МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ имени М.В. Ломоносова

**Юридический факультет**

# Кафедра истории государства и права

Понятие и классификация договоров в римском праве.

## Курсовая работа студента I курса дневного отделения

Винокурова Л.В.

Научный руководитель Томсинов В.А.

Дата сдачи:

Дата защиты:

Оценка:

Москва 2002г.

**Содержание.**

Введение 3

 Часть I

Понятие обязательства 4

 Часть II

Литеральные контракты 5

Вербальные контракты 8

Реальные контракты. Contractus innominati 15

Консенсуальные контракты 21

Пакты 27

Заключение 29

Литература 30

**Введение.**

 Когда-то римское право называли «писанным разумом» - и это было сделано неслучайно. Римское право, как известно, было двуедино: во-первых, это право рабовладельческого типа. Это проявление можно найти в нормах, которые могли разрешать кредитору убить своего должника. Но такое «жестокое» римское право ушло вместе с гибелью Рима. Но с другой стороны, античный шедевр – это идеально разработанное, абстрактное право для регулирования общественных отношений, основанных на частной собственности.

 Во втором качестве памятник, созданный гениальными юристами, не погиб – он торжественно шествует по всему миру. Сначала он возник, как право одного города, затем начинает регулировать гражданские отношения по всему античному миру. Но громадное достижение античной юриспруденции не нашло и здесь своего конца, поскольку в Средние века римское право «завоевывает» почти всю Европу.

 Такие заслуги гениального памятника неслучайны: римское право лежит в основах многих гражданских систем современного общества. Конечно, что гражданско-правовая система Российской Федерации, зиждущаяся на римском праве, стала более развитая. Но нельзя забывать о том, что те юридические термины, которыми пользовались античные юристы, продолжают существовать, а точнее торжественно шествуют по всему гражданскому праву.

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

 Ни один высококвалифицированный юрист современного мира, не обошелся без изучения римского права. Поскольку именно оно способно привить 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 было освещено, получил институт обязательственного права в римском праве. Не изучив шедевра не только античной, но и современной цивилистики, изучать современное обязательственное право, кажется, бессмысленным, поскольку именно оно предоставляет навык юридического мышления начинающему юристу.

 Актуальность эрудированных юристов, специализирующихся в гражданском праве, сейчас обречена на успех. А римское право является единственным пропуском в договорный мир не только России, но и других гражданских систем.

**Часть I.**

**Понятие обязательства.**

Обязательство есть оковы права, в силу которых мы по необходимости должны выполнить известное действие согласно законам нашего государства.

1. Главное деление всех обязательств распадается на два вида: они или цивильные, или преторские. Цивильные суть те, которые установлены законами или, по крайней мере, одобрены цивильным правом. Преторские суть те, которые установлены преторской юрисдикцией. Последние называются еще гоноральными.

2. Следующее деление распадается на четыре вида: обязательства возникающие или из договора, или из квази-договора, или из деликта, или из квази-деликта. Сперва мы должны рассмотреть те обязательства, которые возникают из договора. Обязательства, возникающие из договора, в свою очередь, распадаются на четыре вида: они или реальные, или вербальные, или литеральные, или консенсуальные. [[1]](#footnote-1)

**Часть II.**

**Литеральные контракты.**

Характерной особенностью литеральных контрактов является то, что момент возникновения обязательства происходит не из простого соглашения сторон, а из письменной формы, в которую обличен контракт.

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

 Другая точка зрения состоит в том, что некоторые исследователи ставят литеральный контракт в связь с nexum[[2]](#footnote-2), другие ставят в связь, усматривая ее зародыш, еще в книгах понтификов, которые в древности занимали нишу современных нотариусов[[3]](#footnote-3).

 Сущность литеральной формы контрактов можно отнести к тому, что римляне вообще имели обычай тщательно вести свои хозяйственные книги. Это выражается в первую очередь в том, что изо дня в день римляне 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 (так называемая nomina arcaria) служила доказательством уже существующего обязательства, но не могла служить почвой для возникновения нового.

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

Согласно истории можно выделить две наиболее значимые и типичные сделки банкирского оборота:

1. Transscriptio a re in personam

Предположим, что между Гаем и Юлием существуют деловые постоянные отношения. Гай поставляет Юлию какие-нибудь 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 отделения 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 такой сделки возникает обязательство Юлию уплатить Гаю 100 сестерциев. Здесь получается, что это обязательство материальными корнями связано со всей совокупностью предыдущих сделок, но формально оно от них оторвано, т.к. все прежние отношения ликвидированы, и то, что возникло, является обязательством новым.

 Новое обязательство будет уже обязательством абстрактным, и никакие возражения из прежних causae допущены не будут. Обязанность Гая уплатить 100 сестерциев формально вытекает теперь из записи в книгах и потому является обязательством литеральным[[4]](#footnote-4).

1. 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 вышеперечисленные 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 оно является новым с юридической точки зрения.

 Очевидно, что описанными transscriptiones 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 деле в приведенном примере никакой numeratio pecuniae не было, тем не менее, обязательство признавалось существующим и могло быть осуществлено судом. Вероятно то, что этот инструмент, который зародился у банкиров-профессионалов, стал институтом общегражданского права. Довольно много остается неясного в литеральных контрактах, так как они сравнительно рано выходят из употребления.[[5]](#footnote-5)

 В то время как в обороте между cives romani употреблялись перечисленные договоры, в обороте между перегринами весьма были 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 скрепленный подписями и кредитора и должника.

 В классический период приходо-расходные книги утратили свое значение, и в результате чего перестали применяться старые литеральные контракты, на смену которым пришли упрощенные заимствованные у перегринов долговые документы[[6]](#footnote-6), речь о которых шла выше.

 Строгая греческая привычка к письменным документам и доверие к ним легко приспособились и к стипуляции: стоило только 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 посредством и с момента произнесения заветных слов.

 К группе вербальных контрактов можно отнести три договора: sponsio или stipulatio (прообраз обязательственных сделок),[[7]](#footnote-7) 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 особенного значения. Напротив, стипуляция занимает первое место во всей системе римских обязательств.

 Целесообразно отметить исторический аспект развития стипуляции. Происхождение самого названия стипуляции было уже неясно для самих римских юристов, что в первую очередь свидетельствует о древнем происхождении этого договора. В науке высказываются различные точки зрения, касающиеся момента появления этого договора, например, Новицкий считает, что стипуляция была уже известна законам XII таблиц.[[8]](#footnote-8) Покровский отстаивает другую точку зрения, мотивируя, что древность, в которую появился договор, нельзя относить к законам XII таблиц, а потому время ее возникновения должно быть отнесено к первой половине республики.[[9]](#footnote-9)

 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)!»[[10]](#footnote-10) Стоит заметить, что 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 заключение 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 Покровского, не наблюдается.

 Камнем преткновения историков доныне остается вопрос о том, как появился этот договор, вызывая самые разнообразные гипотезы. Савиньи высказал предложение, что стипуляция выросла из nexum путем ослабления ритуала и усиления словесного элемента, но это предложение не смогло укорениться: nexum и stipulatio длительное время существовали вместе. М.Фогт считает стипуляцию заимствованием из обычаев латинян, но наибольшим распространением, однако, пользуется гипотеза сакрального происхождения стипуляции, высказанная впервые Гушке, но потом подробнее обоснованная Данцем: sponsio первоначально была клятвой, посредством которой, обещавший подтверждал что-либо сделать. Но тогда sponsio пользовалась только 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 устанавливалось также 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, которую мы встречаем позже.[[11]](#footnote-11) Но 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, несомненно, очевиден, а согласно древним источникам эти клятвенные обещания назывались именно sponsio.[[12]](#footnote-12)

 Освободившись от своей сакральной оболочки, sponsio оказалась в силу своей простоты пригодной и для оборота перегринов, и, таким образом, рядом с цивильной формой sponsio появилась форма в виде стипуляции.[[13]](#footnote-13)

Интересно отметить, что одной отличительной особенностью стипуляции является то, что здесь обязательства возникают строго односторонние: кредитор и только кредитор, должник и только должник. Важным аспектом является и то, что кредитор может требовать исключительно то, что ему уже обещал должник: он не может требовать никаких дополнений, не может требовать возмещения убытков, которые он мог понести в результате того, что не получил нужную вещь вовремя, например, корм для лошади, отсутствие которого роковым образом отразилось на здоровье средства существования. Кредитор даже не мог требовать процентов, если должник задерживал определенную вещь или деньги. Являясь абстрактным договором, стипуляция не могла защитить должника на предмет того, осознанно ли он сказал заветное слово spondeo, поскольку, ответив на любой вопрос должника именно этим словом, должник вовлекал себя в односторонние отношения с кредитором, причем которые явно были выгоднее кредитору, а может даже и убыточными для должника. Однако стипуляция не имела непосредственной исполнительной силы,[[14]](#footnote-14) 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 для избежания варварских методов, при помощи которых в более раннее время было легко получить кредитору долг.

Одной наиболее важной особенностью также является то, что даже в классический период стипуляция сохраняла свой формализм: присутствие договаривающихся сторон в одном месте, вопрос кредитора и ответ должника.[[15]](#footnote-15)

Благодаря чрезвычайной простоте и гибкости формы, стипуляция очень скоро приобрела широкое распространение по всему Древнему Риму. Результатом такого события можно ознаменовать то, что почти любое содержание могло быть облечено в форму вопроса и ответа. Вместе с тем эта форма в высокой степени облегчала и доказывание долга в процессе: для обоснования иска было достаточно доказать, что стипуляция в данном деле имела место[[16]](#footnote-16). Понятно поэтому, что стипуляция сохранила первое место в контрактной системе Древнего Рима даже после того, как успели себя зарекомендовать все другие контракты – консенсуальные, реальные.

Покровский также отмечает, что стипуляция во многих отношения предоставляла незаменимые удобства для деловых людей – она выступала прототипом современного векселя. Широкое применение стипуляции отразилось и на том, что теперь ее можно стало использовать в делах новации, т.е. стипуляцию стали заключать для того, чтобы прекратить уже существующее обязательство, а на его место поставить новое, которое будет уже вытекать не из предыдущих условий, а из самой стипуляции.[[17]](#footnote-17) Эта черта также позволяла вложить в нее любое содержание и быстро проводить его в жизнь, в результате чего стипуляция стала основной формой договора в классический период.

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

1. С течение времени наблюдается ослабление требований, предъявляемых к устной форме стипуляции. Обычные в прежнее время выражения с их непременным соответствием друг другу перестают рассматриваться как юридическая необходимость. Ульпиан признает уже действительную стипуляцию, при которой на вопрос «обещаешь», ответ должника мог выглядеть «почему бы и нет?»

Постепенно наблюдается тенденция, целью которой является уничтожение границ между стипуляцией и контрактами консенсуальными.[[18]](#footnote-18) Упрощение процесса заключения стипуляции отражается даже на том, что этот договор начинает признаваться заключенным на бумаге как письменный документ (cautio) для простоты доказывания этой процедуры в суде.

Пожалуй, самой главной отличительной чертой письменной стипуляции от литерального контракта заключается в том, что сама по себе письменная форма стипуляции не имела никакой юридической силы, если не следовало подтверждения ее словами. Но с течением времени к письменной форме стали относиться уважительнее: единственным фактом, отрицающим письменную стипуляцию являлось наличие факта, что должник и кредитор в день заключения договора находились в разных городах. Следует отметить, что принятие римскими юристами письменной формы стипуляции не меняет ее юридической сущности.[[19]](#footnote-19) Тем не менее, стипуляция даже в праве Юстиниана остается вербальным контрактом и продолжает заключаться устно.

1. Наиболее существенным является также то, что с течением времени происходит ослабление абстрактного характера заключения стипуляции (как уже говорилось выше). По сравнением с доклассическим периодом стипуляция порождала строгое обязательство, зависящее только от того , что было произнесено – никто не смотрел вглубь.

Если должник произнес sponde, 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 по другому к этому вопросу: должник должен был, несмотря на то, что 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.

С течением времени это было признано несправедливым, и претор стал давать должнику против иска из стипуляции exceptio doli, но при этом должник должен был доказать отсутствие causa (неполучение денег от кредитора), так как предположение было все же против него.[[20]](#footnote-20)

Римские юристы довольно интересно подходят к 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 не те слова говорит.[[21]](#footnote-21) Одним словом: что он сказал, того он не хочет, а что хочет, того не сказал; стало быть договор не состоялся.[[22]](#footnote-22)

Нельзя забывать того, что римскому праву известны и сложные формы заключения стипуляции. Поскольку уже с момента появления стипуляция стала применяться не только, когда необходимо скрепить обязательством одного 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 различные формы.[[23]](#footnote-23)

*Соучастие корреальное* возможно в тех случаях, когда несколько лиц по тем или иным соображениям желают выступить в качестве сокредиторов, однако, так, чтобы каждый из них имел права самостоятельного кредитора – мог получать платеж, предъявлять иск и т.д. – и чтобы платеж одному погашал требования всех, предъявление иска одним 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 (кому-то одному может быть придется уехать, а терять свои деньги они не хотят) ввиду этого они выступают в качестве сокредиторов. Равным образом возможно подобное, если на стороне должников будет двое, а кредитор будет 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 на стороне должника, 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-корреальным*, а во втором *пассивно-корреальным.*[[24]](#footnote-24)

В результате такой стипуляции получится обязательство с несколькими соучастниками, но с одним предметом: если будет уплачено одному кредитору (в первом случае) или одним из должников (во втором случае), то все обязательство погашается. Аналогично погашается и иск, по которому будет уплачено, т.е. кредитор, что в первом, что во втором случае получат ту сумму, какую они дали.

Благодаря такой процедуре стипуляции довольно легко получилось избежать повторного платежа со стороны должника и повторного требования заплатить со стороны кредитора.

Стипуляция была первым способом для установления такого соучастия. Но затем оно было признано и в целом ряде других случаев: оно могло быть установлено в контрактах иного рода, например, консенсуальные.[[25]](#footnote-25)

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

1. Если указанное отношение имеет место быть на стороне кредитора, то он 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 получает на него ответ от должника. Естественно, что после ответа на второй вопрос качество присоединенного кредитора для должника приобретает 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: добавочный кредитор после получения денег от должника в обязательном порядке должен был передать эти деньги главному, поскольку его присоединение делалось в интересах кредитора.

Главной причиной, вызвавшей появление adstipulatio в истории, была недопустимость в легисакционном процессе представительства. Эта операция делалась на тот случай, если кредитор понимал, что к моменту возвращения данных им денег он будет не в состоянии отстаивать свои интересы в суде, и тем самым готовил себе заместителя, посредством которого можно будет получить обратно данное им. С появлением в римском праве института процессуального представительства пришлось отказаться от этой формы стипуляции.[[26]](#footnote-26)

2. Грозда чаще в римском праве встречается присоединение добавочного должника, которое называется adpromissio. Главной целью такого присоединение является 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 являлся как бы заложником: в случае неисполнения обязательства ответственность сразу обрушивалась на него, а тот за кого поручитель выступал, оставался свободным.

В связи с развитием гражданского оборота и деловых отношений в частности в римском праве назрела настоятельная потребность в поручительстве. Как известно, на первых порах эту потребность могли удовлетворить в форме и посредством стипуляции корреальной, поскольку поручитель являлся таким же должником, как и тот за кого он ручался. И лишь обычай, по мнению 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 в этих формах состоит только в словах и не отражается на обязательствах, сопровождающих эту форму. Обе эти формы могли применяться после того, если главное обязательство было заключено в форме стипуляции; и после этого стороны прибегали к adpromissio.

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

Также можно отметить, что последующие римские законы установили между несколькими поручителями нечто вроде товарищества, по отношению к ответственности за долг, т.е. деньги, которые требовал кредитор, разделялись в равной мере на живых поручителей – всем доставалось поровну. Сверх того, была даже предпринята попытка снять по истечению двух лет с момента выступления в качестве поручителя обязательства ручавшегося.

Однако, sponsio и fidepromissio имели то существенное неудобство, что они могли обеспечивать только обязательства стипуляционные и при том должны были заключены сразу после них. Ввиду этого появляется новая форма – fidejussio, которая была освобождена от этих неудобств, в результате чего и вытеснила предыдущие две 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 остается то, что кредитор мог при неисполнении обязательства предъявит иск по своему усмотрению либо против главного должника, либо против поручителя. Но Юстиниан указом 535 года облегчил положение поручителя тем, что мог требовать, чтобы кредитор вначале обратился к главному кредитору.

Интересно отметить, что если поручитель был вынужден заплатить долг кредитору, то он мог прибегнуть к «регрессу»[[27]](#footnote-27) против главного должника.[[28]](#footnote-28)

Хотя в классическом праве и возникли другие формы поручительства, а fidejussio оставалась до конца формой основной.

**Реальные контракты. Contractus innominati.**

Отличительной чертой реальных и консенсуальных контрактов является то, что эти контракты являются неформальными, т.к. они не связаны с какой-либо определенной формой.

Интересно отметить, что реальные контракты, в отличие от литеральных и реальных получают юридическую силу только с того момента, когда на основании соглашения одна сторона передала другой ту вещь, которая была предметом договора. Самым главным здесь, безусловно, является то, что до момента передачи вещи соглашение само по себе значения, а тем более и юридической силы. Так, например, договор о том, что я пообещаю завтра дать вам некую сумму денег или, наоборот, взять какую-нибудь вещь, еще не создает никаких обязанностей ни для меня, ни для вас.[[29]](#footnote-29) 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, следовательно, и никакого иска не рождало. Законодатель пошел дальше, разрешив при согласии сторон придавать обязательство преддоговорному соглашению, но тогда стороны это соглашение должны были облечь в форму стипуляции, речь о которой шла выше. Если же стороны не прибегали к утвердившейся форме стипуляции, то обязательство возникало только с момента передачи вещи или денег.

Покровский утверждает, что позднейшее римское право знает четыре таких реальных договоров – mutuum, commodotum, despositium и pignus, плюс исчезнувший впоследствии fiducia и так называемые реальный безымянный контракт (contractus innominati), представляющий 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 истечению указанного в договоре срока либо по востребованию такую же денежную сумму или такое же количество вещей того же рода, какие были получены.[[30]](#footnote-30) Mutuum также называют бесформальным займом.

Интересно отметить, что объектом займа могли быть любые вещи, которые можно заменить, т.е. которые фигурируют в обороте мерою, весом, счетом, объемом.[[31]](#footnote-31)

По мнению Новицкого, в старом цивильном праве заем (денежный) осуществлялся в форме nexum[[32]](#footnote-32) посредствам меди и весов. Но эта форма отталкивала своею строгостью и тем самым не подходила к обороту в обычных житейских отношениях, например, заем небольшой суммы денег, кого-нибудь количества продуктов. Естественно, что в древности заключались такие неформальные сделки между соседями, но, к сожалению, исковой защиты не имели в древности.

Римское право уже очень рано начинает давать кредитору цивильный иск о возвращении долга, которое квалифицировалось, как необоснованное обогащение заемщика. Кредитор, давший взаймы, теперь был, таким образом, защищен.[[33]](#footnote-33)

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

С течением времени 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 обязательством строго односторонним: должник не мог выдвигать каких-либо встречных претензий (например, заимодавец 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.

Интересно отметить, что для заключения договора займа необходимо было двусторонне согласие.

«Недостаточно для возникновения заемного обязательства простого перехода денег или вещи, - говорит Павел. – Необходимо намерение обеих сторон установить именно заем».[[34]](#footnote-34) Примером может служить случай, когда должник не имел дееспособности в силу своего несовершеннолетия, то такой договор не будет считаться займом: кредитор может требовать только выдачи обогащения, т.е. только то, что малолетний еще не потратил, например из 100 только 40, если 60 малолетний должник истратил. [[35]](#footnote-35)

Важно отметить, что в период империи и по отношению договора займа по всему Риму распространяется обычай составления письменного договора, что мы могли наблюдать в стипуляции. Такие мероприятия в законодательстве проводились в тех же целях, что и для стипуляции, т.е. только для облегчения доказывания факта займа в суде. Похожие тенденции происходят и в эволюции займа, поскольку с течением времени важность письменной cautio приобретает то же значение, что и для стипуляции.

Законодательство периода империи интересовалось займом специально в следующих двух направлениях:[[36]](#footnote-36)

1. В период начала 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 суровы. Однажды произошло убийство сыном своего отца из-за теснения первого кредиторами, в результате чего был принят закон, который четко регламентировал порядок оформления договора займа aliene juris, причем без согласия главы семейства он не порождал исковой защиты. Обязательство сына после издания этого закона было obligatio naturalis.

2. Другой вопрос, который занимал законодательство, - это вопрос о процентах. Можно только сказать, что в разное время вопрос о процентах ставился по-разному: в праве классического периода – 1% в месяц, в праве Юстиниана – 6% в год (для ростовщиков - 8), начисление процентов на проценты было воспрещено.[[37]](#footnote-37)

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 mutuum получили признание еще три вида договоров – commodatum, despositium и pignus, причем их исторической предшественницей явилась уже известная нам fiducia, которая и сыграла для них подготовительную роль.[[38]](#footnote-38)

Как известно, в старом цивильном праве потребность отдачи вещи во временное пользование, на сохранение и в залог удовлетворялось посредством mancipatio или in juro cessio этой вещи с присоединением fiduciae.[[39]](#footnote-39) Истории известно, что этот иск не сразу получил защиту: в древности совершенно неисковое, было снабжено затем иском – сначала преторским, а затем и цивильным – actio fiduciae. Этим иском, как нестранно, мог воспользоваться не только кредитор, но и получатель, если, например, ему был манципирован с целью сохранения раб, страдающий заразной болезнью, которою он затем заразил рабов получателя. Поучив эти иски, fiducia превратилась в настоящий реальный контракт, с тем, однако, различием, что соглашение о ней составляло лишь элемент формальных сделок mancipatio или in juro cessio и, следовательно, само явление формальным. Ввиду этого fiducia должна быть характеризована, как договор формально-реальный.[[40]](#footnote-40)

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

Вследствие этого рядом с фидуциарными соглашениями существуют и неформальные договоры отдачи вещи во временное безвозмездное пользование(commodatum), на сохранение (despositium) и в обеспечение долга (pignus). Лицо, передавшее вещь с этими условиями, сохраняет право собственности, поэтому может требовать в любой момент ее у должника, а должник в свою очередь не мог прибегнуть к иску в том случае, если собственник вещи нанес этим действием ему ущерб.

С течением времени на помощь приходит претор, который начинает давать actiones in factum.Отправной мыслью претора была идея вреда, причиненного одним лицом другому, например, если я дал вам вещь, а вы мне ее не отдали, вы причинили мне вред; если вы дали мне на сохранение больное животное, а то, в свою очередь, заразило несколько моих особей, то этим вы причинили мне вред: в любом случае справедливость требует, чтобы вред был возмещен.[[41]](#footnote-41)

В связи с развитием гражданского оборота вырабатывается воззрение, что во всех этих случаях нужно требовать не только возмещения вреда, но и исполнение задуманного. Римские юристы здесь пошли следующим образом: Если вы 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 вы исполнили свое обещание. На почве этого возникает возможность предъявить и цивильный иск, в результате чего 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 окончанию пользования ту же самую вещь в целости и сохранности.[[42]](#footnote-42) 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. Такой ход вещей возможен только в том случае, если ссудодатель дал вещь, которая причинила вред ссудополучателя (больная лошадь, пример с которой рассматривался выше). Покровский считает, что за такие убытки отвечает ссудодатель, если ему в упрек может быть поставлен умысел или грубая небрежность, например, он знал, что дает лошадь, подвергнувшуюся заразной болезни, но ничего при это не сделал.

Договор despositium – 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 вещь на хранение (поклажедателю, депоненту).

Правда, бывают случаи, когда на хранение отдают и вещи родовые, например, какая-то сумма денег с тем, чтобы потом были возвращены не те же самые вещи – но тогда мы имеем дело с depositium irregulare – договор, приближающийся уже по существу к займу.[[43]](#footnote-43)

Покровский выделяет специальные виды поклажи:

1. Так называемые despositium miserabile – римские юристы призывали использовать этот вид поклажи в случае несчастья, например, пожар.

2. Sequestratio (секвестр)[[44]](#footnote-44) – передача двумя спорящими лицами спорной вещи на время спора третьему с тем, чтобы он выдал ее тому, кто спор выиграл.

В работе Чезаре Санфилиппо существует еще один (3) вид поклажи – «нерегулярная поклажа», которая применяется к сумме денег, отданной на хранение с той оговоркой, что депозитарий может ими воспользоваться и возвратить. В сущности, это заем, и таким он виделся классическим юристам.[[45]](#footnote-45)

Договор pignus является закладным договором, в силу которого одно лицо (залогодатель, он же и должник по обеспечению долга) передает другому (залогопринимателю, кредитору) вещь для обеспечения долга. Основная обязанность из 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 ответственность залогодателя: заложенная вещь причинила убытки (пример с лошадью).[[46]](#footnote-46)

\* \* \*

# 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 не под один из носящих определенное название типов. Например осталась вне этих типов мена, неизвестно было под какую гребенку можно определить контракт, в силу которого одно лицо дает другому вещь с тем, чтобы оно продало ее не ниже определенной цены, а полученные сверх деньги могло оставить себе. Так как эти договоры не подходили не под один легализованный тип контрактов, то иски из них должны были рассматриваться как из nuda pacta, т.е. соглашения неискового и, тем самым, не имеющего юридической защиты.[[47]](#footnote-47)

 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 ранее римские юристы прибегали 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 уже быть повреждена. Например, я хочу забрать своего раба, который *уже* находится в поврежденном состоянии.

 Ввиду этого на спасение обманутой в гражданском обороте стороне приходит претор, который начинает давать actio in factum, который, как и в предыдущем случае, стоит на точке зрения вреда, причиненного одним лицом другому.

 Но рядом с этой точкой зрения возникает и другая: соглашения этого типа начинают рассматривать, как договоры, и на основании их юристы начинают давать цивильный иск не только о возмещении убытков, происшедших от лишения собственной вещи, но и исполнения одним контрагентом того, что им было обещано.

 Как и следовало ожидать, развитие и здесь закончилось тем же, чем оно закончилось по отношению к трем последним реальным договорам, т.е. победой второй точки зрения.[[48]](#footnote-48) Эта точка зрения окончательно утвердилась и перестала вызывать спор у юристов уже ко времени Юстиниана.

 Безымянные контракты были сгруппированы по четырем 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).[[49]](#footnote-49)

 Так возникли безымянные контракты. Но они все же реальные контракты, так как только тогда может быть речь об их обязательности, если одна сторона свою обязанность исполнила: до этого момента есть только nudum pactum.

 Признанием безымянных договоров римское право сделало огромный шаг вперед по пути санкционирования всяких договоров, однако, если одной стороной преступлено исполнение таких нетипичных контрактов.

**Консенсуальные контракты.**

 Отличительной чертой консенсуальных контрактов является то, что обязательства возникают в силу простого бесформального соглашения.[[50]](#footnote-50)К таким контрактам можно отнести куплю-продажу (emptio-venditio), наем (locatio-conductio), договор товарищества (societas) и поручение (mandatum).

 Интересно отметить, что в древнейшую эпоху купля-продажа осуществлялась посредством mancipatio, которая являлась общей необходимой формой для всех вещей. Позже она сделалась специальным способом для res mancipi, а res nee передавались либо посредством in juro cessio либо посредством бесформальной traditio. Главное то, что обязательство поглощалось вещным актом передачи права собственности; простой договор о продаже не имел никакого значения.[[51]](#footnote-51)

 Каким образом получила признание простая купля-продажа – вопрос очень спорный. Однако группа ученых (Фогт, 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, которым шло развитие commodatum, despositium и pignus. Наиболее вероятной кажется гипотеза третья (Беккер, Жирар). Для того, чтобы придать обязательную силу самому соглашению о продаже, стороны облекали первоначально свои обещания в две встречные стипуляции: продавец обещал передать вещь, покупщик уплатить цену. Доказательством этой гипотезы является то, что мы довольно часто встречаем употребление стипуляции при купле-продаже, хотя по существу это стало уже не нужным. Но понятно, что такой 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 передать двустороннюю природу купле-продаже (emptio-venditio), при которой обязательство одной стороны связано, обусловлено обязательствами другой.[[52]](#footnote-52)

 Достигнув юридического признания 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.

 Интересно отметить, что 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 являются предмет (merx) и цена (prefium). Именно поэтому многие исследователи определяют куплю-продажу, как двухсторонний договор, по которому одна сторона обязуется передать товар за денежное возмещение, которое другая сторона обязуется ему заплатить.[[53]](#footnote-53)

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

 Относительно цены стоит отметить, что она, в первую очередь, должна состоять из известной суммы денег, в противном случае договор будет являться меной, которая была прототипом купли-продажи.[[54]](#footnote-54) Весьма интересным представляется отметить то, что среди классических юристов были такие, которые и мену желали подводить под понятие купли-продажи,[[55]](#footnote-55) но их мнение было отвергнуто.

 Важно сказать, что цена должна быть определенным или определимым, например, «покупаю за столько-то», «плачу, сколько скажешь», «плачу, сколько есть в кошельке». Покровский отмечает, что цена не должна быть назначена только для вида, т.е., чтобы ей можно было прикрыть дарение, но prefium определялась свободным соглашением сторон, поэтому 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 было требование, чтобы предмет купли-продажи был индивидуализирован. Если продажа должна была непосредственно перенести на покупателя право собственности, то нельзя было продать известное количество зерна или масла, не обособив его от остального количества; право собственности можно передать только на выделенное, конкретизированное (или с помощью тары или посредством указаний территориальное нахождение товара и т.п.).[[56]](#footnote-56)

 Стоит заметить, что из договора купли-продажи возникает двусторонне обязательство и при том 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 покупщика и actio venditi для продавца. Именно поэтому и договор полностью называется emptio-venditio.

 Эти две встречные обязанности тесно связаны между собой: одна существует потому, что существует другая; каждая является условием другой. В этом заключается принципиальная сущность всякого двустороннего, так называемого синаллагматического, договора.[[57]](#footnote-57)

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

 Одним из важнейших практических вопросов 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, т.к. эти стипуляции не были никаким образом юридически связаны между собой, и потому подлежали выполнению, невзирая на то, выполнила другая сторона свое обязательство. Когда произошло превращение купли-продажи в консенсуальный контракт, это соображение отпало, считает Покровский. Таким образом, истец, предъявивший иск, в случае возражения со стороны ответчика должен был доказать, что он свою обязанность выполнил либо выполнить ее сейчас.[[58]](#footnote-58)

 Другим важным вопросом, волновавшим римских юристов, является, 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 продавцов, следовательно, риск случайной гибели лежал на продавце. Он даже отвечал перед покупщиком в малейшей порче вещи, если она была причинена им.

Если рассматривать обязанности контрагентов, то здесь мы видим, что покупщик обязан был заплатить покупную сумму. Гораздо сложнее было положение по отношению к продавцу.[[59]](#footnote-59)

Главной целью купли-продажи было, безусловно, перенесение права собственности на покупщика. Первой обязанностью продавца является передача вещи – traditio. Продавец обязан предоставить вещь покупщику. Возникает вопрос, что делать покупателю, если окажется, что купленная вещь была украдена и тем самым отобрана у покупщика (evictio вещи). Для того, чтобы гарантировать покупщику на случай evictio и тогда, когда купля-продажа совершалась не в виде манципации, стали прибегать к особой stipulatio duplae, посредством которой продавец обещал покупщику возмещения двойной цены, если вещь будет отобрана.[[60]](#footnote-60) С течением времени ответственность за evictio при заключении купли-продажи стала рассматриваться, как само собой разумеющееся.

Другой очень важный вопрос был ответственностью продавца за недостатки проданной вещи. Естественно, что старое цивильное 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 купля-продажа примкнула к консенсуальным договорам, то умолчание продавца о недостатках вещи рассматривалось, как обман, следовательно, он отвечал перед покупателем. Если недостатки были ему неизвестные, то продавец не отвечал.[[61]](#footnote-61)

Другим наиболее важным договором, относящимся к консенсуальным контрактам, был договор найма или locatio. Исторический аспект, касающийся этого договора, как и в предыдущем случае, был неясен. Например, Коста относил этот договор к семейству договоров реальных. По мнению Покровского, этот договор, как и предыдущий, развился из стипуляции. Нет единого мнения у исследователей о том, как развивались разные виды найма.

В римском праве принято выделять три вида найма: найм вещей или аренда[[62]](#footnote-62), наем рабочей силы, заказ[[63]](#footnote-63) или подряд.

Locatio-conductio rei (аренда или найм вещей) – двусторонний[[64]](#footnote-64) договор, согласно которому одна сторона – locator rei обязан предоставить вещь в пользование, а другая в свою очередь – conductor rei – обязан вносить условленную наемную плату.[[65]](#footnote-65)

Объект может быть движимым или недвижимым, вознаграждение обычно выражается в деньгах, однако, может быть и в натуральном выражении (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 possesio, 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 только не будет расторгнуто одной из сторон. [[66]](#footnote-66)

Наем 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.[[67]](#footnote-67)

При locati conductio operas (заказе или подряде) одно лицо отдает другому за известное вознаграждение такое количество своего труда, какое нужно для совершения 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.

Причина заключается, вероятно, в том, что первоначально подряд состоял в мелких заказах мастерам, починках и т.п., причем эти мастера уносили вещь к себе.

При этом нужно иметь в виду, что для наличности подряд необходимо, чтобы материал был дан заказчиком. Если же мастер должен был сделать вещь из своего материала, римские юристы рассматривали этот договор, как договор купли-продажи.[[68]](#footnote-68)

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

Товарищество – контракт, по которому две или больше 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 же в личных услугах (мастерство), причем не требуется, чтобы они были одинаковой стоимости.[[69]](#footnote-69)

Следует отметить и исторический аспект данного контракта, т.к. историческое развитие его пошло от так называемого consortium, т.е. соглашения между братьями после смерти их отца не разделятся, продолжать вести хозяйство сообща. Это происхождение отражается и в позднейшем праве именно в том, что вообще отношения между socii носит на себе печать особой fraternitas.[[70]](#footnote-70)

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

С течением 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: она охватывает только имущество, приобретаемое хозяйственной деятельностью (следовательно, наследства остаются разделенными). Еще уже societas unius negotiatinis: она составляется только для одной какой-нибудь экономической деятельности – например, сообща ведется торговое дело (имения, дома и прочее остаются отдельными). И, наконец, самую низшую ступень составляют societas unius rei, временной товарищество для одной какой-нибудь сделки, например, только для покупки сообща имения.

Во всяком случае, societas имеет 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.[[71]](#footnote-71)

Последним консенсуальным договором следует рассмотреть mandatum (договор поручения).

Договор поручения состоял в том, что одно лицо (доверитель) поручало, а другое лицо (поверенный) принимало на себя восполнение каких-либо действий.[[72]](#footnote-72)

Интересно отметить, что этот договор, как и предыдущие, а точнее commodatum, pignus, despositum, 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 также должно быть непременно безвозмездным, в противном случае это можно будет квалифицировать, как личный наем. Сверх того, договор поручения проникнут личным характером: оно уничтожается смертью мандата или мандатария. Равным образом оно может быть уничтожено свободным отказом со стороны того или другого контрагента. По объему своему этот договор может быть различным:[[73]](#footnote-73) 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 он может быть и более общим, (назначаю вас своим управляющим), и тогда говорят о procurator generalis.[[74]](#footnote-74)

Ближайшая история возникновения такого договора неясна. Ввиду сходства 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».

Нужно признать, что в нормах об этом договоре нет никаких следов реального характера, вследствие чего последнее предположение кажется более вероятным.

Интересно отметить, что поверенный обязуется 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 поверенный рассматривался в этом случае как неисполненный. Однако, возобладало противоположное мнение прокулианской школы, в соответствии с которым доверитель был обязан признать его действия в той мере, в которой они укладывались в пределы поручения, на поверенного же возлагалась ответственность за все превышения.[[75]](#footnote-75)

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 сторон.[[76]](#footnote-76)

**Пакты.**

Как следует из предыдущего изложения (contracus 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 отношения 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 осуществила 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 цивильное обязательство. [[77]](#footnote-77)

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, защищаемого иском; pacta praetoria – пакты, получившие защиту от претора. К третьим относятся pacta legitima – пакты, получившие исковую защиту от императоров, в императорском законодательстве.[[78]](#footnote-78)

Однако исключением из общего правила недействительности являлись 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, только бы они были одновременными контракту, а не появились вслед за ней.

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, как правило, получал отсрочку.[[79]](#footnote-79)

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

Receptum arbitrii – соглашение с третейским судьей.

Receptum nautarum – соглашение с хозяином корабля, гостиницы, постоялого двора о сохранности вещей приезжих.

Receptum argentariorum – соглашение с банкиром об уплате третьему лицу известной суммы за контрагента банкира, заключившего пакт. [[80]](#footnote-80)

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

В качестве примеров можно назвать: compromissum, pactum donationis.

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 receptum arbitrii).

Императорское законодательство дало непосредственную защиту pactum compromissi.

Pactum donationis – неформальное соглашение о дарении. Дарение – 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 одаряемого. [[81]](#footnote-81)

**Заключение.**

 Обязательственному праву Древнего Рима, безусловно, свойственен 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 древнейших исследователей, переработала многие контракты, например, пришлось отказаться от классификации договоров, предложенной древними юристами. Но, тем не менее, природа договорного права, применительно к современности, древнеримского периода осталась практически без изменений. До сих пор совершенствуются и развиваются нормы, регулирующие общественные отношения, а, все равно, идея, положенная 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, чтобы ожидало обязательственный мир, не будь он пропитан гениальным творением римских юристов, чей подвиг, бесспорно, повторить не удастся.

Литература.

1. И.А. Покровский /История римского права/ - Сп.-б., 1999.
2. И.С. Перетерский /Римское частное право/ - М., 1994.
3. Ч. Санфилиппо /Курс римского частного права/ под. Ред. Д.В. Дождева, -М., 2000.
4. /Институции Юстиниана/ перевод с латинского Д. Расснера, под. Ред. Л.Л. Кофанова, В.А. Томсинова, (Серия «Памятники римского права») - М., 1998.
5. Дернбург /Пандекты/ - М., 1906г.
6. И.Б. Новицкий /Римское право/ - Изд.4-е, стереотипное. – М., 1993.
7. /Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран (Древность и Средние века)/ Сост. В.А. Томсинов. – М., 2000.
1. /Институции Юстиниана/ - перевод с латинского Д. Расснера, Под. Ред. Л.Л. Кофанова, В.А. Томсинова. (Серия «Памятники римского права») – М., 1998. – С.243. [↑](#footnote-ref-1)
2. Содержащиеся в источниках римского права указания относительно nexum неясны и противоречивы, поэтому не все исследователи римского права понимают этот термин одинаково. [↑](#footnote-ref-2)
3. И.А. Покровский /История римского права/ - С.404-405. [↑](#footnote-ref-3)
4. И.А. Покровский /История римского права/ - С.405. [↑](#footnote-ref-4)
5. И.А. Покровский /История римского права/ - С. 406. [↑](#footnote-ref-5)
6. И.Б. Новицкий /Римское право/ - С.161. [↑](#footnote-ref-6)
7. Ч. Санфилиппо /Курс римского частного права/ - С.246. [↑](#footnote-ref-7)
8. И.Б. Новицкий /Римское право/ - С.157. [↑](#footnote-ref-8)
9. И.А. Покровский /История римского права/ - С.393. [↑](#footnote-ref-9)
10. И.С. Перетерский /Римское частное право/ - Гл.28. [↑](#footnote-ref-10)
11. И.А. Покровский /История римского права/ - С.394-395. [↑](#footnote-ref-11)
12. И.С. Перетерский /Римское частное право/ - Гл.28 [↑](#footnote-ref-12)
13. И.А. Покровский /История римского права/ - С.395. [↑](#footnote-ref-13)
14. И.А. Покровский /История римского права/ - С.395. [↑](#footnote-ref-14)
15. И.Б. Новицкий /Римское право/ - С.158. [↑](#footnote-ref-15)
16. И.А. Покровский /История римского права/ - С.396. [↑](#footnote-ref-16)
17. И.Б. Новицкий /Римское право/ - С.158. [↑](#footnote-ref-17)
18. И.А. Покровский /История Римского права/ - С.396 [↑](#footnote-ref-18)
19. И.Б. Новицкий /Римское право/ - С.158. [↑](#footnote-ref-19)
20. И.А. Покровский /История римского права/ - С.399. [↑](#footnote-ref-20)
21. D.29.5.3. [↑](#footnote-ref-21)
22. И.С. Перетерский /Римское частное право/ - Гл.28. [↑](#footnote-ref-22)
23. И.А. Покровский /История римского права/ - С.399. [↑](#footnote-ref-23)
24. И.А. Покровский /История римского права/ - С.400. [↑](#footnote-ref-24)
25. И.А. Покровский /История римского права/ - С.401. [↑](#footnote-ref-25)
26. И.А. Покровский /История римского права/ - С.403. [↑](#footnote-ref-26)
27. Право регресса – право поручителя взыскать с должника уплаченный им за него долг. [↑](#footnote-ref-27)
28. И.А. Покровский /История римского права/ - С. 404. [↑](#footnote-ref-28)
29. И.А. Покровский /История римского права/ - С.408. [↑](#footnote-ref-29)
30. Fr.I.2.D.44.7. [↑](#footnote-ref-30)
31. И.Б. Новицкий /Римское частное право/ - С.163. [↑](#footnote-ref-31)
32. Содержащиеся в источниках римского права указания относительно nexum неясны и противоречивы; поэтому не все исследователи римского права понимают слово nexum одинаково. [↑](#footnote-ref-32)
33. И.А. Покровский /История римского права/ [↑](#footnote-ref-33)
34. Fr.3.1.44.7. [↑](#footnote-ref-34)
35. И.А. Покровский /История римского права/ - С.410. [↑](#footnote-ref-35)
36. И.А. Покровский /История римского права/ - С.410. [↑](#footnote-ref-36)
37. И.Б. Новицкий /Римское частное право/ - С.164-165. [↑](#footnote-ref-37)
38. И.А. Покровский /История римского права/ - С.411. [↑](#footnote-ref-38)
39. Ч. Санфилиппо /Курс римского частного права/ - С.243. [↑](#footnote-ref-39)
40. И.А. Покровский /История римского права/ - С.412. [↑](#footnote-ref-40)
41. И.А. Покровский /История римского права/ - С.413 [↑](#footnote-ref-41)
42. И.Б. Новицкий /Римское частное право/ С.171. [↑](#footnote-ref-42)
43. И.А. Покровский /История римского права/ - С.415. [↑](#footnote-ref-43)
44. Ч. Санфилиппо /Курс римского частного права/ - С.244. [↑](#footnote-ref-44)
45. Ч. Санфилиппо /Курс римского частного права/ - С.244. [↑](#footnote-ref-45)
46. И.А. Покровский /История римского права/ - С.416. [↑](#footnote-ref-46)
47. И.А. Покровский /История римского права/ - С.416. [↑](#footnote-ref-47)
48. И.А. Покровский /История римского права/ - С.417. [↑](#footnote-ref-48)
49. Ч. Санфилиппо /Курс римского частного права/ - С.256. [↑](#footnote-ref-49)
50. И. Б. Новицкий /Римское право/ - С.177. [↑](#footnote-ref-50)
51. И.А. Покровский /История римского права/ - С.419. [↑](#footnote-ref-51)
52. Та же книга. - С. 419. [↑](#footnote-ref-52)
53. Ч. Санфилиппо /Курс римского частного права/ - М., 2000. С250. [↑](#footnote-ref-53)
54. И.Б. Новицкий /Римское право/ - С.178. [↑](#footnote-ref-54)
55. И.А. Покровский /История римского права/ - С.420. [↑](#footnote-ref-55)
56. И.Б. Новицкий /Римское право/ - С.178. [↑](#footnote-ref-56)
57. И.А. Покровский /История римского права/ - С.421. [↑](#footnote-ref-57)
58. И.А. Покровский /История римского права/ - С.421. [↑](#footnote-ref-58)
59. Та же книга - С.422. [↑](#footnote-ref-59)
60. Та же книга - С.422. [↑](#footnote-ref-60)
61. Та же книга. - С. 423. [↑](#footnote-ref-61)
62. Ч. Санфилиппо /Курс римского частного права/ - С.252. [↑](#footnote-ref-62)
63. И.А. Покровский /История римского права/ - С. 424. [↑](#footnote-ref-63)
64. Ч. Санфилиппо /Курс римского частного права/ - С. 252. [↑](#footnote-ref-64)
65. И.А. Покровский /История римского права/. - С.423. [↑](#footnote-ref-65)
66. Ч. Санфилиппо /Курс римского частного права/ - С. 252. [↑](#footnote-ref-66)
67. И.А. Покровский /История римского права/. - С. 424. [↑](#footnote-ref-67)
68. И.А. Покровский /История римского права/ - С.424. [↑](#footnote-ref-68)
69. Ч. Санфилиппо /Курс римского частного права/ - С.253. [↑](#footnote-ref-69)
70. братство, доверительность. [↑](#footnote-ref-70)
71. И.А. Покровский /История римского права/ -С.425. [↑](#footnote-ref-71)
72. И.Б. Новицкий /Римское право/ - С.191. [↑](#footnote-ref-72)
73. И.А. Покровский /История римского права/ - С. 426. [↑](#footnote-ref-73)
74. И.А. Покровский /История римского права/ - С. 426. [↑](#footnote-ref-74)
75. Ч. Санфилиппо /Курс римского частного права/ - С.255. [↑](#footnote-ref-75)
76. Та же книга. – С.255. [↑](#footnote-ref-76)
77. Ч. Санфилиппо /Курс римского частного права/ - М., 2000. С.257-258. [↑](#footnote-ref-77)
78. И.Б. Новицкий /Римское право/ - М., 1993. С.203. [↑](#footnote-ref-78)
79. И.Б. Новицкий /Римское право/ - М., 1993. С.204-205. [↑](#footnote-ref-79)
80. И.Б. Новицкий /Римское право/ - М., 1993. С.205 [↑](#footnote-ref-80)
81. И.Б. Новицкий /Римское право/ - М., 1993. С.205. [↑](#footnote-ref-81)