История обязательств Римского права

Содержание

Введение

Старое цивильное право. Обязательства из деликтов

Обязательства из договоров

Введение

Обязательство, obligatio, по определению позднейшего римского права и по нашим нынешним представлениям, есть такое юридическое отношение между двумя лицами, в силу которого одно из них – creditor – имеет право требовать от другого – debitor – исполнения чего-либо в свою пользу: "obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura", – так гласит легальное определение в "Институциях" Юстиниана (pr. In. 3. 13).

Содержание обязательств может быть чрезвычайно разнообразно. Оно может состоять в обязанности передать кредитору какую-либо вещь (например, при купле-продаже) – dare, в обязанности что-либо сделать или не делать – facere или non facere (построить дом, не препятствовать мне ловить рыбу в вашем пруду и т. п.), в обязанности возместить причиненный вред – praestare. Вообще все то, что возможно ("impossibilium nulla obligatio") и [с.376] что не противно закону, может быть предметом обязательства. Обязательство есть та юридическая форма, посредством которой люди удовлетворяют свои самые разнообразные конкретные нужды, регулируя свои отношения.

Обязательственные отношения возникают из различных источников. Многие из них устанавливаются самим законом – obligatio ex lege (например, обязанность родителей и детей давать друг другу содержание, так называемые алименты); большинство, однако, является результатом частных действий, причем эти действия будут или правонарушениями, деликтами (кража, уничтожение или повреждение чужой вещи и т. д.), или же юридическими актами (сделками: договор купли-продажи, займа и т. д.). Эти последние (юридические акты) являются основным фактором гражданско-правовой жизни, средством для осуществления той индивидуальной автономии, которая служит принципиальным предположением самого гражданского права.

Всякое обязательство, каково бы ни было его содержание, создает известную юридическую связь между его сторонами, кредитором и должником, – некоторое juris vinculum (русское выражение "обязательство" происходит также от старого "обвязательство"). Но юридическая природа этой связи в течение истории подверглась самому глубокому изменению. По нашим нынешним представлениям, должник связан обязательством только в том смысле, что, в случае неисполнения им своей обязанности, из его имущества будут взысканы возникшие для кредитора убытки (так называемый интерес – id quod interest). Самая личность должника остается свободной; за него отвечает только его имущество, вследствие чего и самое обязательство имеет характер некоторого особого права кредитора к этому последнему. Но не такова была сущность обязательственной связи в древности, и история римского права дает нам наглядную картину совершившейся в этом отношении эволюции.

В общем ходе истории римских обязательств мы различаем два исторических слоя: старое цивильное право и систему позднейшего времени. Но и здесь нужно сказать, что хронологически эти слои не отделены друг от друга резкою гранью: зачатки нового слоя постоянно переплетаются с пережитками старого, вследствие чего и самое указанное деление имеет условный характер.

СТАРОЕ ЦИВИЛЬНОЕ ПРАВО. ОБЯЗАТЕЛЬСТВА ИЗ ДЕЛИКТОВ

Той областью, в которой прежде всего зародились обязательства, была область правонарушений, деликтов. Мы уже видели, что государственная власть в древнейшее время не вмешивалась в столкновения между частными лицами; реагировать так или иначе на причиненную обиду было делом самого обиженного. Отсюда институт мести: своим преступлением преступник отдавал себя на произвол обиженного; самая личность преступника была объектом для мщения, причем содержание преступления было безразлично – нанесение ран, личной обиды, причинение имущественного вреда. Во всех случаях потерпевший мстил самому обидчику: личность последнего отвечала за преступление. В таком виде впервые возникло понятие ответственности (Haftung) одного лица перед другим. Но это еще не обязательство: обидчик подлежит мщению, но еще ничего не должен; есть ответственность (Haftung), но нет еще долга (Schuld).

Месть, однако, может быть отстранена путем соглашения между обиженным и обидчиком: обиженный отказывается от мести под условием, если обидчик уплатит что-либо. Но и в этом отношении мы не имеем еще обязательства: обязанности для обидчика уплатить не существует; если он не уплатит, все возвращается в прежнее состояние, то есть он будет подлежать мести обиженного.

Мало-помалу государство начинает вмешиваться в эту область и сначала ограничивает, а потом и вовсе запрещает месть; взамен ее устанавливаются известные частные (то есть идущие в пользу обиженного) штрафы. То, что раньше было добровольным, теперь делается обязательным. Вместе с тем государственная власть естественно берет на себя задачу гарантировать получение обиженным установленного штрафа. И вот здесь-то впервые возникает юридическое состояние долга, обязательства: обидчик уже должен, обязан уплатить потерпевшему штраф (poena). Но неисполнение этого [с.378] обязательства еще долго влечет за собой последствия, подобные тем, которые наступали прежде при неисполнении добровольного соглашения о выкупе, то есть мести.

Выступая со своими ограничениями и запретами мести, государственная власть на первых порах действует очень осторожно: все ее запреты могут оказаться бессильными там, где они столкнутся с раздраженным до крайности чувством обиженного. Вследствие этого указанная фиксация штрафов прежде всего получает применение по отношению к деликтам более легким, при которых личное раздражение не так интенсивно. Нормы об отношениях из деликтов имеют поэтому долго смешанный, переходный характер, и именно такой смешанностью, переходностью отмечено старейшее римское право – право законов XII таблиц. В этих законах мы имеем следующие виды delicta privata.

1) Injuria – то есть посягательство на личность. Законы XII таблиц различают три степени injuria. Во-первых, самую тяжкую степень составляет членовредительство – membrum ruptum; для этого случая в законах XII таблиц сохраняется еще старый порядок – мщение по началам око за око, зуб за зуб (talio), если не состоялось добровольного соглашения между сторонами: "si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto". Вторую степень составляют другие, не столь тяжкие, ранения – os fractum; здесь уже мщение запрещается: обидчик должен уплатить обязательный штраф в 300 ассов, если пострадавший был человеком свободным, и 150 ассов, если ранение было причинено рабу. Наконец, третий вид injuria состоит в нанесении иной, но все же физической, обиды: в побоях без поранений, оскорбительных ударах и т. д. – verberatio, pulsatio; обидчик должен уплатить штраф в 25 ассов (Girard P. Textes. P. 17-18).

2) Furtum – воровство. Последствия furtum различны, смотря по тому, был ли преступник захвачен на месте преступления или нет; в первом случае мы будем иметь furtum manifestum, во втором – furtum nec manifestum (Gai. III. 183-184).

Если вор захвачен на месте преступления (furtum manifestum), то, по законам XII таблиц, его постигает тяжелая кара. Если воровство произошло ночью, а также хотя бы и днем, но вор оружием противился своему задержанию, то он может быть безнаказанно убит ("Si nox furtum faxit, si im occisit, jure caesus esto. Luci… si [с.379] se telo defendit"). Требуется только, чтобы захвативший вора немедленно криком созвал народ ("endoque plorato", "cum clamore testificetur" – fr. 4. 1. D. 9. 2). В других случаях вора дневного убивать уже запрещается; он подвергается телесному наказанию и отдается обокраденному (Gat. III. 189: "verberatus addicebatur ei, cui furtum fecerat"). Но каково было его положение, это, по свидетельству Гая, было уже неясно для самих римских юристов: по мнению одних, он попадал в положение раба; по мнению других – в положение addictus, то есть приговоренного должника. Практически разница сводилась только к тому, что в последнем случае вор имел еще возможность в течение 60 льготных дней выкупить себя; но, разумеется, в отношении выкупа он находился уже в полной зависимости от обокраденного: так как poena не была таксирована, то последний мог потребовать от вора, сколько хотел. Если вором был раб, то он подвергался смертной казни посредством сбрасывания с Тарпейской скалы.

Если вор не был захвачен на месте преступления (furtum nec manifestum), то он должен был только уплатить штраф в размере двойной стоимости украденной вещи – poena dupli (Gai. III. 190).

Столь резкая разница в последствиях между furtum manifestum, очевидно, не может быть объяснена теми соображениями, которыми руководимся мы при повышении или понижении степени наказания, – ни степенью напряженности злой воли преступника, ни размерами причиненного вреда. Напряженность злой воли может быть одинакова, но будет ли вор захвачен или нет – это зависит от многих случайностей. Что касается размеров вреда, то при furtum manifestum, по общему правилу, вреда вовсе нет, так как вещь осталась у хозяина. Наконец, и понятное для нас различие между воровством (тайным) и грабежом (явным) также для законов XII таблиц не имеет значения, ибо различие между furtum manifestum и furtum nec manifestum с этим различием не совпадает: если грабитель убежал, то, хотя бы он и был хорошо известен, он будет отвечать только как fur nec manifestus.

Все эти нормы законов XII таблиц могут быть поняты только с точки зрения той переходности, которая была отмечена выше. Они продиктованы не разумом, а чувством; закон считался не с такими или иными социально-политическими соображениями, а с [с.380] психологией потерпевшего. Если вор захвачен на месте преступления, гнев потерпевшего выливается тотчас же в виде естественного для примитивного человека мщения, и закону ничего другого не остается, как признать, что убийство при подобных условиях не вменяется в вину ("jure caesus esto"). И если законы XII таблиц запрещают убийство вора дневного, то это уже с точки зрения того времени значительный шаг вперед: закон, хотя бы ценой отдачи вора в распоряжение обокраденного, стремится спасти его по крайней мере от немедленной смерти.

Другое дело, если вор не был захвачен и воровство было обнаружено только впоследствии. Непосредственное чувство уже несколько улеглось, и потерпевший более склонен, вместо бесполезного для него убийства, вступить с вором в соглашение о выкупе. Законы XII таблиц, опираясь на эту психологию, делают этот выкуп обязательным, определяя его размеры в виде poena dupli.

Но государственная власть еще не берет на себя обнаружения и преследования преступника – все это остается еще делом самого потерпевшего. Вследствие этого ему должны быть предоставлены и необходимые для этого средства. Одно из важнейших средств для обнаружения вора составляет обыск. Но производство обыска связано с вторжением в дом подозреваемого, а мы знаем, что дом римлянина был неприкосновенным: даже для того, чтобы позвать на суд, надо было выжидать ответчика перед его домом, так как войти в дом против его воли было нельзя. Этим объясняется, что, устанавливая нормы о furtum, законы XII таблиц содержат также и положения об обысках. При этом они знают два вида обыска.

Один обыск – строго формальный, обставленный несколько странной с нашей нынешней точки зрения процедурой – так называемой quaestio lange et licio. По свидетельству Гая (III. 192), законы XII таблиц постановляли, что тот, кто желал произвести обыск, должен был войти в дом голым (nudus), лишь имея повязку вокруг бедер (licio cinctus) и держа в руках сосуд (lancem habens). Позднейшие римские юристы пытались дать объяснение этим формальностям с точки зрения целесообразности: голым нужно быть для того, чтобы нельзя было пронести в одежде и подбросить якобы украденную вещь; быть licio cinctus – для того, чтобы все же не оскорблять стыдливости находящихся в доме женщин; держать в руках lanx (сосуд) – либо опять-таки для того, чтобы руки [с.381] обыскивающего были заняты, либо для того, чтобы положить туда вещь в случае ее нахождения (Gai. III. 193). Но понятно, что с этой точки зрения все эти формальности не выдерживают критики и что Гаю весь этот закон казался только смешным ("ridicula est"). Вероятно, однако, что происхождение всей этой процедуры другое, что мы имеем здесь некоторый пережиток отдаленной эпохи, тем более, что нечто аналогичное мы встречаем и в истории других народов. По мнению Иеринга, quaestio lange et licio есть отголосок общеарийской старины, след той жаркой прародины, где все обыкновенно ходили голыми, только с повязкой вокруг бедер. Что касается сосуда, lanx, то, по мнению Иеринга, он нужен был лишь как внешнее выражение того, что дело идет о поисках вещи. Вернее, однако, предположить, что lanx есть нечто вроде жертвенного сосуда: в дом входят и обыск совершается под покровительством и руководством божества, как некоторое религиозное действие. Этот сакральный характер обыска открывал доступ в дом и обезоруживал возможное сопротивление. Во всяком случае, если при таком обыске вещь будет найдена, собственник дома отвечает, как fur manifestus: опять-таки, вероятно, потому, что в древнейшее время это была общая ответственность для всяких видов воровства.

Quaestio lance et licio была, по-видимому, единственной формой обыска в древности. Но законы XII таблиц знают уже и обыск простой с пониженной ответственностью. Как производился этот обыск, мы не знаем; Гай (III. 186) сообщает только, что он происходил со свидетелями (testibus praesentibus). Если вещь была найдена, то хозяин дома отвечал штрафом втрое – poena tripli – за так называемую furtum conceptum; но если он сам не был вором, если вещь он получил от кого-либо другого, то он может взыскивать уплаченную им poena tripli с этого последнего – furtum oblatum (Gai. III. 187).

3) Что касается третьего деликта, известного несколько более позднему цивильному праву, именно damnum injuria datum (повреждение или уничтожение чужих вещей), – то положение его в законах XII таблиц неясно. Несомненно, что некоторые отдельные виды этого деликта были предусмотрены в XII таблицах. Так, выше было указано, что [с.382] поджог влек за собой даже уголовное наказание – poena capitalis. Мы видели далее, что поранение чужого раба рассматривалось, как injuria его хозяину, и влекло штраф в 150 ассов. До известной степени сюда же относится архаический деликт – повреждение чужих посевов при помощи колдовства. Наконец, мы знаем, что законы XII таблиц устанавливали специальную ответственность за порубку чужих деревьев в виде штрафа в 25 ассов за каждое срубленное дерево – actio arborum furtim caesarum или actio de arboribus succisis (Gai. IV. 11).

Но все это только специальные постановления. Существовала ли, кроме них, еще какая-либо общая норма относительно damnum injuria datum, спорно. По свидетельству Феста, в законах XII таблиц встречались слова rupitias" (= damnum dederit) и "sarcito" (= damnum solvito), но в какой связи – неизвестно. На основании этих слов некоторые из современных ученых (Гушке, Селл) полагают, что уже законы XII таблиц знали общий иск о повреждении или уничтожении чужих вещей – actio de rupitiis sarciendis. Но основания для такого утверждения столь слабы, что большинство современных историков относится к нему отрицательно. Вероятнее, что законы XII таблиц ограничивались лишь некоторыми специальными видами нашего деликта, тем более, что, по сообщению Ульпиана (fr. 1 pr. D. 9. 2), после XII таблиц были издаваемы другие законы, по-видимому, также казуистически восполнявшие проблемы децемвирального кодекса.

Как бы то ни было, но все эти казуистические постановления были отменены потом общим законом об ответственности за damnum – lex Aquilia, законом, который послужил затем базисом для дальнейшего развития права в этом вопросе.

ОБЯЗАТЕЛЬСТВА ИЗ ДОГОВОРОВ

Примитивному обществу совершенно чуждо представление о том, что всякий договор уже сам по себе создает обязательство между сторонами. Конечно, уже в самом неразвитом быту [с.383] завязываются известные отношения между людьми: люди обмениваются вещами, дают даже в кредит и т. д.; но все эти отношения далеко еще не имеют характера обязательств в юридическом смысле. Обман при обмене, неверность слову и т. п. вызывают такую же психологическую реакцию потерпевшего, как и всякая другая обида, и приводят к тем же последствиям, то есть к мщению. Древнейшее время совершенно не знает нашего разграничения между преступлением уголовным и правонарушением гражданским, между деликтом и неисполнением договора. Этим объясняется то обстоятельство, что даже после того, как некоторые виды договоров получили признание, последствия их неисполнения в значительной степени еще имеют черты примитивного мщения: взыскание направляется на самую личность должника, причем при известных условиях оно дает кредитору даже право на убийство этого последнего.

Но, разумеется, расчет на месте не всегда удовлетворяет кредитора; вступая в какое-либо соглашение, он уже заранее старается создать те или другие дополнительные стимулы для должника исполнить принятую на себя обязанность. Так, довольно распространенным в древности обычаем является институт заложничества: кто-либо дает вместо себя поручителя, который и будет кредитору заложником, пока обязанность не будет исполнена. Идея такого заложничества, без сомнения, лежит и в основании древнеримского института praedes и vades. По мнению Ленеля, этот институт даже был в истории римского (как и германского) права древнейшим видом обязательства, предшественником всех других; так сказать, мостом между обязательствами из деликтов и обязательствами из договоров. Если преступник не мог тотчас же уплатить выкуп, он должен был дать вместо себя поручителя, vas, который тотчас же попадал во власть кредитора и на которого в случае неуплаты выкупа падает его мщение. Однако чего-либо более точного относительно этого vades мы не знаем.

Другим весьма сильным дополнительным средством обеспечить исполнение со стороны должника его обещания было облечение этого обещания в форму клятвы; благодаря этому, договор ставился под защиту религии и снабжался сакральной санкцией. Мы знаем, что в то древнейшее время сакральное право часто шло впереди светского.

Мало-помалу некоторые виды договорных соглашений начинают получать себе признание и в праве светском: государственная власть известным образом регулирует их последствия и тем придает им юридическое значение, возводя их в ранг отношений гарантированных. Если раньше на попытку мести со стороны кредитора должник мог ответить собственною силой и отразить ее, то теперь взамен этого, не всегда верного, порядка устанавливается взыскание, гарантированное государством. Правда, это взыскание на первых порах, как известно, является не чем иным, как тем же самоуправством, но это самоуправство уже проходит перед глазами государственной власти, которая обеспечивает кредитора от сопротивления со стороны должника, а последнего от эксцессов со стороны кредитора.

Однако круг этих признанных правом договоров вначале не велик, и, притом, не соглашение само по себе имеет значение, а форма, в которую это соглашение должно непременно вылиться. Строгий формализм был колыбелью первых контрактов; форма обеспечивала хрупкому для того времени содержанию договора юридическое существование.

Древнее других, несомненно, сделки мены: обмен вещи на вещь, позже – вещи на деньги. Но этот обмен совершался путем непосредственной передачи вещей из рук в руки и никаких обязательств между сторонами не создавал: нет никаких обязательств до передачи – простое обещание обменяться еще обязательного значения не имеет; нет никаких обязательств и после передачи – с актом передачи всякие отношения между сторонами окончены. Обязательственный элемент обмена всецело поглощается в вещно-правовом акте передачи вещи. Такою являлась в древности и известная нам mancipatio. По самому своему существу она была первоначально одновременной передачей вещи и металла, и лишь введение чеканенной монеты несколько изменило ее роль. Но и в законах XII таблиц вся купля-продажа исчерпывается в момент mancipatio: до нее нет никакого обязательства между сторонами; после нее есть для продавца только ответственность за auctoritas, но эта ответственность – in duplum – основывается не на идее договора, а на идее деликта – как вид furtum nec manifestum.

Мы видели выше, что уже в эпоху законов XII таблиц (или [с.385] немного спустя) mancipatio могла быть употреблена и в целях fiducia: вещь передавалась в собственность другому лицу, но с возложением на него обязанности вернуть ее манципанту при наступлении известных условий (pactum fiduciae). Вследствие этого фидуциарная манципация сделалась средством для удовлетворения самых разнообразных деловых потребностей: для установления реального обеспечения (fiducia cum creditore), для передачи вещи на сохранение (fiducia cum amico), вероятно, для найма, ссуды и т. д. Целый ряд позднейших обязательственных отношений скрывался в зародыше в этих pacta fiduciae, ибо они налагали на получатели вещи те или другие обязанности. Но мы знаем, что неисполнение этих обязанностей не навлекало на него еще никакой юридической, исковой ответственности: как лицо, нарушившее fides, получатель вещи делался только infamis. Таким образом, обязательств в истинном смысле в связи с древнейшей mancipatio мы не находим.

Но уже в примитивном быту обнаруживается известная потребность в кредите, в займе. Разумеется, чаще всего эта потребность удовлетворяется в формах реального кредита: занимают под залог вещей, – то есть в форме той же fiducia. Но могут быть случаи, когда ищущий ссуды не может расстаться с вещью или когда закладывать более нечего; тогда возникает потребность в личном кредите. Вырабатывается сделка личного займа, но отношения из этого займа проникнуты всецело характером своего сурового времени.

Старое римское право еще задолго до законов XII таблиц создало такую сделку займа – nexum. Во всяком случае, XII таблиц упоминают о nexum в одном общем с mancipatio положении: "cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto".

По форме своего значения nexum представляет полную параллель mancipatio. Это есть также negotium per aes et libram, то есть сделка, совершающаяся в присутствии пяти свидетелей и весовщика (libripens) с весами. И здесь, конечно, все эти формальности в древнейшую эпоху имели реальное значение: когда в качестве денег фигурировал металл в слитках, нужно было реально при займе отвесить условленное количество этого металла. С введением монеты и здесь это стало простою формой: будущий кредитор брал маленькую монетку и, ударив ею по весам, передавал ее должнику вместо подлинных денег, которые вручались или несколько раньше, или несколько позже. Но, делая это, кредитор, подобно покупщику при mancipatio, произносил известную формулу, придающую сделке [с.386] именно характер займа. Самая эта формула нам точно не передана, но приблизительно она гласила так: "quod ego tibi mille asses hoc aere aenaeque libra do, eas tu mihi post annum dare damnas esto". Во всяком случае, это последнее "damnas esto" находилось в формуле несомненно.

Если затем должник в назначенный срок уплачивал долг, то он должен был произвести этот платеж также в форме противоположного акта per aes libram (nexi liberatio). Все старое цивильное право находится под действием принципа так наз. contrarius actuc: отношения могут быть развязаны только в такой же форме, в какой они были установлены. Подобно тому, как при mancipatio необходимо была remancipatio, так же точно при nexum необходимо было облечь платеж в форму negotium per aes et libram, так как простая уплата не освобождала должника. Эта liberatio nexi описана нам Гаем, причем им сообщается и та формула, которую произносит при этом должник и которая позволяет нам делать заключения о формуле при самом совершении nexum. В присутствии пяти свидетелей и libripens'а с весами должник говорит: "Quod ego tibi tot milibus condemnatus sum, me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aenaeque libra. Hanc tibi libram primam postremamque expendo secundum legem publicam"; затем он ударяет монетой по весам и передает ее кредитору (Gai. III. 174).

Если же должник не платил, то наступали все последствия той damnatio или codemnatio, которая была произнесена над должником в самый момент заключения nexum. Должник мог быть подвергнут manuc injectio со всеми ее последствиями вплоть до продажи trans Tiberim и до рассечения на части.

Такая строгая, непосредственно исполнительная, сила nexum без всякого предварительного иска со стороны кредитора давно уже обратила на себя внимание ученых и вызвала разнообразные попытки ее объяснения. Первую обстоятельную теорию nexum дал [с.387] Г. Ф. Гушке, который обрисовал nexum, как договор с публичным характером (пять свидетелей – представители пяти классов, следовательно, всего народа), чем и объясняется его строгая исполнительная сила. Впоследствии, однако, это учение о публичном характере nexum было оставлено, и поиски пошли в других направлениях. Особенно оживился вопрос о существе nexum в новейшее время после статьи Миттейса, который подверг сомнению и критике почти все положения, считавшиеся после Гушке незыблемыми. Статья эта вызвала горячий спор, в котором приняли участие почти все наиболее видные авторитеты истории римского права. Спор этот и доныне не может считаться законченным, хотя все же, по-видимому, выяснилось, что старое учение о nexum заключает в себе гораздо более истинного, чем это казалось некоторым из его особенно горячих критиков.

Основной идеей этого нового учения о nexum (детали, в которых сами представители этого учения между собой расходятся, мы оставляем в стороне) является мысль о том, что nexum вовсе не представляет собою самостоятельного обязательства peraes et libram, что это та же mancipatio, но только в виде самопродажи должника (Selbstmancipation, Selbstverknechtung). Должник продавал самого себя кредитору – либо в самый момент заключения договора (наподобие fiducia, вещи – Шлоссман), либо позже – в предвидении невозможности уплатить долг (Миттейс). При этом одни понимают эту самопродажу как продажу самой личности (Шлоссман), другие – как закабаление только рабочей силы должника (Миттейс, Кречмар, Пфлюгер и др.).

Но именно эта основная мысль о тождестве nexum с mancipatio, о самопродаже должника, встретила решительный и убедительный отпор со стороны таких лиц, как Моммзен, Беккер, Айзеле, Жирар и др. Не говоря уже о целом ряде возражений с точки зрения противоречия этого учения данным источников, было справедливо указано, что самоманципация, при которой объект манципации был бы в то же время и ее субъектом, немыслима. Сама (точно [с.388] переданная нам) формула liberatio nexi свидетельствует о nexum, как об обязательном договоре, совершенно отличном от вещного акта mancipatio. Заем в форме negotium per aes et libram для того времени, пока не существовало монеты, так же естествен, как купля-продажа в форме mancipatio.

Что же касается строгой исполнительной силы nexum, то она свидетельствует о древнем происхождении его, о том времени, когда всякое осуществление прав выливалось в форму самоуправства с значительным оттенком мести. Заключенный торжественно (в присутствии testes solemmes) заем имел в маленькой общине характер общеизвестности и бесспорности. При неуплате долга в срок кредитор немедленно приступал к осуществлению той damnatio, которая была установлена на этот случай при самом заключении договора. А эта damnatio ложилась на самую личность должника, ибо своим договором должник связывал самого себя (nexus), обрекал самого себя личной ответственности (Haftung). В этом смысле, конечно, в заключении nexum есть элемент самозаклада, самозакабаления, но только этот самозаклад вытекает из общего существа древнего обязательства, а не из акта самоманципации. Аналогичное действие древних обязательств мы встречаем и в истории других народов.

Формула nexum допускала известные вставки для более точного определения условий займа: указание срока (post annum, post biennium и т. д.), процентов ("cum foenore unciario") и т. д. Именно к этим конкретным определениям относилось вышеприведенное постановление законов XII таблиц: "cum nexum faciet mancipiumque, uti linqua nuncupassit, ita jus esto". Известно, впрочем, что законы XII таблиц ограничивали проценты предельной нормой – foenus unciarium (1/12 часть капитала в год, то есть 8 1/3%), и что для ростовщиков (foeneratores) была установлена ответственность in quadruplum.

Подтвержденное и, быть может, несколько точнее урегулированное в законах XII таблиц, nexum продолжало еще долго существовать в цивильном обороте. На широкое применение его указывают постоянные жалобы плебеев, которые, как беднейший класс [с.389] населения, чаще всего оказывались в положении nexi или obaerati и испытывали на себе всю строгость этой долговой формы. Естественная в старое время, непосредственная (без предварительного иска) исполнительная сила nexum при изменившихся условиях могла давать повод к злоупотреблениям. Возможны были прежде всего ни на чем не основанные претензии со стороны кредиторов; возражать против manus injectio сам должник, как известно, не мог, а найти vindex'а часто было нелегко. Злоупотребления этого рода были устранены lex Vallia – законом, который позволил самому должнику manum sibi depellere. Но оставалась еще другая тяжелая сторона nexum – именно возможность полного произвола над должником после manus injectio. Уже один вид таких должников, водимых в оковах по рынку и подлежащих продаже trans Tiberim, возбуждал народные волнения. Одно из таких народных волнений и было, по рассказу Ливия, последним толчком, вызвавшим важный закон – lex Poetelia, 326 г. Этот закон содержал ряд весьма существенных постановлений: он запретил наложение цепей на должников, за исключением только тех, которые попали к кредитору вследствие преступления (например, вор, захваченный на месте); отменил вовсе право убивать или продавать trans Tiberim и, наконец, лишил nexum его прежней исполнительной силы: отныне кредитор должен был предварительно доказать свое требование перед судом и получить судебный приговор – judicatum. Это последнее обстоятельство подорвало значение nexum, и когда около того же времени появились другие формы, в которые могла быть облечена сделка займа (stipulatio, а потом и бесформальное mutuum), то nexum стало постепенно сходить со сцены и забываться.

Nexum было единственной сделкой, известной законам XII таблиц, порождающей обязательство в его истинном смысле. Кроме деликтов и nexum, законы XII таблиц знали еще только один источник обязательства – именно legata, то есть отказы в завещаниях. При этом завещатель мог или установить непосредственную собственность на вещь того, кому она отказывается (в таком случае последний, legatarius, получал сразу rei vindicatio на отказанную ему вещь – legatum per vindicationem), или же возложить на наследника обязательство выдать или уплатить. В таком случае это возложение обязательства выражалось также в форме "damnas [с.390] esto") ("heres meus L. Titio centum dare damnas esto"– legatum per damnationem) и точно так же приводило ко всем последствиям damnatio – то есть к непосредственной manus injecto.

Таким образом, скудость обязательственных форм и крайняя строгость долгового взыскания составляют характерные черты старейшего римского права; обязательство является еще всецело личной подчиненностью должника кредитору, могущей привести к полному исчезновению самой юридической личности должника в рабстве trans Tiberim. И только lex Poetelia представляет в этом отношении решительный перелом.