.

⁷ Санфилиппо Ч. Указ. соч. С. 252.

⁸ Покровский И.А. Указ. соч. С. 424.

⁹ Там же.

¹⁰ Санфилиппо Ч. Указ. соч. С.253.

¹¹ Братство, доверительность.

¹² Покровский И.А. Указ. соч. С.425.

¹³ Новицкий И.Б. Указ. соч. С.191.

pignus, depositum), имеет много сходного: он также является договором двусторонним, но неравносторонним. Поэтому и здесь одно лицо – дающий поручение, мандант, имеет actio mandati directa об исполнении поручения или о возмещении причиненных неисполнением убытков, а другое лицо, mandatarius, имеет actio mandati contraria, например об издержках, понесенных при исполнении поручения.

Договор поручения должен быть непременно безвозмездным, в противном случае его можно квалифицировать, как личный наем. Сверх того, договор поручения проникнут личным характером: он прекращается со смертью мандата или мандатария. Равным образом он может быть аннулирован свободным отказом со стороны того или другого контрагента. По своему объему этот договор может быть различным¹. поручение может касаться только совершения какого-нибудь дела (например, я прошу вас отнести письмо, купить книгу), в таком случае того, кому дано поручение, называют procurator specialis. Но договор может быть и более общим ("назначаю вас своим управляющим"), и тогда говорят о procurator generalis².

Ближайшая история возникновения такого договора неясна. Учитывая их сходство в юридической конструкции, некоторые (например, Жирар) предполагают для mandatum тот же процесс развития, который прошли описанные выше три реальных контракта. Другие (например, Корса) думают, что mandatum выработалось из преторского эдикта "о ведении чужих дел".

Надо признать, что в нормах об этом договоре нет никаких следов реального характера, а потому последнее предположение кажется более вероятным.

Поверенный обязан был в точности исполнить задание и дать в этом отчет. Если поверенный вышел за пределы поручения, то, согласно мнению сабиниан, доверитель не должен был признавать его действия, поскольку задание рассматривалось в этом случае как неисполненное. Однако возобладало противоположное мнение прокулианской школы, в соответствии с которым доверитель был обязан признать действия поверенного в той мере, в которой они укладывались в пределы поручения, а на поверенного возлагалась ответственность за все превышения³.

Контракт расторгается по взаимному согласию, по отзыву доверителя в любой момент, а вследствие отказа поверенного – лишь в исключительных случаях. Наконец, его может прекратить смерть одной из сторон⁴.

Пакты

Как следует из предыдущего изложения (contractus innominati), римские юристы не усматривали в простом соглашении, в договоренности между сторонами (pactio pactum conventum в строгом смысле этого слова) способности породить обязательство. Для сообщения отношению характера contractus требовалось, чтобы согласие было проявлено re, verbis, litteris либо чтобы оно относилось к одному из типичных и наиболее распространенных соглашений (купля-продажа и т.д.), именуемых консенсуальными контрактами.

За рамками этих случаев соглашение не имело значения в качестве источника обязательства: "голое соглашение не порождает обязательства". Исключением из этого принципа не являются и нетипичные

соглашения, известные как contractus innominati, поскольку в них обязательство создавалось не в силу простого соглашения, а потому, что одна из сторон уже совершила предоставление в пользу другой, например передала вещь или деньги.

Лишь претор, который руководствовался соображениями справедливости, обещал в своем эдикте, что будет защищать (хотя бы только в порядке exceptio) пакты, заключенные без злого умысла, не противоречащие действующим нормам (законам и постановлениям императоров) и не стремящиеся их обойти. Защита эта была особенно важна для пактов, имевших целью полностью или частично устранить уже существующее гражданское обязательство⁵.

Так возникли две категории пактов: pacta nuda – "голые" пакты, т.е. не снабженные (не "одетые") иском, и pacta vestita, пакты "одетые", т.е. снабженные иском. Последние, в свою очередь, делятся на: pacta adiecta – пакты, присоединенные к договору, защищаемому иском; pacta praetoria – пакты, получившие защиту от претора. К третьим относятся pacta legitima – пакты, получившие исковую защиту от императоров, в императорском законодательстве⁶.

Однако исключением из общего правила недействительности были три категории соглашений, а именно:

1. Pacta adiecta, или дополнительные соглашения к контракту, имеющие целью несколько изменить его обычное содержание. Такие пакты рассматривались в качестве неотъемлемой части контракта и потому, учитывая широту возможностей, могли получать защиту посредством иска по контракту bonae fidei, но только, если они были одновременными контракту, а не появились вслед за ним.

2. К числу пактов "одетых" принадлежат, например constitutum debiti, receptum.

Constitutum debiti называлось неформальное соглашение, по которому одно лицо обязывалось уплатить другому лицу уже существующий долг (и тем самым подтверждало долг, откуда и идет название самого пакта – подтверждение долга). С помощью этого пакта можно было обязаться уплатить или свой долг (существующий), или же долг другого лица.

Заключая этот пакт, можно было и изменить содержание договора.

Подтверждение же своего долга должником имело тот смысл, что должник уточнял время расплаты и, как правило, получал отсрочку⁷.

Под названием ресертум в преторском эдикте были объединены три категории пактов, по существу не имевших между собой ничего общего:

– ресертум arbitrii – соглашение с третейским судьей;

– ресертум nautarum – соглашение с хозяином корабля, гостиницы, постоялого двора о сохранности вещей приезжих;

– ресертум argentariorum – соглашение с банкиром об уплате третьему лицу известной суммы за контрагента банкира, заключившего пакт⁸.

3. Пакты, получившие юридическое признание (исковую защиту) в законодательстве позднейшей империи, называются pacta legitima. Права кредиторов здесь защищались посредством кондиционного иска.

В качестве примеров можно назвать: compromissum, pactum donationis.

¹ Покровский И.А. Указ. соч. С. 426.

² Там же.

³ Санфилиппо Ч. Указ. соч. С.255.

⁴ Там же.

⁵ Там же. С.257–258.

⁶ Новицкий И.Б. Указ. соч. С.203.

⁷ Там же. С.204–205.

⁸ Там же. С.205.

Под *compromissum* понимается соглашение лиц, между которыми имеется спор относительно права, о передаче этого спора на разрешение третейского судьи (а соглашение с самим третейским судьей называлось *hescertum arbitrii*).

Императорское законодательство дало непосредственную защиту *pactum compromissi*.

Pactum donationis – неформальное соглашение о дарении. Это договор, по которому одна сторона, даритель предоставляет другой стороне, одаряемому, вещь или иной составной элемент своего имущества, например право требования, с целью проявить щедрость относительно одаряемого¹.

Заключение

Обязательственному праву Древнего Рима, безусловно, был свойствен формализм. Им были пропитаны все контракты античности, и можно смело сказать, что на протяжении всей истории римские юристы боролись с формализмом.

Конечно, современная цивилистика, вобрав в себя самые лучшие плоды труда древнейших исследователей, переработала многие контракты, например пришлось отказаться от классификации договоров, предложенной древними юристами. Тем не менее, природа договорного права древнеримского периода, применительно к современности, осталась практически без изменений. До сих пор совершенствуются и развиваются нормы, регулирующие общественные отношения, а все же основная идея, выработанная римским правом, проходит красной нитью через обязательственное право развитых стран.

Безусловно, современный гражданский оборот порождает новые виды договоров, а понимание и применение понятийного аппарата, идейное содержание каждого договора, условия его действительности остаются практически неизменными применительно к современности.

Можно только догадываться о том, что ожидало бы обязательственный мир, не будь он пропитан гениальным творением римских юристов, чей подвиг, бесспорно, неповторим.

Abstract

In the introductory part of the article concept of contracts in Roman law is analyzed.

In the basic part the classification of contracts in Roman law is considered, e.g. concept of the obligation, literal, verbal, real, consensual contracts and pacts.

In the conclusion the author comes to opinion that the nature of conventional law, with reference to the present, with old roman the period has remained practically without changes. But the concrete essence of new kinds of contracts and their detailed classification demand further studying and its reflection in the norms of current legislation.

¹ Там же.