**Реальные контракты**

**Реальные контракты как форма обязательств**

Среди отраслей римского права на первом месте стоит, как с точки зрения разработанности, так и с точки зрения своего значения для Рима и для последующих веков, именно частное право. Римское частное право оказало могущественное влияние на все дальнейшее развитие законодательства и правовых учений общества, основанного на частной собственности.

Необходимым элементов гражданских правоотношений являются обязательства (obligatio): любой член общества, обладающий правосубъектностью, добровольно берет на себя определенные обязательства, которые приняты в данном обществе. Обязательство заключается в обещании что-либо совершить в пользу другого лица или всего общества. Такое действие не должно выходить за пределы принятого в данном обществе или представлять собой что-либо чрезмерное, большее, чем нужно. В такой ситуации каждому члену общества гарантирована возможность быть кредитором или должником, и любое конкретное притязание кредитора находится в рамках требования соблюдения определенного права, действующего в определенном сообществе.[[1]](#footnote-1)[1]

Классические юристы выделяли два источника обязательств:

1. Обязательства из контрактов (ex contractu),

2. Обязательства из деликтов (ex delicto).

Контракты классифицируются по способу их заключения. По этому признаку выделяются:

– вербальные и литеральные контракты (когда содержание соглашения выражается словами, соответственно, устно или письменно – стипуляция);

– реальные контракты (когда соглашение сопровождается передачей вещи – res, например, заем, поклажа);

– консенсуальные контракты, для заключения которых необходимо, чтобы стороны пришли к согласию (при этом никаких иных формальностей не требуется, достаточно, например, письма или сообщения вестника, выражающего согласие заинтересованных сторон).

Наконец, некоторые типы соглашений, которые не могут быть четко определены в рамках данной классификации, получили название фактических или безымянных контрактов (примеры: мена, комиссия и др.).

Все остальные сделки, которые не принадлежали ни к одному из этих типов и заключались в свободной форме, получили название пакты.[[2]](#footnote-2)[2]

**Mutuum, commodatum, depositum**

Среди множества контрактных обязательств нас интересуют реальные контракты, а именно: заем, ссуда, договор хранения или поклажи. Мы рассмотрим основные положения и характеристики данных видов как устанавливающих обязательство с передачей вещи.

Заем (mutuum) представляет собой договор, по которому одна сторона (заимодавец) передает другой стороне (заемщику) денежную сумму или определенное количество иных заменимых вещей в собственность, с обязательством заемщика вернуть, по истечении указанного в договоре срока или по востребованию, такую же денежную сумму или такое же количество вещей такого же рода, какие были получены.

(1)Мы даем взаймы с тем, чтобы получить обратно не ту же самую species, т.е. индивидуально определенную вещь, какую дали (иначе будет договор ссуды или поклажи), а вещь того же рода: если обязанность возврата будет относиться к вещам другого рода, например, если мы за пшеницу должны были бы получть вино, - то это не будет займом.

(2)дача взаймы состоит в передаче таких вещей, которые определяются весом, числом или мерой, каковы, например, вино, масло, зерно, деньги; [в этом случае] мы даем такие вещи с тем, чтобы они поступили в собственность получающего, а мы впоследствии получили бы другие вещи такого же рода и качества.

Mutuum является типичным реальным договором, т.е. таким договором, при котором обязательство устанавливается не простым соглашением (consensus), но передачей вещи (re): пока не произошла передача, говорит Павел, обязательство из реального договора не возникает (D. 2. 14. 17. pr.).

Гай (D. 44. 7.1. 2), поясняя понятие реальных договоров, отождествляет реальный договор с займом. «Обязательство устанавливается re (т.е. передачей вещи, реально) дачей взаймы». Но из этого не следует, что mutuum – единственный реальный договор: кроме него такой характер имели commodatum (ссуда, договор о предоставлении индивидуально определенной вещи в безвоздмездное пользование), depositum (поклажа, договор о безвозмездном хранении вещи) contractus pigneraticius (закладной договор, об отдаче вещи в залог. Но mutuum, как наиболее распространенный и практически важный договор первым приходит на память Гаю, когда он приступает к определению реальных договоров, откуда невольное отождествление займа и реального договора: только в этом смысле и нужно понимать это указание.

Реальный характер договора не означает, однако, что в этой категории договоров consensus, соглашение сторон, не имеет существенного значения: этот момент не является достаточным для возникновения обязательств; но он не перестает быть необходимым моментом. Нет consensus, нет и договора. Римские юристы дают нам, в частности, примеры, когда, несмотря на передачу вещей, обязательство не возникает, потому что между сторонами не consensus, а dissensus (разногласие, недоразумение); так, передаются вещи, в частности, деньги, но передающий деньги делает это с намерением дать взаймы, а получающий думает, что ему дают в дар или на сохранение; займа нет, за отсутствием согласия двух воль.

Поскольку предметом займа служат вещи, определяемые весом, числом, мерой (а не индивидуально), и эти вещи поступают в собственность заемщика, на нем лежит и риск случайной гибели полученных вещей: если в силу случайной причины (пожар, землетрясение, кораблекрушение, нападение разбойников и т.п.) заемщик не имел возможности воспользоваться переданными ему вещами, он не освобождался от обязанности, говорит Гай в своих Институциях[[3]](#footnote-3)[3], т.е. тем не менее, остается обязанным лицом (D. 44. 7. 1. 4).

Обязательство, возникающее из займа, строго одностороннее: заимодавец имеет право требовать от заемщика возврата такого же количества вещей такого же рода и качества, какое было получено; на заемщике же лежит соответствующая обязанность. Заимодавец уже при самом заключении договора, так сказать, сделал свое дело, передав в собственность заемщика определенную ценность и установив такой передачей договор. Поэтому из договора он получает только право требования и не несет более никакой обязанности; для осуществления этого права в распоряжении заимодавца имеются иски строгого права (actions stricti iuris) – action certae creditae pecuniae, condictio certi, conducto triticaria. Наоборот, заемщик при заключении договора уже получил деньги или иные заменимые вещи и поэтому не имеет права на основании договора требовать чего-либо, а только несет обязанность возврата такой же денежной суммы или такого же количества других заменимых вещей, какое было получено от заимодавца.[[4]](#footnote-4)[4]

Нередко заемщик должен был не только вернуть заимодавцу занятую сумму, но еще уплатить с нее проценты. Древнейшая форма процентного займа – fenus; например, крестьянину давали взаймы семена с тем, чтобы он вернул часть урожая, покрывающую не только стоимость данных семян, но и некоторую надбавку, т.е. проценты. Fenus вызывал среди бедноты возмущения как форма беззастенчивой эксплуатации. К концу республики fenus стал выходить из употребления. Но это не значит, что исчезли процентные займы; изменилась только форма: в дополнение к договору займа (mutuum) заключалось особое соглашение о процентах.

Максимальный размер процентов в разные периоды варьировался: в классическом права – 1% в месяц, в праве Юстиниана – 6% в год (для торговцев – 8% в год).

Начисление процентов на проценты было воспрещено.

Другим примером реального контракта является ссуда (commodatum).

Договор ссуды состоит в том, что одна сторона (commodans, ссудодатель) передает другой стороне (ссудопринимателю, commodatarius) индивидуально определенныю вещь для временного возмездного пользования, с обязательством второй стороны вернуть по окончании пользования в целости и сохранности ту же самую вещь.

Обязательство из этого договора возникает только тогда, когда состоялась передача вещи ссудополучателю, пользователю.

Не всякая вообще вещь может быть предметом commodatum: поскольку при этом договоре вещь передается во временное пользование с обязательством вернуть ту же самую вещь, естественно, что предметом ссуды может быть только индивидуально определенная незаменимая и непотребляемая вещь; если, например, предметом договора является охапка дров на топку печи, то как только дрова сгорят, возврат тех же самых дров, какие были получены, станет невозможным, и речь может идти только о возврате такого же количества таки же вещей (т.е. о займе).

Ссудоприниматель обязан хранить данную ему в пользование вещь, пользоваться ею надлежащим образом, т.е. в соответствии с хозяйственным назначением вещи и указаниями договора, и проявлять при этом заботливость хорошего хозяина, т.е. не допускать никакой невнимательности, непридусмотрительности, беззаботности, какие несвойственны хорошему хозяину.

Только тогда, когда ссудоприниматель проявил полную внимательность, предусмотрительность, заботу, так что вред для ссудодателя возник вследствие простой случайности, casus, которому, по словам Гая, невозможно сопротивляться (D. 13. 6. 18. pr.), ссудополучатель не несет ответственности перед ссудодателем: случайно возникший вред для вещи относится за счет ее собственника.

Обязательство ссудодателя может возникнуть, а может и не возникнуть: если ссудодатель предоставляет вещь в исправном состоянии, в его лице возникает только право (требовать по окончании договора возвращения данной в ссуду вещи в исправном состоянии), но никакого обязательства на нем не лежит. Но если ссудодатель передал в пользование вещь в таком состоянии, что она причинила ссудополучателю убытки, дал вещь с пороками (vitiosa), он обязан возместить ссудополучателю убытки, конечно, при условии своей вины (поэтому ссудодатель не несет ответственности, если сам не знал о пороках данной в ссуду вещи). Так, если лицо, которому нужно поставить подпорки к зданию, попросит одолжить ему для этого бревна, а ссудодатель даст ему гнилые (причем негодность бревен не была заметна) и бревна рухнут, а с ним рухнет и все здание, возникнут для ссудопринимателя убытки, то ссудодатель эти убытки должен возместить.

Договор ссуды по хозяйственной цели является родственным договору займа; однако между ними имеются и существенные различия:

|  |  |
| --- | --- |
| Заем | Ссуда |
| Предмет договора – вещи, определенные родовыми признаками. | Вещи, индивидуально-определенные. |
| Вещи передаются на праве собственности. | Вещи передаются во временное пользование. |
| Получатель обязан вернуть такое же количество вещей того же рода. | Получатель обязан вернуть полученную вещь. |
| Риск случайной гибели переданной вещи лежит на получателе (как собственнике). | Риск случайной гибели вещи лежит на передавшем ее собственнике. |
| Обязательство – строго одностороннее. | Наряду с основной обязанностью получателя вещи, может возникнуть обязанность ссудодателя возместить вред, причиненный ссудополучателю. |

Договор хранения или поклажи (depositum) – третий вид реальных договоров, применяемых в практике Римского права.

Depositum это то, что дано кому-нибудь на сбережение [на хранение].

Если отданная банщику на сохранение одежда погибла, то различаются два случая: если за сохранение не было вознаграждения, то хранитель несет ответственность по договору depositum и должен за dolus; если же хранитель получил вознаграждение, он отвечает по договору найма.

Из вышесказанного можно установить, что по именем depositum, поклажи, разумеется договор, по которому одна сторона (депонент, поклажедатель) передает другой стороне (депозитарию, поклажепринимателю) вещь для безвозмездного хранения.[[5]](#footnote-5)[5]

Отличительными признаками depositum можно назвать следующие:

1. Depositum – контракт реальный: обязательство из этого договора возникает re, т.е. посредством передачи вещи; одно соглашение о том, что известное лицо обещает принять на хранение вещь другого лица, еще не устанавливало обязательство из depositum.

2. Не требуется, чтобы поклажедатель был собственником отдаваемой на хранение вещи: можно заключить depositum и в отношении чужой вещи (например, находящейся у данного по договору ссуды, в качестве заклада и т.д.). Поклажедателем может быть всякое заинтересованное лицо. Но не может быть отдана на хранение вещь, принадлежащая поклажепринимателю. «Не может быть ни залога на свою вещь, ни договора хранения, ни купли, ни сдачи себе внаймы» (Ульпиан. D. 50. 17.45).

3. Нормально предметом договора хранения (как и предметом ссуды) является вещи индивидуально определенная. Однако, в римском праве допустили также и договоры о хранении вещей, определенных родовыми признаками; но передачу на хранение таких вещей нельзя признать соответствующей характеру данного договора. В этом случае применяли depositum irregulare, т.е. не обычный, не нормальный вид договора, а какой-то особый, чрезвычайный.

4. Цель передачи вещи – хранение ее поклажепринимателем. Поклажеприниматель не только не становится собственником вещи, он даже не является ее владельцем; он только держатель вещи на имя поклажедателя, не имеющий права пользоваться вещью.

5. Вещь может быть передана по договору depositum или на определенный срок или до востребования. Включение в договор срока хранения не существенно.

6. По окончании срока хранения (а при бессрочном хранении – по заявлению поклажедателя) вещь, в соответствии с целью договора, должна быть возвращена поклажедателю, при том (в случае обычного, нормального depositum) именно та индивидуальная вещь, которая была принята на хранение.

7. существенным признаком depositum является его безвозмездность (этим признаком он отличается от договора найма).

Содержание обязательства, возникающего между сторонами из договора depositum, не отличается сложностью. На поклажепринимателе лежит обязанность хранить вещь в течение определенного времени и затем вернуть поклажедателю: это- главное, основное обязательство из договора depositum. Безвозмездный характер хранения ослабляет требования, предъявляемые к хранителю: про поклажепринимателя говорят, что он custodiam non praestat. Это выражение нельзя понимать в том смысле, что поклажеприниматель не отвечает за то, будет ли принятая вещь в сохранности или нет: поскольку он обязан вернуть принятую на хранение вещь, и это его обязательство является юридическим, защищенным с помощью иска, очевидно, он не может не отвечать за целость и сохранность вещи. Поклажеприниматель в праве ограничиться элементарными мерами хранения, как это делают обычные, заурядные люди, а также должен принимать те меры, какие могут быть предусмотрены в договоре; принимать какие-либо специальные, более сложные меры для охраны вещи депозитарий не обязан. Он должен хранить вещь, как обыкновенный средний хозяин. Это значит, что поклажеприниматель отвечает, если в его действиях, во всем его отношении к вещи проявлен dolus или lata, и не отвечает, если его можно упрекнуть только в culpa levis (легкой вине).

По общему правилу поклажеприниматель обязан исполнять договор лично, т.е. лично хранить вещь. Только в исключительных случаях, когда того требуют особые обстоятельства дела, допускается передача поклажепринимателем хранения вещи другому лицу, но все-таки под личной ответственностью поклажепринимателя (в этом случае поклажеприниматель обязан передать поклажедателю свои иски против третьего лица – D. 16. 3. 16).

По окончании хранения поклажеприниматель обязан возвратить вещь и все доходы, полученные от нее за время хранения (D. 16. 3. 1. 24).

По общему правилу вещь возвращается там, где она находится; следовательно, расходы, связанные с доставлением вещи к поклажедателю, ложатся на него самого. Но это правило ограничено условием: если вещь оказалась в данном месте sine dolo malo (без злого умысла) покдлажепринимателя (D. 16. 3. 12. 1). Отсюда напрашивается вывод: если депозитарий dolo (или вследствие culpa lata) перевез принятую на хранение вещь в другое место, он должен ее сдать обратно там, где принимал.

Интересный особый вид поклажи представляет собой секвестрация – в этом случае договор заключается в том, что несколько лиц отдают на хранение вещь с тем условием, чтобы она была возвращена тому или другому, в зависимости от того, как сложатся в дальнейшем обстоятельства:

В собственном смысле в качестве секвестра передается на хранение вещь, передаваемая несколькими лицами солидарно для хранения и возврата на определенных условиях (Павел. D. 16. 3. 6).

Главнейший случай секвестора – передача на хранение вещи, о которой идет спор, например, - процесс о праве собственности. Стороны могут не доверять друг другу и протестовать против оставления вещи у другой стороны, пока не разрешен вопрос, кому же вещь принадлежит. В этом случае до разрешения спора вещь изымается из владения спорящих и передается какому-то нейтральному лицу, у которого она должна оставаться до конца спора (D. 16. 3. 17. pr.).

Секвестору может быть предоставлено право не только хранить имущество, но и управлять им; тогда он выступает не только в качестве поклажепринимателя, но и доверенного. Во всяком случае, поскольку секвестор держит вещь не на имя определенного поклажедателя, а на имя того, или другого из нескольких лиц, за кем эта вещь будет признана, за секвестором признают юридическое владение вещью.

Передача вещи секвестору возможна не только по договору сторон, но и по определению суда.[[6]](#footnote-6)[6]

**Наследие реальных контрактов**

Наследие Римского права в общем и реальных договоров в частности нельзя недооценить. В современном Российском законодательстве таких договоров достаточно много, что говорит о позитивном влиянии наследия Римского права. Часть вторая ГКРФ называет следующие их типы: договор дарения, не связанный с обещанием дарения (ст. 572); договор ренты (ст. 583); договор безвозмездного пользования, за исключением договора, по которому ссудодатель обязуется передать вещь ссудополучателю (ст.689); договор перевозки (ст. 785 и 786); договор займа (ст. 807); договор финансирования под уступку денежного требования, за исключением договора, по которому финансовый агент обязуется передать клиенту денежные средства в счет денежного требования клиента к третьему лицу (ст. 824); договор банковского вклада (ст. 834); договор хранения, не связанный с обязанностью профессионального хранителя принять вещь на хранение в будущем (п. 1 ст. 886); договор страхования (п. 1 ст. 957); договор доверительного управления имуществом (ст. 1012).

В современных реальных договорах термин “имущество” понимается как совокупность вещей, имущественных прав и обязанностей, в том числе и исключительных прав. Без передачи имущества реальный договор не может считаться состоявшимся и порождающим какие-либо правовые последствия. Следовательно, реальный договор связывает стороны лишь после передачи соответствующего имущества (Вместе с тем следует учитывать, что реальный договор дарения в силу своей уникальности не порождает обязательственных правоотношений и поэтому после передачи имущества, необходимой для его заключения, никак не связывает стороны).

Таким образом, для заключения реального договора необходимо наличие юридического состава, включающего в себя два конститутивных элемента: выражение сторонами согласованной воли (достижение соглашения) по существенным условиям сделки и передача имущества, по отношению к которому впоследствии должником будут совершаться действия, составляющие предмет данной сделки. Указанный состав относится к числу сложных, поскольку накопление входящих в него юридических фактов производится в строгой последовательности, а именно: сначала требуется достижение сторонами соглашения, затем — совершение действия по передаче имущества.

Терминология “передача имущества” отражает сущность реального договора как сделки, возникновение правоотношения из которой без совершения соответствующего действия оказывается невозможным. Именно на передаче имущества как действии акцентирует внимание законодатель в п. 2 ст. 433 ГК РФ, в силу чего в юридический состав, необходимый для заключения реального договора, следует включить само действие по передаче имущества. Учитывая названную специфику реальных договоров, законодатель заранее предусмотрел, что простая письменная форма реальных договоров считается соблюденной при наличии определенных доказательств, отражающих юридический факт совершения кредитором действия по передаче соответствующего имущества должнику (например, в договоре перевозки груза это транспортная накладная, в договоре займа — расписка или иной документ, удостоверяющий передачу денежной суммы или вещей, в договоре хранения — сохранная расписка, квитанция, свидетельство или иной документ, подписанный хранителем и т.п.).

В случаях же, когда должник, даже несмотря на соблюдение сторонами формы реального договора, докажет, что в действительности кредитор не совершал действия по передаче имущества, реальный договор должен признаваться несостоявшейся сделкой.[[7]](#footnote-7)[7]

**Список литературы**

Афонасин Е.В. Римское право. Практикум. Учебное пособие - Издательство Новосибирского Университета, 1999г.

Романовская В.Б., Курзенин Э.Б. Основы Римского частного права - Нижний Новгород, 2000г.

Римское частное право: Учебник / Под ред. проф. И.Б.Новицкого и проф. И.С. Перетерского. – М.: Юристъ, 1996.

Бартошек М. Римское право: понятия, термины, определения., М.: Юридическая литература - 1984 г.

Груздев В.В. Реальные договоры в российском гражданском праве // Право и Экономика № 1 (155) от 1.2001

1. [1] Афонасин Е.В. Римское право. Практикум.Учебное пособие - Издательство Новосибирского Университета, 1999г. – с. 22. [↑](#footnote-ref-1)
2. [2] Романовская В.Б., Курзенин Э.Б. Основы Римского частного права - Нижний Новгород, 2000г.- с.184. [↑](#footnote-ref-2)
3. [3] Гай - выходец из сабиньянской юридической школы, основанной Капитоном. Автор учебного руководства – Институции, написанного с большой ясностью и наиболее упорядоченное. Институции - краткие элементарные руководства пользовались популярностью. Обучение юристов в республиканском Риме выражалось в допущении молодых юристов к слушанию даваемых консультаций и к обсуждению с ними отдельных казусов. В конце республики стали вести систематическое чтение лекций. В качестве пособия к этим занятиям и появились институции. Наибольшей популярностью пользовались институции Гая (2 в. н. э.) Эту своеобразную систему можно назвать доктринальной; при отсутствии или лишь кратком рассмотрении исторического материала все сосредоточено на догматическом изложении действующего права. Институционная система излагает право и его применение не разрознено в случайном смешении казуистики, а стремиться весь материал расчленить с точки зрения общих правовых категорий, которыми являются прежде всего лица, вещи и иски. [↑](#footnote-ref-3)
4. [4] Римское частное право: Учебник / Под ред. проф. И.Б.Новицкого и проф. И.С. Перетерского. – М.: Юристъ, 1996.- с. 396. [↑](#footnote-ref-4)
5. [5] Бартошек М. Римское право: понятия, термины, определения., М.: Юридическая литература - 1984 г.- с.117. [↑](#footnote-ref-5)
6. [6] Римское частное право: Учебник / Под ред. проф. И.Б.Новицкого и проф. И.С. Перетерского. – М.: Юристъ, 1996. – с.241. [↑](#footnote-ref-6)
7. **[7] Груздев В.В.** Реальные договоры в российском гражданском праве // Право и Экономика № 1 (155) от 1.2001 [↑](#footnote-ref-7)