**СИСТЕМА ОБЯЗАТЕЛЬСТВ ПОЗДНЕЙШЕГО ПРАВА. ОБЯЗАТЕЛЬСТВА ИЗ ДОГОВОРОВ**

Несложная и строго формальная система старого цивильного права должна была, разумеется, оказаться недостаточной, когда около половины республики экономическая жизнь Рима начала под влиянием развивающегося оборота существенно изменяться. Новые экономические условия создавали такие отношения, которые при всем искусстве интерпретаторов не могли быть втиснуты в рамки mancipatio и nexum. Нужны были новые – и притом более гибкие – формы, способные дать юридическое выражение новым отношениям. И эти формы постепенно одна за другой создаются. Мы лишены в настоящее время возможности проследить точно момент возникновения каждого из этих новых обязательств; только общий ход развития, да и то лишь в самых общих чертах, может быть обозначен.

Первым весьма важным моментом в деле усовершенствования цивильного права является возникновение формы sponsio или stipulatio. К какому времени можно отнести ее появление, мы не знаем; не подлежит только сомнению, что законы XII таблиц о ней совершенно не упоминали, а с другой стороны, мы имеем уже вполне определенное доказательство ее существования в lex Aquilia, законе около 287 г. до Р. Х., причем stipulatio упоминается здесь в одном из своих сложных видов (adstipulatio); очевидно, к этому времени она уже давнее, привычное явление. Благодаря своей абстрактной и гибкой форме, stipulatio скоро после своего возникновения стала употребляться для самых разнообразных отношений. Мы знаем уже, какое широкое применение она нашла себе даже в процессе (процесс per sponsionem, sponsio в интердиктном производстве и т. д.). По своему характеру stipulatio является как бы соединительным звеном между старым цивильным слоем и новым: с одной стороны, она еще сделка формальная, как nexum, но с другой стороны, ее форма опирается уже на простое абстрактное обещание должника, что придает stipulatio совершенно новые, старому праву неизвестные черты.

Следующий, еще более важный момент представляет возникновение формулярного процесса. Как известно, установление процесса per formulas дало в руки претора очень удобное средство придать всякому отношению юридическое значение, снабдив его formula in factum concepta. Как увидим ниже, претор широко воспользовался этой возможностью, и целый ряд обязательств получил свое признание именно таким путем. Уже выше было указано, что одной из первых мер претора в этом направлении было установление иска из pactum fiduciae – actio fiduciae, благодаря чему неисковые дотоле соглашения при mancipatia получили полную обязательственную силу. Но если здесь претор только взял под свою защиту институт старого цивильного права, то скоро затем он перешел и к созданию обязательств, этому праву даже в зародыше неизвестных.

К концу республики, по-видимому, вся система новых обязательственных отношений была уже в главных основаниях выработана, и классической юриспруденции оставалось только довершить дело детальным развитием этих оснований.

В огромной работе перестройки обязательственной системы принимали деятельное участие все факторы римского правотворчества. Среди необозримой массы республиканского законодательства мы имеем немало законов, leges, иногда весьма существенных, относящихся к гражданскому праву (lex Aquilia, законы о поручительстве и т. д.). О влиянии претора и юриспруденции было только что упомянуто. Но весьма значительная роль принадлежит и самим непосредственным участникам гражданского оборота, деловым людям. Ими самими часто намечаются пути, по которым пойдет далее претор или законодательство; в их деловых отношениях вырабатывается обычное право, которое затем под видом bona fides делается прочной юридической нормой. И можно сказать, что все позднейшие negotia bonae fidei, если не исключительно, то в значительной степени явились продуктами именно этого постепенно формирующегося обычного права.

Что касается внутренней стороны совершившейся эволюции, то она может быть сведена к следующим основным чертам.

а) Ослабление формализма. Если старое цивильное право знало только сделки формальные, но новая система рядом с ними признает уже значительное количество договоров бесформальных (контракты реальные и консенсуальные). Параллельно наблюдается ослабление формализма и в другом направлении. В старом праве форма совершенно закрывала действительную волю; сделка, совершенная под влиянием заблуждения или принуждения, была, тем не менее, ненарушима: того, что сказано, нельзя было уничтожить, хотя бы и самым ярким доказательством его несоответствия внутренней, действительной воле. Новая система обязательств, чем далее, тем все более и более обращает внимание на эту внутреннюю волю, признавая в ней, а не во внешнем ее выражении, истинную созидающую силу всякой сделки. Соответственно этому претор начинает давать возможность оспаривать сделку, заключенную под влиянием существенной ошибки, обмана, принуждения (restitutio in integrum, exceptio и т. д.).

b) Выступление на первый план имущественной стороны в обязательстве. Как было указано выше, при первом своем зарождении обязательство было строго личной ответственностью должника, причем в этой ответственности (Haftung) имущественный элемент не играл определяющей роли. Когда лицо, причинившее членовредительство, подлежало талиону, когда вор, захваченный на месте преступления, или nexus, не уплативший занятой суммы, отдавались в распоряжение кредитора, то примитивное право, устанавливавшее эти нормы, не столько думало о возмещении имущественного вреда, сколько осуществляло мысль об обязательстве, как известном личном подчинении должника кредитору. Отсюда направление взыскания на личность, а не на имущество. Мы знаем уже, что lex Poetelia в значительной степени ослабила эту личную ответственность; дальнейшие реформы в области исполнительного [с.393] производства (lex Julia de cessione bonorum, преторская реальная экзекуция) окончательно освобождают должника от личной ответственности, перенося взыскание на имущество. Вместе с тем, в формулярном процессе устанавливается принцип condemnatio pecuniaria652, и в связи с этим вырабатывается представление, что истинное, реально существующее обязательство возможно только тогда, если содержание его может быть переведено на деньги, если оно имеет какую-нибудь имущественную ценность. Вследствие этого классические юристы провозглашают: "ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt"653 (fr. 9. 2. D. 40. 7). Таким образом, обязательство превращается в некоторое особое право к имуществу должника, в некоторую особую имущественную статью; имущественный элемент в обязательстве приобретает не только самостоятельное, но и доминирующее значение.

c) Принципиальное признание только известных обязательственных типов. Развитие новой обязательственной системы совершается не путем признания в виде общего принципа действительности всякого не противного закону договора; правило "pacta sunt servanda"654, провозглашенное впоследствии естественно-правовой доктриной и реализованное новейшими законодательствами, римскому праву до конца осталось чуждым. Следуя шаг за шагом за непосредственными запросами, предъявляемыми практической жизнью, римское право развивало свою систему обязательственных отношений путем последовательного признания отдельных договорных типов. Мало-помалу количество этих санкционированных законом типических отношений стало так велико, что почти все мыслимые житейские потребности ими могли быть удовлетворены. Тем не менее, для юридической силы договора необходимо было не только доказать наличность соглашения между сторонами, но и указать тот известный закону тип, под который оно подходит. Вследствие этого одним из наиболее частых вопросов, занимающих юристов при разборе того или другого случая, является вопрос о том, какой иск можно предъявить (qua actione?). На этом покоится и основное в римском праве деление договоров на contractus и pacta: contractus – [с.394] это признанные правом, типичные договоры; pacta – это соглашения, не подходящие ни под какой тип и потому юридической силы не имеющие: "nuda pactio obligationem non parit" 655 (fr. 7. 4. D. 2. 14).

Уже римские классические юристы пытались свести всю совокупность известных им обязательств в некоторую систему. Прежде всего, конечно, бросалось в глаза при этом возникновение обязательств или из договоров, или из правонарушений, и Гай действительно в своих "Институциях" (III. 88) говорит: "omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto"656. Но уже несколько более внимательный взгляд должен был обнаружить, что этим делением не все обязательства охватываются, и тот же Гай в другом своем сочинении (во 2-й книге Aureorum) к двум указанным категориям прибавляет третью – "aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris"657 (fr. 1. pr. D. 44. 7). Несколько далее (в 3-й книге) в том же сочинении Гай расчленяет эти "variae causarum figurae" на две группы – quasi ex contractu и quasi ex maleficio658 (fr. 5. D. 44. 7), и в юстиниановских "Институциях" (§ 2 In. 3. 13) мы получаем уже четырехчленное деление (quattuor species): "aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio"659.

Obligationes ex contractu, в свою очередь, разделялись на 4 группы: "Harum autem quatuor genera sunt, – говорит Гай (III. 89), – aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensus"660. Основанием для этого деления служит различие в [с.395] самом обязывающем моменте: обязательства, юридическая сила которых вытекает уже из самого соглашения (consensu), называются контрактами консенсуальными; обязательства, юридическая сила которых возникает не из простого соглашения, а из последовавшей на основании соглашения передачи вещи (res) одним контрагентом другому, называются контрактами реальными; обязательства, возникающие вследствие известной словесной формулы (verbis), называются контрактами вербальными; и, наконец, обязательства, заключаемые в определенной письменной форме (litteris), называются контрактами литеральными. – Всякие другие договоры, как сказано, суть уже не contractus, а pacta, и, как таковые, принципиально исковой силы не имеют (они могут быть только основанием для exceptio); однако некоторые из pacta с течением времени получили также иск, и потому, в противоположность обыкновенным неисковым – "голым" (pacta nuda), обозначаются выражением pacta vestita.

Система обязательств, снабженных иском, должна быть дополнена так называемыми obligationes naturales. Уже выше (в учении о юридическом положении рабов) мы встречались со случаем, когда кредитор иска не имеет, но, тем не менее, признается наличность долга (debitum), вследствие чего, если должник добровольно уплатит, потребовать назад, как недолжно уплаченное, он не может. Случаи такого неискового долга с течением времени были признаны и вне отношений к рабам, и римские юристы окрестили эту юридическую фигуру названием obligatio naturalis.

Такова римская система обязательств. Теоретически она далеко не безупречна. Свести все разнообразие обязательств, вне договоров и деликтов возникающих (variae causarum figurae), к категориям quasi-контрактов и quasi-деликтов, не говоря уже о полной искусственности этих категорий, невозможно. Но, быть может, самый характерный недостаток этой системы заключается в полном отсутствии в ней обязательств, возникающих из односторонних обещаний – например, из публичного обещания награды за что-нибудь (за нахождение потерянной вещи и т. п.). Пробел этот объясняется тем, что римское право за такими односторонними обещаниями принципиально юридической силы не признавало. Есть только два исключения из этого правила: а) votum – обет божеству и b) pollicitario – обещание в пользу городской общины; но оба случая имеют специальный характер и на отношения между частными лицами не распространяются. Естественно, что римские юристы, строя свою систему, их в расчет не принимали.

Выработанная классическим правом система обязательств остается системой и права послеклассического; она санкционирована и в "Corpus Juris Civilis". Конечно, в позднейшее время она подверглась в отдельных частях некоторым изменениям, но все эти изменения не ломают ее духа и основных принципов. В качестве наиболее существенных изменений могут быть отмечены следующие: классические литеральные контракты вышли из употребления, но вместо того усилилось юридическое значение письменных документов, выдаваемых в удостоверение обязательств вербальных и др. (так называемых cautiones). Stipulatio в значительной степени утратило свой первоначальный абстрактный характер. Были признаны кое-какие новые типы договорных соглашений (pactum donationis). Наконец, общий экономический упадок вызвал ряд мер, имеющих характер неудачной правительственной опеки над оборотом якобы в интересах "miseri debitores": таковы законы о процентах, запрещение процентов на проценты (anatocismus), ограничения при оценке убытков (non ultra duplum), закон о laesio enormis, ограничения переуступки требований (lex Anastasiana) и некоторые другие. Многие из этих послеклассических изменений являлись не улучшением, а ухудшением классической системы.

**ОБЯЗАТЕЛЬСТВА ИЗ ДОГОВОРОВ. КОНТРАКТЫ ВЕРБАЛЬНЫЕ**

Контрактами вербальными, как было уже сказано, называются договоры, обязывающая сила которых заключается в произнесении некоторой словесной формулы (verbis contrahitur). К этой группе контрактов относятся три договора: sponsio или stipulatio, jurata operarum promissio и dotis dictio. Два последних договора (клятвенное обещание вольноотпущенника патрону при освобождении и установление приданого) не имели особенного значения; напротив, stipulatio во всей системе римских обязательств занимает первое место.

Происхождение ее названия было уже неясно для самих римских юристов: "sponsio" выводится то из того, что здесь должник "sua sponte promisit", то из греческого слова – жертвенное возлияние, а потом – мир, договор; "stipulatio" – то из слова "stips" – монета, то из "stipulum" = firmum665, то из слова "stipula" = festuca = vindicta. Как бы то ни было, но уже из этой неясности названия для самих римлян можно заключить об очень древнем происхождении этого договора. Выше, однако, было уже указано, что эту древность нельзя относить к эпохе законов XII таблиц; если sponsio в это время существовала, то она еще не имела юридического характера. Но она существует уже задолго до установления формулярного процесса, и потому время ее возникновения должно быть отнесено к первой половине республики.

Заключается sponsio или stipulatio в форме устного вопроса кредитора и ответа должника, например: "Centum mihi dari spondes?" – "Spondeo"; "Domum mihi aedificare promittis?" – "Promitto" (Gai. III. 92 и сл.). При этом выражение "Spondes – spondeo" употребляется только между cives romani, и тогда договор называется sponsio; с перегринами же договор может быть заключен и в других выражениях (promittis – promitto, dabis – dabo, facies – faciam и т. д.), даже не на латинском языке, и тогда договор называется stipulatio; но в дальнейшем никакой юридической разницы между sponsio и stipulatio нет.

Каким образом появилась эта форма договора в Риме – этот вопрос и доныне остается спорным, вызывая самые разнообразные гипотезы. Савиньи высказал предположение, что stipulatio выросла из nexum путем ослабления ритуала и усиления словесного элемента; но это предположение не встретило сочувствия: nexum и stipulatio некоторое время существовали рядом. М. Фогт считает stipulatio заимствованием из обычаев латинян, а Гиртоннер пытается объяснить sponsio аналогией с rogatio закона перед народным собранием (тоже – вопрос и ответ). Наибольшим распространением, однако, пользуется гипотеза сакрального происхождения (высказанная впервые Гушке, но затем подробнее обоснованная Данцем): sponsio первоначально была клятвой, посредством которой обещавший что-либо подтверждал свое обещание; тогда sponsio пользовалась только сакральной охраной. Мало-помалу, однако, с постепенным падением сакрального авторитета, центр тяжести все более и более переносился на словесный элемент клятвы, а самая клятва опускалась. Вместе с тем светское право взяло sponsio под свою защиту. В новейшее время вопрос о происхождении stipulatio снова оживился благодаря тому же Миттейсу, который поднял заново и вопрос о nexum. По мнению Миттейса, sponsio выросла из поручительства, из института vades. Vadimonium устанавливалось также в форме вопроса и ответа, причем именно поручитель назывался в более раннее время sponsor; позже было позволено самому должнику быть, так сказать, своим собственным поручителем, и тогда-то возникла та sponsio, которую мы затем встречаем.

Несмотря на все остроумие этой последней гипотезы, едва ли, однако, с ней можно согласиться: как именно устанавливалось в древности vadimonium, на этот счет мы несомненных данных не имеем, да и самая связь sponsio c vadimonium, как со своим исключительным источником, не доказана. С другой стороны, обычай подкреплять обещания клятвой в старину несомненен, причем, по свидетельству древних, эти клятвенные обещания назывались именно sponsio (см.: Festus v. spondere). При таких условиях самым естественным предположением кажется возникновение sponsio из этих древних клятвенных обещаний (Жирар, Гувелин и др.).

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 juris gentium в виде stipulatio. Быть может, даже форма, аналогичная этой последней, и самостоятельно возникла в перегринском обороте (приблизительно таким же путем), и в этом часть истины, заключающаяся в учении М. Фогта.

На основании stipulatio возникает обязательство строго односторонее: кредитор – только кредитор и должник – только должник. В этом сходство stipulatio с обязательствами старого цивильного права (nexum, обязательство из legatum). Далее, это обязательство stricti juris: кредитор может требовать только того, что было обещано, без всяких дополнений; он не может требовать ни возмещения убытков, происшедших от неисполнения, ни процентов. С другой стороны, обязательство из stipulatio есть обязательство абстрактное: оно возникает только вследствие того, что на вопрос кредитора должник ответил "spondeo"; почему он дал такой ответ – это для stipulatio безразлично, и ссылаться на те или другие отношения, приведшие к stipulatio, – на так называемая causa, – ни кредитор, ни должник не вправе.

Если некоторые черты роднят stipulatio с обязательствами старого права, то принадлежность к новому слою обнаруживается главным образом в том, что она не имеет уже непосредственной исполнительной силы. В случае неисполнения кредитор не может прямо приступить к manus injectio, а должен предварительно предъявить иск и получить в свою пользу приговор. Таким иском, вероятно, в самое раннее время была legis actio sacramento in personam, но затем эта форма была заменена legis actio per condictionem, причем, по свидетельству Гая, это было сделано двумя законами: lex Silia – для того случая, когда предметом обещания была определенная денежная сумма (de certa pecunia; вероятно, это был вообще древнейший случай sponsio), и lex Calpurnia - для исков de alia certa re, о всякой другой определенной вещи ("Servum Stichum dare spondes? – Spondeo"). По-видимому, позже всего нашла себе признание sponsio на действия с неопределенною заранее ценностью ("domum aedificare" и т. п.). С переходом к формулярному процессу иск из stipulatio осуществляется в виде формулы stricti juris, причем этот иск носит название condictio certae pecuniae, если дело идет об определенной денежной сумме, condictio triticiaria, если дело идет de alia certa re670 (triticiaria от слова triticum, хлеб – наиболее частый объект stipulatio с определенной вещью: "Centum modios tritici dare spondes? – Spondeo"671), или, наконец, actio ex stipulatu, если предметом stipulatio было какое-либо иное действие.

Благодаря чрезвычайной простоте и гибкости своей формы, stipulatio скоро приобрела широкое распространение: 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 достаточно было только доказать факт stipulatio. Понятно поэтому, что stipulatio сохранила свое первое место в контрактной системе даже после того, как получили признание все другие контракты – консенсуальные, реальные и т. д.: во многих отношениях она представляла для деловых людей незаменимые удобства (вроде современного векселя). Часто ради этих удобств (доказывания, строгости иска и т. д.) стороны и другие обязательства (например, долг из купли-продажи) превращали в обязательство стипуляционное (novatio), – совершенно так же, как в наше время облекают в форму векселя. И можно даже определить stipulatio в этом отношении как устный вексель.

Но применяясь в течение долгого времени, stipulatio, конечно, не осталась без некоторых, и притом довольно существенных, изменений. Важнейшие из них состоят в следующем.

а) Прежде всего, с течением времени наблюдается ослабление требований, предъявляемых к устной форме stipulatio. Обычные в прежнее время выражения: "spondes-spondeo", "promittis-promitto" и т. д. с их непременным соответствием друг другу перестают рассматриваться как юридическая необходимость. Ульпиан уже признает действительной stipulatio, при которой на вопрос "dabis?" должник ответит "quidni" – то есть, "почему бы нет?" (fr. 1. 2. D. 45. 1). Он отрицает только возможность ответа кивком головы. Император Лев в указе 472 г. санкционирует в качестве stipulationes всякие вербальные соглашения, в каких бы выражениях они ни совершались (с. 10. С. 8. 37: "quibuscumque verbis"). Все это, конечно, облегчает заключение stipulatio, но, с другой стороны, затушевывает границу, отделяющую ее от контрактов консенсуальных и даже от pacta nuda.

К этому привходит обстоятельство другого рода. Уже очень рано для того, чтобы еще больше облегчить доказывание stipulatio, стали после ее устного совершения составлять письменный документ – так называемый cautio – о происшедшем, например: "Titius scripsi me accepisse a Publio Maevio quindecim mitua, et haec quindecim proba recte dari calendis futuris stipulatus est P. Maevius, spopondi ego L. Titius". Такой письменный документ самостоятельной обязывающей силы не имел; должник мог свободно доказывать, что устной stipulatio все-таки не было и потому он не обязан. С течением времени, однако, возникает уже предположение в пользу истинности документа ("quod si scriptum fuerit instrumento promisisse aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione praecedente responsum sit" – Pauli sent. 5. 7. 2.), причем постепенно это предположение приобретает все более и более неоспоримую силу: доказывать при наличности письменного документа несовершение устной stipulatio дозволяется только одним путем – именно установлением того факта, что в этот день кредтор и должник не были в одном городе (с. 14. 2. С. 8. 37). Вследствие этого практический интерес переносится именно на эту письменную cautio, а устная stipulatio часто вовсе не совершается, и в таких случаях stipulatio как бы приобретает характер контракта литерального. Но принудительную силу доказательства нельзя смешивать с существом; несмотря на затемнение границы и с этой стороны, stipulatio в основе своей остается и в праве Юстиниана контрактом вербальным: она будет действительна и без всякого письменного документа.

b) Не менее существенно и другое изменение – именно, ослабление абстрактного характера stipulatio. Как было указано, stipulatio порождала строгое обязательство, зависящее только от того, что verba были произнесены; внутренняя causa обещания значения не имела. Ввиду этого, если должник произнес свое "spondeo", потому что рассчитывал получить от стипулянта деньги взаймы, но стипулянт их не дал и promissio оказалась таким образом данной впустую, – то должник, несмотря на это, все же считался обязанным и по иску из стипуляции должен был платить (Gai. IV. 116: "si stipulatus sim a te pecuniam tamquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim; nam eam pecuniam a te peti posse certum est, dare enim te oportet, cum ex stipulatu teneris"). Он мог только, уплатив, потребовать уплаченное обратно посредством condictio sine causa, но это был уже другой процесс: сейчас он должен был платить, так как никакое возражение ex causa не принималось.

С течением времени, однако, это было признано несправедливым, и претор стал давать должнику против иска из stipulatio exceptio doli (Gai. IV. 116a: "sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere"). Но при этом должник, предъявляющий эту exceptio, должен был доказать отсутствие causa (то есть неполучение денег от кредитора), так как предположение все же было против него. В период империи (со времен Каракаллы) положение еще более меняется: в случае предъявления exceptio уже не ответчик, а истец несет onus probandi; уже он должен доказывать наличность causa, то есть что деньги были им действительно переданы (с. 3. С. 4. 30: "exceptione opposita seu doli seu non numeratae pecuniae compelletur petitor probare pecuniam tibi numeratam: quo non impleto absolutio sequetur"). Кроме возражения – exceptio doli или, как она еще иначе называется, exceptio non numeratae pecuniae, – должник может требовать признания stipulatio недействительной и путем иска – так наз. querela non numeratae pecuniae. Так как в послеклассическую эпоху stipulatio обыкновенно сопровождается составлением письменного документа, то эта querela по преимуществу имеет характер иска о признании документа недействительным в силу его безденежности. Как exceptio, так и querela уже простым своим предъявлением вынуждают обладателя этого документа, кредитора, доказывать наличность causa иными средствами. Указанный выше рост значения письменных документов привел затем к тому, что право предъявления querela non numeratae pecuniae было ограничено кратким сроком, при Юстиниане – двухгодичным.

Возможность противопоставить иску из stipulatio возражение ex causa и тем заставит истца доказывать эту causa иными средствами, разумеется, в корень подорвала значение stipulatio как сделки абстрактной и тем лишила ее значительных преимуществ в обороте.

Таким образом, ясная и чистая юридическая фигура классической stipulatio в праве абсолютной монархии во многих отношениях затуманивается и обесценивается.

Сложные формы stipulatio. Уже чуть не с момента своего первого появления stipulatio стала употребляться не только в тех случаях, когда договор должен связать двух лиц – одного кредитора с одним должником, но и в более сложных отношениях, когда на той или другой стороне выступают несколько участников требования или долга. Такое соучастие в обязательстве может иметь различное значение и вылиться в различные формы.

1. Соучастие корреальное. Могут быть случаи, когда по тем или иным соображениям несколько лиц желают выступить в качестве сокредиторов, однако, так, чтобы каждый из них имел все права самостоятельного кредитора – мог получать платеж, предъявлять иск и т. д., – и чтобы платеж одному погашал требование всех, предъявление иска одним лишало иска других. Например, два брата ведут нераздельное хозяйство; я обращаюсь к ним с просьбой дать мне взаймы; они согласны, но предвидят, что ко времени наступления срока платежа кому-нибудь из них придется по делам уехать, но кому именно – еще не знают; ввиду этого они желали бы выступить в качестве сокредиторов в описанном смысле. Равным образом, возможно подобное же желание и со стороны нескольких должников: в нашем примере братья просят у меня взаймы, и я согласен, но лишь с тем условием, чтобы я мог взыскивать долг с любого из них.

В случаях подобного рода стали прибегать к следующему способу заключения stipulatio. Если желают несколько лиц выступить в качестве сокредиторов, то все они поочередно один за другим произносят вопрос: "Centum mihi dare spondes?", "Eosdem centum mihi dare spondes?", причем должник отвечает им всем сразу "Utrique vestrum dare spondeo". Если, напротив, несколько лиц выступают на стороне должника, то кредитор предлагает каждому из них, но без перерыва, один из тот-же вопрос: "Maevi, quinque aureos dare spondes?", "Sei, eosdem quinque aureos dare spondes?", и тогда оба они отвечают: "Spondeo", "Spondeo" (pr. In. 3. 16). По терминологии источников, в первом случае мы будем иметь двух correi (conreus) stipulandi или correi credendi, во втором – correi promittendi или correi debendi. Отсюда и название такого обязательства корреальным; оно будет активно-корреальным в первом случае и пассивно-корреальным во втором.

В результате такой stipulatio явится обязательство с несколькими соучастниками, но с одним предметом: если будет уплачено одному (кредитору) или одним (из должников), все обязательство погашается; равным образом, погашает (консумирует) все обязательство и иск (litiscontestatio), предъявленный одним кредитором или против одного из должников.

Stipulatio была первым способом для установления такого соучастия. Но затем оно было признано и в целом ряде других случаев: оно могло быть установлено и в контрактах иного рода (консенсуальных и т.д.), оно возникало в случаях совместного деликта (несколько воров), оно устанавливалось иногда самим законом (например, несколько соопекунов). Но во многих из только что указанных случаев обязательство всех, погашаясь платежом, не погашалось простым предъявлением иска против одного (litiscontestatio консумирующего значения не имела). Ввиду этого от корреальности с консумирующим действием иска стали отличать обязательства без этого действия под именем обязательств солидарных (все отвечают in solidum - на все).

2. Соучастие акцессорное. В случаях только что рассмотренных мы имели такой вид соучастия, когда все сокредиторы или все содолжники занимали равное друг с другом положение. Но возможны и такие отношения, при которых одно лицо желает выступить в обязательстве в качестве главного, присоединив другое лишь в качестве дополнительного, подсобного соучастника. В таких случаях право или обязанность этого другого будет только accessorium (дополнением) к праву или обязанности первого. Отношения этого рода также нашли себе первое юридическое выражение в форме stipulatio.

а) Adstipulatio. Если указанное отношение мы имеем на стороне кредитора, то оно выливается в форму adstipulatio: сначала предлагает вопрос и получает ответ главный кредитор (stipulator), потом предлагает тот же вопрос кредитор добавочный – adstipulator – и получает второй ответ от должника ("Centum mihi dare spondes? – Spondeo"; "Eosdem centum mihi dare spondes? – Spondeo"). На основании этого второго ответа adstipulator является для должника таким же кредитором, как и stipulator: он может получать платеж, предъявлять иск и даже прощать долг. Но он присоединен только в интересах кредитора и потому полученное или взысканное он должен передать этому последнему (Gai. III. 110 и сл.).

Главной причиной, вызвавшей появление adstipulatio в истории, была недопустимость в легисакционном процессе представительства; если кредитор предвидел, что ко времени взыскания он лично не будет в состоянии предъявить иск, он должен был заранее приготовить себе заместителя, сделав его вторым, добавочным кредитором. Ввиду того, что тогда договор поручения (mandatum) еще не имел исковой силы, lex Aquilia во второй своей главе устанавливала ответственность добавочного кредитора (adstipulator), злоупотребившего своим положением в ущерб кредитору (Gai. III. 215); здесь-то мы и имеем первое упоминание о stipulatio. С допущением процессуального представительства эта функция adstipulatio отпала, и в эпоху Гая она употребляется главным образом только для случаев обещания post mortem creditoris, что невозможно было для стипуляции простой (Gai. III. 117).

b) Adpromissio. Гораздо чаще встречается присоединение добавочного должника – adpromissio. Главною целью такого присоединения является поручительство: за долг главного должника берет на себя ответственность другое лицо – поручитель.

Поручительство имеет в римском праве длинную и сложную историю. Мы уже упоминали о praedes и vades старого права; мы говорили о том, что в древнейшее время поручитель являлся как бы заложником: в случае неисполнения ответственность обрушивалась сразу на него и исключительно на него; тот, за кого поручитель выступил, от ответственности был свободен. Но, как сказано, институт praedes и vades нам мало известен.

Когда с несколько большим развитием деловых отношений почувствовалась и более настоятельная потребность в поручительстве, на первых порах эту потребность удовлетворяли в форме стипуляции корреальной: поручитель являлся таким же должником, как и тот, за кого он ручался, и лишь обычай требовал, чтобы кредитор при взыскании обращался сначала к главному должнику. Но затем внутренняя акцессорность поручительства начинает находить себе и внешнее выражение, причем возникают две старейшие формы поручительства – sponsio и fidepromissio. Различие между этими формами состоит только в словах, при помощи которых они заключались; юридическое же значение обеих совершенно одинаково. После вопроса главному должнику и его ответа кредитор обращался с вопросом к поручителю: "Idem spondes?" или "Idem fide tua promittis?" и получал от него соответствующий ответ: "Idem spondeo" (sponsio) или "Idem fide mea promitto" (fidepromissio).

Обе эти формы могли иметь место лишь тогда, если главное обязательство было также заключено в виде stipulatio, и лишь непосредственно после этой главной stipulatio; они представляли adpromissio в полном значении этого слова. Юридические последствия такого поручительства носят на себе следы старинного воззрения на обязательство, как на некоторую чисто личную связь: обязанность поручителя погашается с его смертью и на наследников не переходит (черты заложничества).

В связи с долговым правом вообще и вопрос о поручительстве немало занимал республиканское законодательство; мы имеем сведения о нескольких законах (неизвестной, впрочем, даты), которые пытались точнее регулировать отношения из поручительства (Gai. III. 121 и сл.). Так, lex Apuleia установила между несколькими сопоручителями нечто вроде товарищества – "quandam societatem" – по отношению к ответственности за долг: если один из них уплатит, другие должны возместить ему в соответственных долях. Lex Furia пошла далее и предоставила сопоручителям право требовать от кредитора раздела взыскания между всеми живыми и состоятельными сопоручителями. Сверх того, тот же закон установил погашение ответственности поручителя двухлетней давностью. Lex Cicereia предписала необходимость praedictio, то есть обязала должника при установлении нескольких поручительств объявлять заранее, сколько поручителей и кто они. Наконец, lex Publilia установила для поручителя, уплатившего долг, особый строгий иск против главного должника – actio depensi - о возмещении уплаченного, причем этот иск осуществлялся в форме manus injectio, и притом в ее старом и наиболее строгом виде – manus injectio pro judicato, то есть с необходимостью для защиты в выступлении vindex’a.

Однако, spondio и fidepromissio имели то существенное неудобство, что они могли обеспечивать только обязательства стипуляционные и притом должны были быть заключены тотчас же после них. Неудобно было и погашение поручительства смертью. Ввиду этого с течением времени появляется новая форма – fidejussio, свободная от этих неудобств и потому впоследствии вытеснившая старые sponsio и fidepromissio. Fidejussio представляет собою формально самостоятельную stipulatio; лишь материально она подкрепляет другое обязательство и уже безразлично какое – стипуляционное, консенсуальное и т. д. Кредитор, указав в своем вопросе то обязательство, которое обеспечивается (например, "quod mihi Titius ex empto debet"685), спрашивал поручителя: "Id fide tua esse jubes?"686, на что поручитель отвечал: "Id fide mea jubeo"687 (Gai. III. 115-117).

К fidejussio все упомянутые законы республиканской эпохи не относились, и потому развитие норм о поручительстве должно было повториться по отношению к ней заново, но, разумеется, в исправленном виде.

В течение всего классического и послеклассического периода общим правилом остается то, что кредитор при неисполнении может предъявить иск по своему усмотрению либо против главного должника, либо против поручителя. Юстиниан указом 535 г. (Nov. 1) облегчил положение последнего тем, что дал ему так называемое beneficium excussionis sive ordinis: поручитель мог требовать, чтобы кредитор сначала обратил взыскание на главного должника.

Если поручитель уплатил долг, он имеет регресс против главного должника, с каковою целью он может потребовать от кредитора при самом платеже переуступки его иска – так называемое beneficium cedendarum actionum. Старая actio depensi отпала.

Наконец, если есть несколько сопоручителей, то первоначально все они отвечали на выбор и in solidum; император Адриан предоставил, однако, и для fidejussores так называемое beneficium divisionis: тот, против кого предъявляется иск, может требовать, чтобы кредитор разделил взыскание между всеми, кто не отсутствует и не является несостоятельным (fr. 26. D. 46. 1).

Несмотря на то, что в классическом праве возникли и другие формы поручительства (так называемые mandatum qualificatum и constitutum debiti alieni), fidejussio все же оставалась до конца формой основной.

**КОНТРАКТЫ ЛИТТЕРАЛЬНЫЕ**

Юридическая природа литеральных контрактов заключается в том, что обязательство возникает при них не из простого соглашения сторон, а из письменной формы, в которую оно должно быть облечено.

Римское право периода республики и классических юристов знает такое литеральное обязательство в виде книжного долга. Первоначальное возникновение этой формы неясно. Некоторые ставят ее в связь с nexum (запись займов, заключенных посредством nexum, в книгах – Жирар), другие усматривают его зародыш еще в книгах понтификов, которые в древности играли до некоторой степени роль нотариусов (Безелер). Во всяком случае, эта форма является одной из ранних: ко времени Цицерона она уже старое, обычное явление.

Общая сущность этой формы состоит в следующем (Gai. III. 128--134). У римлян вообще был обычай тщательно вести свои хозяйственные книги: изо дня в день записывались приход и расход, все издержки и поступления. Эти обыкновенные записи (так называемые nomina arcaria) могли быть иногда доказательством уже существующего обязательства (иным образом возникшего), но не могли служить способом возникновения нового. Иное значение приобрели эти записи в отношениях между банкирами-профессионалами (argentarii). Наиболее частыми и типичными сделками банкирского оборота были две следующие:

а) Transscriptio a re in personam. Предположим, что между двумя лицами существуют постоянные деловые отношения. А поставляет В какие-нибудь товары и получает от него в разные сроки известные суммы. Все эти поставки и платежи записываются в приходо-расходных книгах – codices accepti et expensi – обоих участников: в книге А на странице расходов (pagina expensi) будет помечено: "тогда-то такому-то дано товаров на такую-то сумму" и т. д. (expensilatio), а на странице приходов (pagina accepti) будут помечены все получения: "тогда-то от такого-то получено столько-то" (acceptilatio). Те же статьи будут отмечены и в книге В, – но, разумеется, в обратном значении: то, что у А отмечено как полученное, у В будет помечено как издержанное. Периодически, по истечении известных сроков (год, месяц), обе стороны подводят итоги их взаимных деловых отношений, и, положим, итог оказывается остатком в пользу А на 100 (saldo на современном коммерческом языке). Тогда все прежние отделения сделки ликвидируются соответствующими пометками в книгах, а взамен их А записывает у себя на странице expensi: "дано В 100", одновременно В записывает у себя: "получено от А 100". В результате такой операции получится обязательство В уплатить [с.410] А 100; обязательство это материальными корнями своими связано со всей совокупностью прежних сделок, но формально оно от них оторвано. Все прежние отношения ликвидированы, и то, что есть теперь, является уже обязательством новым; в этом смысле мы имеем здесь действительную "переписку с отдельных res просто на личность" – transscriptio a re in personam. Новое обязательство будет уже обязательством абстрактным, и никакие возражения из прежних causae, прежних res допущены не будут. Обязанность В уплатить 100 формально вытекает теперь из записи в книгах (litterae) и потому является обязательством литеральным.

b) Transscriptio a persona in personam. Другой случай, где мы будем иметь тот же результат, состоит в следующем. А должен 100 В; В, в свою очередь, должен 100 С; по взаимному соглашению все эти лица производят соответствующие отметки в своих книгах с тем, чтобы погасить посредствующие обязательства и поставить в прямую связь А с С: А запишет у себя в графе acceptum: "получено от С 100", а С – в графе expensum: "дано А 100". Должником С будет теперь вместо В новое лицо А, и потому случай этот будет действительно transscriptio a persona in personam690. Обязательство между А и С, как и в предыдущем случае, вытекает по существу из ряда прежних отношений, но юридически оно – новое обязательство, оторванное от прежних и черпающее свою силу исключительно из записи в книгах, из litterae.

Вероятно, описанными transscriptiones книжные операции не ограничивались; возможно, было, по-видимому, и прямое установление обязательства путем занесения соответствующих записей: А, желая подарить В или оказать ему кредит, заносил в свою книгу: "получено от В 100", а В записывал: "дано А 100". Хотя в действительности никакой numeratio pecuniae не было, тем не менее обязательство существует и может быть осуществлено судом. Вероятно, далее, что в отношениях между argentarii их книги выполняли и некоторые другие функции). Вероятно, наконец, и то, что, зародившись в профессиональном обороте банкиров, литеральный контракт стал затем институтом права общегражданского. Но вообще многое в этих литеральных контрактах классического времени остается неясным, так как они сравнительно рано – уже в период империи – выходят из употребления.

В то время как в обороте между cives romani употреблялись указанные книжные операции, в обороте между перегринами (греческих или эллинизрованных провинций) весьма распространены были письменные обязательства иного рода – syngraphae и chirographa (Gai. III. 134). Chirographum – это документ, написанный от лица должника и свидетельствующий о его долге; syngrapha, напротив, документ, говорящий об обязательстве от имени обеих сторон и скрепленный подписями и печатями как кредитора, так и должника. Но вопрос о юридической природе этих документов весьма спорен. Гай в цитированном месте как будто признает их не простыми средствами доказательства, а подлинными литеральными контрактами перегринского права ("Praeterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis"). С другой стороны, в одном месте Псевдо-Аскония (In. Verr. 2. 1. 36) проводится между обоими видами документов различие: в то время как chirographa характеризуются в смысле документов, свидетельствующих о существующем, реальном долге, о syngraphae, напротив, говорится, что в них "etiam contra fidem veritatis pactio venit… more institutoque Graecorum". Ввиду неясности источников одни из современных исследователей (Гнейст, Савиньи и др.) вовсе отрицают за этими документами самостоятельную обязывающую силу, другие (Миттейс, Коста и т. д.), напротив, таковую за ними признают.

Как бы то ни было, но распространение на всю империю права римского гражданства при Каракалле лишило этот институт перегринского права юридической силы. Однако, он не исчез вовсе, а возродился в послеклассическом римском праве в виде тех письменных cautiones, с которыми мы познакомились при stipulatio. Старая греческая привычка к письменным документам и доверие к ним легко приспособились к stipulatio: стоило только при совершении документа проделать нетрудную формальность устного вопроса и ответа. Установившаяся впоследствии praesumptio stipulationis и ограничение возможности оспаривать cautio, о чем было сказано выше, создали в конце концов практически для этих cautiones почти такую же юридическую силу, какую имели (если вообще имели) старые syngraphae. Mos Graecorum нашел себе место и в jus Romanorum.

Ввиду именно этого практического значения cautiones, когда оспаривание их посредством querela non numeratae pecuniae уже невозможно, Юстиниан в своих "Институциях" (In. 3. 21) говорит: "sic fit, ut et hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur". С юридической точки зрения, однако, это неточно: обязательственная сила cautio лежит не в scriptura, а в неоспоримом более предположении устной stipulatio, в фиктивном вербальном акте.

**КОНТРАКТЫ РЕАЛЬНЫЕ**

Если stipulatio и литеральные контракты суть договоры формальные, то все остальные контракты не связаны с какой-либо определенной формой, все они – договоры неформальные. Но между ними есть то различие, что одни из них для своей действительности не требуют ничего, кроме простого соглашения (nudus consensus) между сторонами (контракты консенсуальные), меж тем как другие получают юридическую силу только с того момента, когда на основании соглашения одна сторона передала другой ту вещь, которая была предметом договора. До этого момента соглашение само по себе значения не имеет. Так, например, договор о том, что я вам дам завтра известную сумму взаймы или возьму у вас какую-нибудь вашу вещь на сохранение, еще не создает никаких обязанностей ни для меня, ни для вас; если я завтра вопреки обещанию откажу вам, я никакой ответственности пред вами не подлежу. С точки зрения римского права, это будет простое pactum de contrahendo, соглашение о будущем заключении договора, которое, как простое pactum, иска не рождает. Поэтому в таких случаях, если стороны желали придать своему соглашению обязательную силу, они должны были облечь его в форму stipulatio. Без этого обязательство возникает только тогда, когда деньги взаймы будут даны, вещь передана на сохранение и т. д. Контракты этого рода и называются реальными ("re contrahitur obligatio"6). Позднейшее римское право знает четыре типа этих контрактов – mutuum, commodatum, depositum и pignus; но сюда] надо присоединить, с одной стороны, исчезнувшую впоследствии fiducia, а с другой стороны, так называемые безымянные реальные контракты – так сказать, contractus innominati, представляющие уже образование в окончательном виде послеклассическое.

Древнейшим видом реального контракта является mutuum, бесформальный заем. Юридическая сущность mutuum состоит в том, что одна сторона (кредитор) дает другой (должнику) известное количество денег или других заменимых вещей (столько-то четвертей ржи, столько-то фунтов масла и т.д.) в собственность с тем, чтобы в назначенный срок (или по востребованию) кредитору было возвращено такое же количество таких же самых вещей (tantundem ejusdem generis – fr. 1. 2. D. 44. 7). Таким образом, объектом займа могут быть только вещи заменимые, то есть такие, которые фигурируют в обороте мерою, весом, счетом – quae numero pondere mensura consistunt, quae in genere functionem suam recipiunt.

Как мы знаем, в старом цивильном праве заем (денежный) осуществлялся в форме nexum. Но эта форма отталкивала своею строгостью и не годилась для обычных житейских отношений – займа небольшой суммы денег, какого-нибудь количества продуктов и т.д. Такие неформальные, так сказать, соседские, займы, несомненно, все-таки всегда заключались, хотя, конечно, в древности исковой силы не имели. С возникновением stipulatio их стали часто облекать в эту форму; но все же оставалось в жизни немало случаев, когда и этой формальности не соблюдали.

Хотя такой бесформальный заем, mutuum, как договор не имел никакой силы, тем не менее все-таки в результате его оказывалось, что одно лицо имеет в своем имуществе некоторую ценность, полученную из имущества другого. Оставить эту ценность ему в ущерб этому другому не было никаких оснований, и вот римское право уже очень рано начинает давать кредитору цивильный иск о возвращении этого недолжного обогащения. Если можно сомневаться в применении к займам этого рода legis actio per sacramentum, то во всяком случае установленные законами Silia и Calpurnia condictiones (de certa credita pecunia и de alia certa re) охватывали и их. Кредитор, давший взаймы, был, таким образом, теперь защищен, но защита эта вытекала не из признания договора займа, а из простого факта перехода ценности (res) из его рук в другие. Так определилась будущая природа mutuum, как контракта реального.

С течением времени договорная природа mutuum выступает значительно вперед, но многие следы первоначального воззрения сохраняются и в праве позднейшем. Иски из mutuum те же, что и раньше: condictio certae pecuniae и condictio triticaria. Обязательство из mutuum до конца остается обязательством stricti juris и обязательством строго односторонним: каких-либо встречных претензий (например, заимодавец дал хлеб плохого качества и тем причинил должнику убытки) должник при нем предъявлять не может. С другой стороны, и кредитор может требовать только того, что было дано, без всяких дополнительных претензий: убытков, происшедших от несвоевременной уплаты, процентов и т. д.

Но, сохраняя эти черты своего происхождения, mutuum в учениях классических юристов принимает уже вполне определенный характер отношения договорного и значительно отделяется от исков из неосновательного обогащения вообще. Недостаточно для возникновения заемного обязательства простого перехода денег, говорит Павел (fr. 3. 1. 44. 7); необходимо намерение обеих сторон установить именно заем. Поэтому, например, если должник не обладал дееспособностью (например, по несовершеннолетию), необходимой для заключения договора, займа не будет: кредитор вправе будет требовать только выдачи обогащения – то есть только того, что еще в имуществе (малолетнего) должника сохранилось (например, из данных 100 только 40, если остальные 60 малолетний должник растратил).

В период империи и по отношению к mutuum распространился обычай письменных документов: для лучшего доказательства факта займа составлялась письменная cautio. Но затем и здесь значение этого письменного документа возрастало и вообще имело ту же историю, какую мы видели по поводу stipulatio: с ограничением возможности querela non numeratae pecuniae известным сроком и здесь scriptura могла оказаться заменой numeratio.

Независимо от этого, законодательство периода империи интересовалось займом специально в следующих двух направлениях.

а) В конце республики – начале империи всесторонняя общественная деморализация выразилась, между прочим, и в том, что так называемая "золотая молодежь" того времени, сыновья зажиточных родителей, часто прибегали к займам у различных замаскированных ростовщиков с тем, что уплата будет произведена после смерти paterfamilias и получения наследства. Условия займа были при этом, конечно, самые тяжелые. Зло это приобрело такое распространение, что уже императором Клавдием был издан какой-то закон, который, по свидетельству Тацита (Ann., 11, 13), "saevitiam creditorum coercuit, ne in mortem parentum pecunias filiis familiarum foenori darent"697. Но этот закон не устранил зла, и при Веспасиане произошло событие, которое глубоко взволновало общественное мнение: один из таких задолжавшихся in mortem parentum сыновей, теснимый кредиторами, убил своего отца. Под впечатлением этого убийства состоялось сенатское постановление, получившее впоследствии от имени убийцы – Macedo – название senatusconsultum Macedonianum. Это сенатское постановление гласит, что заем подвластному сыну (без согласия отца) никогда, даже после смерти paterfamilias, не может дать кредитору иска (текст в fr. 1 pr. D. 14. 6; он носит следы сенатского раздражения: "ut scirent, qui pessimo exemplo foenerarent, nullius posse filii familias bonum nomen exspectata patris morte fieri"698). Однако добровольная уплата сыном рассматривается, как уплата долга, и, таким образом, senatusconsultum Macedonianum оставляет обязательство сына в виде obligatio naturalis.

b) Другой вопрос, который занимал законодательство, – это вопрос о процентах, причем этот вопрос имеет значение для всех видов займа, в какую бы форму он ни был облечен (mutuum, stipulatio, литеральный контракт). При mutuum, ввиду указанного выше правила о том, что кредитор может требовать только того, что было дано, соглашение о процентах должно было выразиться в отдельной stipulatio usurarum.

Как известно, вопрос о предельной норме процентов идет еще от законов XII таблиц, которые устанавливали maximum в 8 1/3% годовых и карали ростовщиков, foeneratores, штрафом in quadruplum. В 347 г. до Р. Х. неизвестный закон понизил этот maximum вдвое, а через пять лет lex Genucia запретил взимание процентов вовсе. Но этот закон скоро вышел из употребления, и в эпоху Цицерона законной предельной нормой является 12% (usurae centesimae). Эта норма и оставалась в течение всего классического периода, хотя она была значительно выше обычного договорного уровня. Юстиниан законом 528 г. (с. 26. С. 4. 32) понизил эту норму до 6%, однако, с известными отступлениями: так, для сопряженного с особым риском заморского займа (foenus nauticum), для которого раньше предельной нормы не существовало, Юстиниан установил 12%; торговцы между собой могут брать до 8%; напротив, personae illustres – не более 4%. – Взимание процентов свыше предельной нормы не влечет, однако, никакого штрафа для кредитора; предписывается только излишне полученное зачитывать в погашение капитала. Сверх того, даже дозволенные проценты, когда общая сумма их достигает размеров капитала, перестают далее течь (non ultra alterum tantum699). Наконец, Юстиниан запретил взимание процентов на проценты (так называемый anatocismus) – даже тогда, если кредитор готов был оставить их должнику в виде нового займа.

Все это законодательство Юстиниана о процентах, вызванное, без сомнения, самыми лучшими побуждениями, свидетельствовало, однако, о плохом понимании природы экономических явлений. Разумеется, в чрезмерно высоких процентах выражается иной раз и подлинное жадное ростовщичество, но гораздо чаще тут примешивается элемент экономического риска. Законы о процентах, особенно в таком виде, в каком мы их видим при Юстиниане, совершенно не считаются с этим и, в конце концов, быть может, не улучшают, а ухудшают положение тех же miseri debitores, в интересах которых они изданы. Ростовщичество, как показывает его история везде, выливается тогда в разные скрытые формы, а риск быть изобличенным перекладывается на тех же должников в виде такой или иной усиленной премии.

Значительно позже mutuum получили юридическое признание три других реальных контракта – commodatum, depositum и pignus, причем их исторической предшественницей явилась уже известная нам fiducia, которая сыграла для них и подготовительную роль.

Как известно, уже в старом цивильном праве потребность отдачи вещи во временное пользование, на сохранение и в залог удовлетворялась посредством mancipatio или in jure cessio этой вещи с присоединением pactum fiduciae. Мы знаем также, что это pactum fiduciae, в древности совершенно неисковое, было снабжено затем иском – сначала преторским, а затем и цивильным – actio fiduciae. Этим иском мог воспользоваться не только передавший вещь для получения ее назад – actio fiduciae directa, но и то лицо, которому вещь была передана, если для него возникли какие-либо убытки: например, ему был манципирован с целью сохранения раб, страдающий заразною болезнью, которою он заразил затем собственных рабов получателя; в таком случае последний имеет actio fiduciae contraria. Получив (уже ко времени К. Муция Сцеволы) эти иски, fiducia превратилась в настоящий реальный контракт, с тем, однако, различием, что соглашение о ней (pactum fiduciae) составляло лишь элемент формальных сделок mancipatio или in jure cessio и, следовательно, само являлось формальным. Ввиду этого fiducia должна быть характеризована, как договор формально-реальный.

Хотя fiducia в изложенном виде продолжала существовать в течение всего классического периода, тем не менее, она имела большие неудобства: во-первых, то, что она требовала соблюдения формальностей mancipatio или in jure cessio, а во-вторых, то, что она была сопряжена с переходом права собственности на вещь. Всякое отчуждение вещи тем, кому она была вверена, лишало доверителя даже надежды на ее получение обратно, а личный иск – actio fiduciae – мог оказаться вследствие несостоятельности ответчика безрезультатным.

Вследствие этого рядом с фидуциарными соглашениями существуют и неформальные договоры отдачи вещи во временное безвозмездное пользование (commodatum), на сохранение (depositum) и в обеспечение долга (pignus). Лицо, передавшее вещь с этими целями, сохраняет свою собственность и потому может вытребовать ее обратно посредством rei vindicatio, а в случае растраты имеет и деликтные иски (actio furti и т. д.; для depositum законы XII таблиц устанавливали даже специальный иск in duplum). Но договор, как таковой, еще не имеет никакого значения: лицо, которому вещь была дана в пользование, не может возражать против преждевременного (вопреки соглашению) требования вещи назад, не может требовать возмещения причиненных ему убытков и т. д.

С течением времени и здесь приходит на помощь претор и начинает давать actiones in factum. Но основанием этих преторских исков все еще не является обязательство, возникнувшее из договора. Отправной мыслью претора была идея вреда, причиненного] одним лицом другому: если я дал вам вещь на сохранение и вы мне ее не вернули, вы причинили мне вред; если я дал вам на сохранение больное животное, которое заразило ваших, я причинил вам вред; в обоих случаях справедливость требует, чтобы вред был возмещен. Эту цель и преследуют преторские actiones in factum.

Мало-помалу, однако, в обороте вырабатывается воззрение, что во всех этих случаях bona fides требует не только возмещения вреда, но и исполнения того, что было условлено. Если вы передали мне во временное пользование лошадь, на которой я должен был поехать по очень нужному делу, а потом оказалось, что вы дали мне лошадь заведомо негодную, вы должны возместить мне не только те действительные убытки, которые я понес, но и то, что я имел бы, если бы вы исполнили свое обещание так, как следует (так называемый положительный договорный интерес). На почве этого воззрения возникает возможность предъявлять и цивильные иски bonae fidei: благодаря предписанию судье судить ex fide bona – "uti inter bonos bene agier oportet", – это воззрение оборота оказывает влияние на судебный приговор. Вместе с этим было достигнуто признание наших соглашений контрактами.

Этот процесс развития, по-видимому, шел не для всех трех договоров одновременно; но, во всяком случае, в начале империи он уже закончился. Для некоторых из них долгое время formula in factum и formula in jus concepta существуют рядом (для commodatum и depositum), но чем далее, тем более последняя оттесняет первую, как более узкую. Как бы то ни было, но для классических юристов уже вне всякого спора, что commodatum, depositum и pignus суть вполне действительные реальные контракты – каждый со своею особою юридической физиономией.

a) Commodatum – ссуда – есть договор, в силу которого одно лицо (коммодант, commodans) передает другому (коммодатарий, commodatarius) известную вещь во временное безвозмездное пользование. Объектом ссуды может быть только вещь индивидуально определенная; этим признаком ссуда отличается от займа. Предоставление пользования должно быть безвозмездным, в противном случае договор будет не ссудой, а наймом. По своей природе commodatum принадлежит к договорам двухсторонним, хотя и неравносторонним (contractus bilateralis inaequalis). Prima facie из него возникает обязанность для коммодатария – вернуть вещь в неповрежденном состоянии; в случае повреждения или гибели вещи он отвечает за всякую вину с своей стороны, за omnis culpa. Иск коммоданта против коммодатария есть actio commodati directa. С другой стороны, иногда может возникнуть и требование коммодатария против коммоданта: например, данная в ссуду вещь причинила коммодатарию убытки (вышеприведенный пример с больною лошадью). По поводу этих убытков коммодант отвечает только тогда, если ему может быть поставлен в упрек умысел или грубая небрежность – dolus или culpa lata (если, например, он знал, что дает лошадь, больную заразной болезнью). Для осуществления своих претензий коммодатарий имеет actio commodati contratia.

От commodatum надо отличать precarium. Это есть также предоставление вещи в безвозмездное пользование, но только до востребования и без всякого обязательственного характера для дающего. По отношению к третьим лицам прекарист находится даже в лучшем положении, чем коммодатарий: он пользуется, как известно, самостоятельной посесорной защитой; но по отношению к хозяину вещи – praecario dans – он никаких претензий иметь не может. Precarium употреблялся в древности главным образом в отношениях между патронами и клиентами, бывшим господином и вольноотпущенниками и т. п.

b) Depositum – поклажа – есть договор, в силу которого одно лицо (deponens, депонент) передает другому (depositarius, депозитарий) вещь на сохранение. Объектом depositum в истинном смысле также может быть только вещь индивидуально определенная. Правда, бывают случаи, когда отдаются на сохранение и вещи родовые (например, такая-то сумма денег) с тем, чтобы потом были возвращены не те же самые вещи, а tantundem ejusdem generis, – но тогда мы имеем так называемый depositum irregulare – договор, приближающийся уже по существу к займу (ибо и здесь вещи переходят в собственность того, кому даются на сохранение). Depositum, далее, должен быть также безвозмездным; в противном случае это будет уже не поклажа, а наем. Отношения между сторонами складываются аналогично отношениям при commodatum: депонент имеет actio depositi directa о возвращении вещи, причем, однако, – так как depositum заключается не в интересах депозитария – последний отвечает только за dolus и culpa lata; депозитарий имеет против депонента а. depositi contraria, причем депонент отвечает за omnis culpa (то есть и за culpa levis – простую, легкую небрежность).

Специальными видами поклажи являются: 1) Так называемый depositum miserabile – поклажа в случае несчастья (пожара и т. д.); при невозвращении вещи депозитарий отвечает in duplum. 2) Sequestratio – передача двумя спорящими лицами спорной вещи на время спора третьему с тем, чтобы он выдал ее тому, кто спор выиграет; особенность этой поклажи приводит к тому, что секвестрарий пользуется самостоятельной посессорной защитой.

с) Pignus или лучше, contractus pigneraticius есть закладной договор, в силу которого одно лицо (залогодатель, он же по общему правилу и должник по обеспечиваемому долгу) передает другому (залогопринимателю, кредитору) вещь для обеспечения долга. Мы видели выше, как развивалось вещное право залогопринимателя на заложенную вещь, как он получил actio pigneraticia in rem. Но, помимо этого, contractus pigneraticius рождает известные обязательственные отношения между залогодателем и залогопринимателем, охраняемые посредством actio pigne raticia in personam. Основная обязанность из договора возникает для залогопринимателя: он, в случае уплаты долга, обязан вернуть вещь в неповрежденном состоянии, а в случае неуплаты должен заботиться о наиболее выгодной продаже ее и выдать излишек (hyperocha) залогодателю; иск последнего обо всем этом есть actio pigneraticia (in personam) directa. Но при известных обстоятельствах может возникнуть и ответственность залогодателя: например, заложенная вещь причинила залогопринимателю убытки; тогда последний имеет а. pigneraticia contraria. Так как pignus дается в интересе обеих сторон, то обе они отвечают друг перед другом за omnis culpa.

Contractus innominati. После того, как классическая система контрактов была в основных своих элементах выработана и типичные контракты, как реальные, так и консенсуальные, получили свои юридические очертания и свои имена, жизнь продолжала творить новые отношения, которые не подходили ни под один из этих носящих определенное название типов. Так, например, осталась вне этих типов мена (rerum permutatio); неизвестно было, далее, под какой тип можно подвести договор, в силу которого одно лицо дает другому вещь с тем, чтобы оно продало ее не ниже известной цены, с правом вырученное сверх того удержать себе (contractus aestimatorius) и т. д. Не подходя ни под один легализированный тип, не отвечая требованиям ни одного из установленных исков, все такие договоры должны были рассматриваться, как nuda pacta, как соглашения неисковые.

Дело осложнялось, однако, в тех случаях, когда одна из сторон на основании такого соглашения уже свою обязанность выполнила, например, при мене свою вещь передала: нельзя же было оставить ее без всякой защиты.

Уже издавна допускалась в случаях этого рода condictio о незаконном обогащении (condictio causa data causa non secuta): лицо, передавшее своего раба Стиха в обмен на раба Памфила, могло потребовать своего Стиха назад. Но эта condictio не всегда могла удовлетворить естественным требованиям справедливости: как быть, если Стих находится теперь уже в поврежденном состоянии, если вследствие отсутствия его в хозяйстве передавшего произошли какие-нибудь убытки? Condictio возместить эти убытки была не в состоянии.

Ввиду этого и здесь начинается тот же самый процесс, который мы наблюдали в истории трех только что описанных реальных контрактов. Сначала приходит на помощь преторский иск – actio in factum, который, как и там, стоит на точке зрения вреда, причиненного одним лицом другому, и преследует цель возместить эти возникшие от лишения собственной вещи убытки. Целый ряд классических юристов стоит еще только на этой точке зрения и допускает в случаях подобного рода только преторскую actio in factum о возмещении так называемого отрицательного договорного интереса.

Но рядом с этой точкой зрения возникает уже и другая: соглашения этого рода начинают рассматриваться, как договоры, и на основании их юристы начинают давать цивильный иск не только о возмещении убытков, происшедших от лишения собственной вещи, но и об исполнении другим контрагентом того, что им было обещано, то есть в нашем примере о выдаче раба Памфила, об уплате так называемого положительного договорного интереса. Договоры этого рода характеризуются греческим именем synallagma ("esse enim contractum, – говорится в fr. 7. 2. D. 2. 14, – quod Aristo dicit, unde haec nascitur actio"). Иск из такого договора назывался civilis incerti actio (с intentio "quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona") или обозначался описательным выражением "praescriptis verbis agere" – ввиду того, что в его формуле intentio предшествовало изложение обстоятельств дела (praescriptio).

Как и следовало ожидать, развитие и здесь закончилось тем же, чем оно закончилось по отношению к commodatum, depositum и pignus – то есть победой этой последней точки зрения. Если среди классических юристов мы еще наблюдаем разногласие, то ко времени Юстиниана и составления "Дигест" вопрос уже не вызывает сомнений: все подобные соглашения признаются договорами, и компиляторы во многих местах, где юрист говорил об actio in factum, произвели самые очевидные интерполяции – или прибавив пояснение "id est praescriptis verbis", или же после слов actio in factum поставив с точки зрения классических юристов совершенно немыслимое "civilis" (fr. 1. 1 и fr. 2, fr. 5. D. 19. 5).

Так возникли безымянные контракты. Но они все же реальные контракты, так как только тогда может быть речь о их обязательности, если одна сторона свою обязанность исполнила; до этого момента есть только nudum pactum. – Быть может, еще классическими юристами была намечена, но во всяком случае компиляторами была легализирована и попытка систематизации всего возможного разнообразия этих contractus innominati на четыре группы: "do ut des" (например, мена), "do ut facias" (например, даю какую-либо вещь с тем, чтобы ты за это отпустил на волю своего раба), "facio ut des" (отпускаю раба с тем, чтобы ты дал мне какую-нибудь вещь) и "facio ut facias"(отпускаю на волю моего раба с тем, чтобы ты отпустил своего).

Признанием безымянных контрактов римское право сделало большой шаг вперед по пути санкционирования всяких договоров, по пути к осуществлению принципа "pacta sunt servanda", – однако, только при том условии, если уже к исполнению такого нетипичного договора одной стороной приступлено.

**КОНТРАКТЫ КОНСЕНСУАЛЬНЫЕ И ТАК НАЗ. PACTA VESTITA**

Категории контрактов, возникающих в силу простого бесформального соглашения, относятся купля-продажа (emptio-venditio), наем (locatio-conductio), договор товарищества (societas) и поручение (mandatum).

1. Emptio-venditio. Как известно, в древнейшую эпоху купля-продажа совершалась посредством mancipatio, которая являлась общей необходимой формой для всех вещей. Позже она сделалась специальным способом для res mancipi, a res nec mancipi передавались или посредством in jure cessio, или посредством бесформальной traditio. Но во всех случаях обязательство поглощалось вещным актом передачи права собственности; простой договор о продаже не имел никакого значения.

Каким образом получила признание простая консенсуальная купля-продажа, – вопрос спорный. Одна группа ученых (Фогт, Феррини) выводят ее из тех неюридических соглашений, которые ставились только под охрану общей fides. Другие (Пернис Гувелин, Коста) предполагают в качестве предварительной стадии куплю-продажу реальную, развившуюся путем, аналогичным тому, которым шло развитие commodatum, depositum и pignus (то есть сначала actio in factum, потом actio civilis bonae fidei). Наиболее вероятной, однако, кажется гипотеза третья. (Иеринг, Беккер, Жирар и др.) Для того, чтобы придать обязательную силу самому соглашению о продаже, стороны облекали первоначально свои обещания в две встречные stipulationes: продавец обещал передать вещь (rem dare), а покупщик – уплатить цену. Еще впоследствии мы встречаем частое употребление stipulatio при купле-продаже, хотя по существу это стало уже ненужным. Кроме того, некоторые явления лучше всего объясняются именно как переживания этих двух stipulationes. Но такой порядок не мог дать полного удовлетворения потребностям оборота, главным орудием которого является купля-продажа. Не говоря уже о формальности stipulatio, которая исключала возможность заключения договора на расстоянии (inter absentes), две самостоятельные stipulationes не могли передать двухстороннюю (синаллагматическую) природу купли-продажи, при которой обязательство одной стороны связано, обусловлено обязанностью другой. Мало-помалу в обороте развивается воззрение, что bona fides требует исполнения договора и без stipulatio, что уже в силу простого соглашения возникает для сторон "dare facere oportere ex fide bona", вследствие чего иск, поставленный (в intentio) на это dare facere oportere, стал находить in judicio полное удовлетворение. К концу II столетия до Р. Х. это развитие совершилось: в перечислении actiones bonae fidei, данном известным юристом Кв. Муцием Сцеволой (Cicer. De off., 3, 17, 70), actio empti-venditi (как и иски из других консенсуальных контрактов) уже находится.

Но и достигнув юридического признания в качестве контракта консенсуального, emptio-venditio не сразу приобрела тот вид, который она имеет впоследствии: многое должно было еще быть выяснено юриспруденцией; многое из того, что впоследствии разумелось ipso jure, должно было первоначально прямо оговариваться сторонами.

Существенными элементами купли-продажи являются предмет (merx) и цена (pretium). Что касается первого, 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, права требования, наследство и т. д.) Цена должна прежде всего состоять в известной сумме денег – pecunia numerata; в противном случае договор будет не куплей-продажей, а меной. Нужно, впрочем, сказать, что среди классических юристов были такие, которые и мену желали подводить под понятие купли-продажи (fr. 1. 1. D. 18. 1); но их мнение было отвергнуто. Pretium, далее, должно быть certum, то есть определенным или, по крайней мере, определимым ("покупаю за столько, сколько назначит такой-то", "за столько, сколько есть в кошельке" и т. п.). Оно должно быть verum – то есть цена не должна быть назначена только для вида, для прикрытия дарения. Но цена определяется свободным соглашением сторон, и право не входит в обсуждение вопроса о том, справедлива ли она или нет: не требуется, чтобы pretium было justum (fr. 22. 3. D. 19. 2: "in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere, et ita invicem se circumsribere"708). В позднейшее время, однако, появилось в этом отношении одно исключение: конституция императора Диоклетиана (с. 2. С. 4. 44) дает продавцу недвижимости, получившему меньше половины его действительной стоимости, право требовать уничтожения продажи (так называемое правило о laesio enormis). Указ этот, во многих отношениях неясный, принадлежит к серии тех отмеченных выше наивных мер социальной политики, при помощи которых абсолютная монархия пыталась бороться с общим экономическим расстройством.

Из договора купли-продажи возникает обязательство двухсторонее и притом равномерно двухсторонее (contractus bilateralis aequalis). Каждая из сторон одновременно и непременно (а не только случайно, как при commodatum и depositum) является и кредитором, и должником. Эта двухсторонность выражается и в разном наименовании исков: здесь нет actio directa и contraria, а есть actio empti для покупщика и actio venditi для продавца; весь же договор в целом называется двойным именем emptio-venditio.

Эти две встречные обязанности связаны друг с другом: одна существует только потому, что существует другая; каждая является условием для другой. В этом заключается принципиальная сущность всякого двухстороннего, так называемого синаллагматического, договора. Римское право, однако, не сразу усвоило этот принцип и не провело его до конца.

Одним из важнейших практических вопросов в этом отношении был вопрос о том, может ли контрагент, сам не исполнив своей обязанности, предъявлять иск против другого – например, покупщик, не уплативший покупной цены, требовать передачи ему вещи. В эпоху, когда emptio-venditio заключалась в виде двух stipulationes, обязанность каждого контрагента, вытекая из его sponsio, была независимой, и потому подлежала выполнению, невзирая на то, выполнил ли противник свое обязательство или нет. С превращением купли-продажи в консенсуальный контракт это соображение отпало: ответчик может предъявить так называемую exceptio non adimpleti contractus. Истец, таким образом, предъявляя иск, в случае возражения со стороны противника должен или доказать, что он свою обязанность выполнил, или же предложить исполнение сейчас (fr. 13. 8. D. 19. 1: "offeri pretium ab emptore debet cum ex empto agitur"; детали, впрочем, спорны).

Другой вопрос, с этим тесно связанный, заключался в том, кто несет риск за гибель вещи с момента заключения договора. Если вещь не была тотчас передана покупщику, то, как мы знаем, и право собственности на нее еще не перешло; собственником остается продавец. Конечно, он отвечает перед покупщиком за всякое ухудшение вещи и за ее гибель, если он в этом виновен (обе стороны при купле-продажи отвечают друг перед другом за omnis culpa). Если же вещь погибла без его вины, от чистого случая, то он от ответственности освобождается. Но римское право признает сверх того, что он может даже требовать от покупщика уплаты цены за вещь, которую он не доставил и доставить не может. Это выражается правилом "periculum est emptoris" – риск за купленную вещь переносится с момента договора на покупщика (§ 3 In. 3. 23). В этом положении несомненно отражается еще старый порядок вещей, когда купля-продажа заключалась в виде двух различных stipulationes, порождавших два друг от друга независимых обязательства: покупщик должен был платить, а когда он предъявлял свой иск, продавец, как невиновный в гибели вещи, от ответственности освобождался.

Что касается, в частности, обязанностей контрагентов, то наименее вопросов возбуждала обязанность покупщика: он должен только уплатить покупную цену. Гораздо сложнее было дело по отношению к продавцу.

Главною целью купли-продажи было, конечно, перенесение права собственности на покупщика. Ввиду этого первой обязанностью продавца является передача вещи – traditio ("vacuam possessionem tradere"); он обязан предоставить вещь покупщику – habere licere (fr. 30. 1 D. 19. 1). Но как быть, если впоследствии окажется, что продавец не был собственником и вследствие этого вещь будет у покупщика отобрана (произойдет evictio вещи)? Мы знаем, что при mancipatio продавец отвечал по специальному иску – actio auctoritatis in duplum. Для того, чтобы гарантировать покупщика на случай evictio и тогда, когда купля-продажа совершалась не в виде mancipatio, стали прибегать к особой stipulatio duplae, посредством которой продавец обещал покупщику возмещение двойной цены, если вещь будет отобрана. С течением времени ответственность за evictio стала рассматриваться настолько неотъемлемым элементом купли-продажи, что, если она не была исключена особым соглашением о неответственности, покупщик даже впоследствии (по заключении договора) мог посредством actio empti потребовать заключение этой stipulatio, а если вещь была уже отобрана, то и прямо возмещения убытков.

Другой вопрос, поставленный жизнью в связи с ответственностью продавца, был вопрос об ответственности его за недостатки проданной вещи. Старое цивильное право такой ответственности вовсе не знало. С возникновением купли-продажи в стипуляционной форме, если стороны желали установить такую ответственность, они должны были заключить об этом особое соглашение также в форме stipulatio. Когда купля-продажа стала консенсуальным контрактом bonae fidei, постепенно выработалось представление, что противно bona fides умолчание продавца о таких недостатках, которые ему были известны: это было похоже на обман. Ввиду этого в таком случае стали давать покупщику actio empti о возмещении убытков. Но за недостатки, ему неизвестные, продавец не отвечал.

Это положение было изменено эдиктом курульных эдилов. Наблюдая за порядком на рынках, эдилы предписали, чтобы продавцы рабов и животных объявляли покупщикам о всех недостатках выставленных на продажу объектов. Если бы впоследствии оказались какие-либо иные, необъявленные недостатки, то продавец отвечал независимо от того, знал ли он о них или не знал: он должен был знать. Покупщик при этом может потребовать или полного расторжения договора с возвращением вещи – actio redhibitoria, или же соответственного уменьшения покупной цены – actio quanti minoris.

Нововведение эдильского эдикта оказалось настолько практичным, что оно было распространено затем и на все другие случаи купли-продажи, став нормой общего права.

2. Второй важный договор из категории консенсуальных есть договор найма – locatio-conductio. Исторический процесс его развития также очень спорен. И здесь некоторые предполагают сначала наем, как реальный контракт (Коста). Другие указывают как на прообраз бесформального найма на различные государственные locationes (Моммзен). Вернее и здесь предположить для древнейшего времени фидуциарную манципацию, а затем две встречные stipulationes (Жирар), хотя нельзя отрицать в некоторых положениях влияния locationes censoriae (обычный пятилетний срок найма и т. п.). Весьма возможно, далее, что не все виды найма развивались одновременно. Во всяком случае, как было уже упомянуто, ко времени Кв. Муция Сцеволы все консенсуальные контракты снабжены цивильными исками bonae fidei.

Различаются три вида найма:

а) Наем вещей – locatio-conductio rei: одна сторона – locator rei – обязана предоставить вещь в пользование, другая – conductor rei – обязана вносить условленную наемную плату (merx). Название сторон, вероятно, происходят от того, что древнейшим видом договора был наем рабов и животных, выводимых на рынок: хозяин locat servum712, а берущий в наймы его уводит (conducit). Плата за пользование обыкновенно назначается в деньгах, но – по крайней мере, в более позднее время – встречается и в виде известной доли земледельческих продуктов – так называемых colonia partiaria (colonus – специальное название мелкого арендатора сельского участка, как inquilinus – название городского квартиронанимателя). Обе стороны отвечают друг перед другом за omnis culpa, причем, однако, в противоположность купле-продаже, даже случайная невозможность предоставления вещи лишает локатора права требовать наемную плату. Иск локатора – actio locati, иск арендатора (conductor) – actio conducti.

b) 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 вознаграждение (наем рабочего, кучера и т. д.).

с) Заказ или подряд – locatio-conductio operis: 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. п.). Наименования контрагентов здесь меняются: заказчик называется locator operis, а берущий работу – conductor operis; причина заключается, вероятно, в том, что первоначально locatio-сonductio operis состояла в мелких заказах мастерам, починках и т.п., причем эти мастера уносили вещь к себе. При этом нужно иметь в виду, что для наличности locatio-сonductio operis необходимо, чтобы материал был дан заказчиком; если мастер должен сделать вещь из собственного материала, то такой договор рассматривается уже как купля-продажа.

По поводу обоих последних видов найма нужно сказать, что в римском праве они далеко не получили надлежащего развития. Рабский труд значительно мешал распространению найма свободной рабочей силы и вообще низводил личный наем на степень чего-то мало достойного. В особенности это отразилось на крайнем несовершенстве норм относительно l.-с operarum. Только работы низшего порядка могли быть объектом найма – operae locari solitae. Труд учителя, художника, врача и т. д. – operae liberales – по воззрению римлян, не может быть отдаваем в наймы за плату; он должен быть безвозмездным. Но это воззрение не могло оставаться до конца ненарушимым, и уже в период империи найден был обходный путь: вознаграждение – honorarium – могло быть взыскиваемо extra ordinem.

В области морской перевозки должно быть отмечено довольно раннее заимствование из греческого права в виде так называемого lex Rhodia de jactu, Родосского закона об авариях. Если для спасения корабля и груза часть последнего будет выброшена за борт (jactus), то убыток разлагается пропорционально на всех, в спасении заинтересованных, то есть на хозяина корабля и прочих товарохозяев.

3. Societas, или договор товарищества. Историческое развитие его, несомненно, пошло от так называемого consortium, то есть соглашения между братьями после смерти их отца не разделяться и продолжать вести хозяйство сообща. Это происхождение отражается и в позднейшем праве в том, что вообще отношения между socii носят на себе печать особой fraternitas715 (fr. 63 pr. D. 17. 2); так, например, socii отвечают друг перед другом только за такую внимательность и заботливость, которую они проявляют в своих собственных делах – за так называемую culpa in concreto, за diligentia quam suis rebus adhibere solet (таким образом, socius вообще небрежный не будет отвечать за свою обычную небрежность, хотя за ту же небрежность перед посторонними он будет отвечать).

С течением времени развились следующие виды societas. Самую полную общность, общность всего имущества (даже доставшегося случайно, например, по завещению от постороннего) создает societas omnium bonorum; это непосредственное продолжение старинного consortium. Ограниченнее societas quaestus: она охватывает только имущество, приобретаемое хозяйственной деятельностью (следовательно, наследства остаются раздельными). Еще уже societas unius negotiationis: она составляется только для одной какой-нибудь экономической деятельности – например, сообща ведется торговое дело (имения, дома и пр. остаются отдельными). И, наконец, самую низшую ступень составляет societas unius rei, временное 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.

4. Наконец, последний консенсуальный договор – поручение, mandatum: одно лицо поручает другому выполнение какого-нибудь дела или целого ряда дел. Mandatum по своей юридической структуре имеет много сходного с commodatum, depositum и pignus: оно также является договором двухсторонним, но не равносторонним. Поэтому и при нем 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. Mandatum также должно быть непременно безвозмездным, в противном случае это будет уже личный наем. Сверх того, mandatum проникнуто личным характером: оно уничтожается смертью манданта или мандатария; равным образом оно может быть уничтожено свободным отказом со стороны того или другого контрагента. По объему своему mandatum может быть также различным: поручение может касаться только совершения какого-нибудь одного дела (например, я прошу вас отнести письмо, купить мне книгу), и в таком случае того, кому дано поручение, называют procurator specialis; но оно может быть и более общим (я назначаю вас своим управляющим), и тогда говорят о procurator generalis.

Ближайшая история возникновения mandatum неясна. Ввиду сходства в юридической конструкции некоторые (например, Жирар) предполагают для mandatum тот же процесс развития, который прошли commodatum, depositum и pignus. Другие (например, Влассак, Коста) думают, что mandatum выработалось из преторского эдикта de negotiis gestis. Нужно признать, что в нормах о mandatum нет никаких следов реального характера, вследствие чего последнее предположение кажется более вероятным.

Специальным видом mandatum является так называемый mandatum qualificatum или mandatum pecuniae credendae – поручение дать взаймы или вообще открыть кредит третьму лицу. В случае неуплаты долга этим третьим лицом давший в кредит, как лицо, потерпевшее убытки при исполнении поручения, может обратиться к автору поручения с actio mandati contraria о возмещении их. Вследствие этого mandatum pecuniae credendae является также известной формой поручительства.

Все прочие соглашения, кроме указанных типичных и так называемых contractus innominati, суть, как известно, pacta nuda, исковой силы не имеющие. Однако эти pacta не вовсе лишены всякого значения. Преторский эдикт, относящийся еще к концу второго – началу первого столетия республики, обещал: "pacta conventa… servabo"717 (fr. 7. 7. D. 2. 14). Это обещание отнюдь не обозначало дарования исковой силы всяким pacta; оно обозначало только создание exceptio pacti – вид exceptio doli. Но в дальнейшей истории под влиянием различных обстоятельств некоторые из pacta приобрели и исковую силу, вследствие чего их называют pacta vestita. При этом различают обыкновенно три категории их – pacta adjecta, praetoria и legitima.

1. Pacta adjecta. Это – соглашения, присоединенные к какому-либо главному договору. При этом надо различать, присоединены ли они к этому последнему при самом его заключении – in continenti, или же лишь впоследствии – ex intervallo. В первом случае они – часть главного договора и могут быть осуществлены иском из этого договора. Так, например, при продаже было условлено, что в случае, если покупщик пожелает, в свою очередь, продать вещь, он прежде всего должен предложить ее продавцу (право преимущественный покупки – fr. 75. D. 18. 1); при неисполнении продавец может предъявить actio venditi. Или при заключении stipulatio было условлено, что, пока должник платить проценты, долг не будет требуем; хотя бы даже об этом не было упомянуто в самом тексте stipulatio, соглашение будет иметь силу (fr. 4. 3. D. 2. 14). Иначе будет обстоять дело, если pactum было присоединено ex intervallo. Такое pactum будет иметь значение только тогда, если оно имеет целью облегчить положение должника – ad minuendam obligationem: например, соглашение об отсрочке или о невзыскании долга вовсе (pactum de non petendo ad tempus или in perpetuum). Если же оно меняет содержание обязательства или усиливает обязанность должника – ad augendam obligationem, то оно само по себе значения не имеет. Если стороны желают этого, они должны произвести novatio obligationis, то есть уничтожить старое обязательство вовсе, заменив его новым. – Как видим, pacta adjecta в большинстве случаев, где они имеют значение, создают только exceptio (которая при actiones bonae fidei даже подразумевается). В тех же немногих случаях (первый пример с правом преимущественной покупки), где они приводят к иску, они рассматриваются не как самостоятельные pacta, а как составная часть главного договора.

2. Pacta praetoria. В некоторых, однако, случаях претор в своем эдикте снабдил pacta и самостоятельным иском – actio in factum; такие pacta и называются pacta praetoria. Таковы: а) Constitutum debiti. В силу тех или других причин долг уже существующий мог быть впоследствии подтвержден самим должником (constitutum debiti proprii) или третьим лицом (conctitutum debiti alieni). Такое подтверждение рождало новый иск – actio de pecunia constituta. Особенное значение подобное подтверждение имело тогда, когда оно касалось долга не искового (я обещаю кредитору уплатить мою obligatio naturalis) или когда оно давалось третьим лицом (я обещаю уплатить вам долг какого-нибудь вашего должника). Последний случай – constitutum debiti alieni – может быть также способом установления поручительства. b) Receptum, причем в преторском эдикте de recepto имеются в виду три различных случая: 1) receptum argentarii, обещание банкира уплатить чей-либо долг – случай, аналогичный constitutum debiti alieni и Юстинианом слитый с последним; 2) receptum nautarum, cauponum, stabulariorum: принятие вещей пассажиров хозяевами кораблей, гостиниц и постоялых дворов возлагает на них повышенную ответственность за их сохранность; они освобождаются только при наличности так называемой непреодолимой силы (vis major – стихийных бедствий: кораблекрушения, наводнения, пожара и т.д.); 3) receptum arbitri: принявший на себя обязанности третейского судьи должен их выполнить, причем, однако, претор вынуждает к этому не иском, а мерами административной власти.

3. Pacta legitima. Некоторые из соглашений получили исковую силу в позднейшем, императорском праве непосредственно в силу закона. Таково установление приданого (pactum dotis), но главнее всего дарственное обещание – donatio. Donatio может быть совершено самым различным образом: путем непосредственной передачи вещи, путем прощения долга, путем дарственного обещания; последнее не только в период республики, но и в праве классических юристов было действительным только тогда, если оно было облечено в форму stipulatio. Простое pactum donationis юридической силы не имело.

Независимо от этого римское право уже издавна установило и прямое ограничение дарений. Lex Cincia, закон 204 г. до Р. Х., запретила вообще дарения свыше некоторой, нам неизвестной, суммы; только известные лица от этого запрещения освобождались (exceptae personae – когнаты до 6-й степени, свойственники и т. д. – fr. Vat. 298 и сл.). Lex Cincia, однако, была lex imperfecta: она не устанавливала последствий своего нарушения. Ввиду этого впоследствии претор стал давать exceptio или replicatio legis Cinciae: если дарение еще не было осуществлено, а только обещано (посредством stipulatio), то против иска об исполнении даритель имеет exceptio; если же подаренное было передано, то даритель мог потребовать обратно и на возражение о дарении ответить replicatio legis Cinciae. Однако, exceptio и replicatio legis Cinciae погашались смертью дарителя: если он умер, не потребовав назад, наследники оспаривать дарение не могли.

Ко времени абсолютной монархии lex Cincia вышел из употребления, но взамен была установлена необходимость для дарственных актов так называемой судебной insinuatio; всякое дарение должно быть заявлено перед судом и занесено в реестр. Требование это было введено впервые императором Констанцием Хлором и подтверждено Константином. Юстиниан ограничил, однако, необходимость insinuatio лишь дарениями свыше 500 solidi; дарственные обещания ниже этой суммы действительны и без этой формальности. Благодаря этому и простое pactum donationis получило исковую силу.

Таково было развитие римской системы обязательств из договоров. Мы видим, что оно шло многими отдельными путями; каждый тип контракта вырабатывался самостоятельно, хотя и не без связи с другими. В конце концов, несмотря на принципиальное признание только типичных договоров, римское право ко времени Юстиниана поставило обязательственную систему уже так широко, что почти [с.434] всякое соглашение получало в ней правовую охрану. С одной стороны, к этому вело общее признание contractus innominati: если одна сторона свое обязательство исполнила, то вопрос о соответствии договора тому или другому типу отпадает, и можно требовать исполнения договора другим контрагентом. С другой стороны, к тому же вело облегчение стипуляционной формы: с тех пор, как последняя не требует прежних стереотипных выражений, редкий договор, заключаемый inter praesentes, не может быть истолкован как stipulatio. Вышеприведенные слова преторского эдикта "pacta conventa servabo" нашли себе, таким образом, если не полное, то почти полное, если не принципиальное, то практическое осуществление.