

В. И. Ермолович**КОНСЕНСУАЛЬНЫЕ КОНТРАКТЫ
В РИМСКОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ**

Предметом исследования в статье являются консенсуальные контракты в римском частном праве. Проанализирован механизм содержания и правоприменения договоров купли-продажи, найма, товарищества и поручения. Исследован процесс возникновения обязательственных отношений, связанный с деятельностью консенсуальных соглашений. Автор пришел к выводу, что основные черты консенсуальных контрактов римского частного права характерны и для современных консенсуальных договоров правовой системы Республики Беларусь и международного частного права.

The subject of the article is the consensual contracts in the roman private law. The mechanism of content application legal liability under contract of sale, hire, company and commission in roman private law is analyzed. As a result, the author comes to the conclusion that the basic provisions of the contracts of sale, hire, company and commission in the roman private law are typical for the consensual contracts according to the modern law the Republic of Belarus and international private law.

Ключевые слова: римское частное право, консенсуальный контракт, договор купли-продажи, найма, товарищества, поручения, обязательственные отношения.

Keywords: Roman private law, consensual contract, the contract of sale, hire, company, commission, liability legal relations.

Введение. Важной задачей, стоящей перед странами современной Европы, идущей по непростому пути интеграции экономики и финансов, является задача формирования общеевропейского права. Римское частное право – это та основа, которая способна стать фундаментом в деле строительства нового европейского права, поскольку ее система и принципы использовались при формировании всех правовых систем стран современной Европы. Не является исключением в данном вопросе и правовая система Республики Беларусь, в частности институты договорного и обязательственного права, где одну из ключевых позиций занимают консенсуальные соглашения. Исходя из этого, предметом данного исследования избраны договоры купли-продажи, найма, товарищества и поручения, которые широко применялись в римском частном праве и были рецепированы в право многих стран современного мира.

По мнению многих авторитетных исследователей истории права консенсуальные контракты в римском частном праве утвердились в III в. до н. э., т. е. в классический период римской истории, когда земледельческо-пастушеский Рим перешел к активной политике завоевательных войн, начал участвовать в международной торговле и вступил в сферу монетарной экономики [1, с. 249–250; 2, с. 378; 3, с. 380].

В этот период институты *ius gentium* были восприняты как институты нового гражданского права (*ius civile novum*), поскольку отражали новую юридическую практику. Главным свойством их юридической конструкции является тот факт, что все они возникали из простого соглашения сторон (*consensus*), без каких-либо формальностей. Так, между продавцом и покупателем возникало согласие относительно товара и цены – это классический пример консенсуса, который признавался достаточным для возникновения обязательства по договору купли-продажи (*emptio-venditio*). Следовательно, для вступления договора (*contractae*) в силу нужно, в соответствии с условием консенсуального соглашения, совпадение воли сторон в отношении только существенных условий.

Утверждение консенсуальных контрактов в римском частном праве стало большим шагом вперед в деле развития гражданско-правовых отношений как римского общества, так и формирования новых институтов в праве многих стран мира и международного частного права. «До этого, – по мнению известного итальянского романиста профессора Дженнаро Франчози, – Рим не знал иной формы торговой сделки, кроме сделки, совершавшейся посредством *mancipatio*, с весовой бронзой (*aes rude*) или все же с чеканной бронзой (*aes signatum*) в качестве монеты. *In iure cessio* не являлась собственно контрактом, но лишь процессуальной нормой, последствием которой была переуступка вещи. *Traditio* была лишь простейшей формой передачи вещи. В обществе примитивного еще обмена введение института купли-продажи, насколько можно судить, имело разрушительные и революционные последствия. *Emptio-venditio* еще не являлась инструментом перемещения права собственности, но уже порождала взаимные обязательства на основе общего согласия (*consensus*) сторон, причем без произнесения какой-либо торжественной формулы: “достаточно, чтобы те, кто заключает сделку, пришли к соглашению”» [2, с. 378–379].

Основная часть. Договор купли-продажи (*emptio venditio*) как консенсуальное соглашение возникает тогда, когда одно лицо (*venditor* – продавец) обещает другому (*emptor* – покупатель) предоставить известный предмет за конкретную сумму денег, а другое лицо обещает первому уплатить

за этот предмет условленную сумму денег. В отношении последнего условия следует отметить, что чеканка первых римских монет началась в этрусских городах в конце V в. до н. э. Чеканились они из золота, электра, серебра и бронзы и первоначально имели изображение только на одной стороне [4, с. 55].

В середине IV в. до н. э. монеты начали отливать уже в Риме. Это были медные слитки весом в римский фунт (273 грамма), без изображений, которые получили название тяжелый асс – *aes grave* [5, с. 286]. В конце IV в. до н. э. на нем появляются изображения животных – быка, свиньи, орла и т. д. (асс с изображением – *aes signatum*). Однако эти тяжелые и громоздкие слитки были мало пригодны для торговли.

Одной из первых римских монет традиционного вида была медная монета достоинством в один асс, отчеканенная в 290 г. до н. э. в честь победоносного окончания третьей Самнитской войны. На ее лицевой стороне изображена богиня Рома, а на реверсе – бык с надписью «Roma» [6, с. 42]. В 269 г. до н. э. в Риме появились серебряные монеты – денарии. Денежная единица в один денарий равнялась по стоимости 10 медным ассам [6, с. 42]. С конца III в. до н. э. в Риме начали чеканить и золотые монеты [5, с. 286].

Основу юридической конструкции консенсуального контракта составляет тот факт, что он возникает из простого согласия сторон (*consensus*), без каких-либо формальностей. Как только стороны контракта выразили свое согласие в отношении существенных условий будущего договора, их начинают связывать между собой обязательственные отношения. При этом отметим, что консенсус сторон не может и не должен охватывать все условия намечаемого договора между сторонами соглашения. Для придания соглашению юридической силы достаточно совпадения воли сторон в отношении только существенных условий соглашения.

Договор купли-продажи в римском частном праве уже существенно отличается от ряда родственных соглашений архаического периода римской истории, например мены. В данном вопросе мы разделяем точку зрения известного немецкого исследователя римского частного права Юлиуса Барона, высказанную в фундаментальной работе «Система римского гражданского права»: «Мена отличается в римском праве от купли в двух отношениях: 1) здесь даются не деньги за вещь, а вещь за вещь; 2) обязательство возникает лишь с момента совершения действия одним контрагентом: мена принадлежит в римском праве к безыменным реальным контрактам» [7, с. 732]. Предметы купли-продажи в римском частном праве отличались своим многообразием: вещи телесные и бестелесные, движимые и недвижимые, в том числе и деньги; вещь, существующая в данное время и будущая, изготовлена ли она человеческими руками или должна возникнуть естественным путем (плоды с участка, приплод скота и пр.); отдельная вещь и совокупность вещей (даже все имущество); собственная вещь продавца и чужая; индивидуально или же только родовым образом определенные вещи. Данное положение юридически закреплено в нормах «Дигестов Юстиниана» (книга XVIII, титул I, фрагмент XXXIV, § I, далее – D.XVIII.I.XXXIV § 1). Вместе с тем законодательство Юстиниана устанавливало и определенные ограничения в отношении предметов купли-продажи: «*Omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit: quas vero natura vel gentium ius vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est*» – «Продажа всех вещей, которые кто-либо может иметь или владеть ими, или добиваться их через суд, будет действительна; однако ничтожна продажа тех вещей, которые или природой, или правом народов, или обычаями государства исключены из оборота» [8, с. 572].

В рассматриваемый исторический период времени в римском частном праве уже использовалось понятие «товар» [9, с. 469], однако данное слово использовалось только в отношении движимых вещей.

Относительно цены покупаемого предмета (вещи) действовало правило, изложенное в титуле CXXXI книги III Институций Гая (далее – Gai. III. CXXXI): «*Pretium in numerata pecunia consistere debet*» [10, с. 222], т. е. цена должна состоять в деньгах, в противном случае из норм, изложенных в Дигестах Юстиниана (D.XVIII. IV.I), следует, что это будет не продажа, а какая-либо иная сделка (мена, безыменный контракт), но сверх денег может быть обещано еще что-либо [8, с. 756, 758]. Цена должна быть определенной (*pretium certum*); достаточно, если она определена объективно (например, *quantum pretii in arca habeo*) [8, с. 562].

Если определение цены предоставлено усмотрению третьей стороны, то продажа будет условной, пока третья сторона не выскажет своего мнения – о чем свидетельствуют нормы, изложенные в Институциях Юстиниана (книга III, титул XXIII, § I, далее – I. I. III. XXIII § I): «*...Sed nostra decisio ita hoc constituit, ut, quotiens sic composite sit eunditio quanti ille aestima uerit, sub hac condicione staret contractus, ut si quidem ipse qui nominatus est pretium defini erit, omnimodo secundum eius aestimationem et pretium persoluatur et res tradatur, ut uenditio ad effectum perducatur, emptore quidem ex empto, actione uenditore autem ex uendito agente. Sin autem ille qui est uel noluerit uel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse uenditionem quasi nullo pretio statuto*» – «Но наше императорское постановление определило, что всякий раз, когда продажа состоялась под условием оценки третьим лицом, то продажа находится в

таком положении, что осуществление этой сделки производится посредством выдачи вещи и платежа суммы в размере, определение которого предоставляется третьему лицу; покупателю представляется иск из купли, продавцу – из продажи. В случае нежелания или невозможности оценки лицом, продажа признается недействительной, так как для этой продажи не установлена цена» [11, с. 268]. Впрочем, исходя из ряда норм римского частного права, определение цены может быть предоставлено и справедливому усмотрению (*boni viri arbitrium*) одного из контрагентов (покупателя или продавца), но не его произволу [8, с. 574].

Цена не всегда соответствовала ценности вещи (D.IV.IV.XVI § IV), о чем свидетельствует заключение римского юриста Помпония, изложенное во фрагменте XVI титула IV книги IV Дигестов Юстиниана: «Idem Pomponias ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire» – «Помпоний тоже говорит, что относительно цены покупки и продажи сторонам естественно обходить (обманывать) друг друга» [12, с. 474].

Во времена правления императора Диоклетиана было введено понятие *iustum pretium* (справедливой цены, средней рыночной цены). При этом указывалось, что сделка будет признана недействительной, в случае если, например, цена, указанная в договоре, будет более чем на 50 % ниже средней рыночной цены данной вещи [2, с. 380]. Так в рескриптах Диоклетиана установлено, что продавец участка, получивший менее половины действительной стоимости, может отказаться от договора (*propter laesioneos enormem* или *ultra dimidium*), если покупатель не доплатит до действительной его ценности [7, с. 717]. Практика перенесла это правило на движимые вещи, далее – на покупателя, который уплатил свыше двух величин действительной стоимости, и на все сделки менового характера.

При этом в римском частном праве от цены, не соответствующей стоимости вещи, отличали цену, несерьезно назначенную (*venditio nuramo uno*), цена должна быть назначена серьезно (*pretium verum*), в противном случае сделка считалась действительной и подчинялась правилам дарения [8, с. 576]. Аналогичное правило действовало, если продажа совершалась за слишком низкую цену добровольно [8, с. 576].

Возникает вопрос: как в римском частном праве регламентировались обязанности контрагентов при реализации договора купли-продажи?

Основным обязательством покупателя при договоре купли-продажи, согласно норме римского частного права (D.XIX.I.XIII § XX), являлась уплата цены продавцу [8, с. 674]. Уплата цены должна была быть совершена на ту сумму, в то время и на том месте, которые определили стороны соглашения. Если время и место уплаты не были определены, это обязательство покупатель должен был выполнить одновременно с поставкой товара. Любую задержку уплаты цены по вине покупателя, определяемой по величине *culpa levis in abstracto*, покупатель возмещал *damnum emergens* и *lucrum cessans* (D.XIX.I.XIII § XXII; XXXVIII § I) [8, с. 676].

Другим обязательством покупателя считалось несение риска при случайной гибели вещи. Это обязательство покупателя выражалось правилом: *res perit emptori или periculum est emptoris*. Иными словами, покупатель нес риск случайной гибели вещи от заключения договора до передачи предмета, хотя в это время он еще не являлся собственником вещи. В виде исключения риск не отягощал покупателя в случае, когда вещь определялась *in genere*, когда она была конфискована, когда погибла по вине продавца и когда договор купли-продажи отменялся по требованию продавца.

Третьим обязательством покупателя являлось принятие поставленного товара, если последний исправно, в установленном месте и в установленное время был предложен ему продавцом. Если этого не происходило, покупатель нес ответственность за ущерб, наносимый продавцу.

Основным обязательством продавца являлось предоставление товара покупателю. Если в момент заключения договора товар не находился в собственности продавца, он должен был произвести или приобрести его. Продавец должен был предоставить вещь покупателю в установленное время и в установленном месте. Если об этом не договорились, обязательство продавца по предоставлению вещи устанавливалось сразу, при условии, что и покупатель сразу уплатит ему цену. Если покупатель этого не совершил, но все же требовал исполнения договора, это требование могло отклоняться *exception non adimpleti contractus*. В связи с тем, что то же самое право имел и покупатель, инициатива выполнения договора принадлежала стороне, которая была более заинтересована в сделке. Если продавец передавал вещь, но не получал цену, передача вещи не служила для покупателя способом приобретения собственности. Продавец мог виндигировать вещь, кроме случаев, когда покупатель предоставлял реальное подтверждение того, что цена будет уплачена, и в случаях, когда заключались договоры кредитной купли-продажи.

В случае уплаты цены до передачи товара, который был утрачен вследствие его гибели или порчи, продавец нес ответственность за сохранность вещи (D.XVIII.VI.XV.I): «Materia empti si furto perisset, postquam tradita esset, emptoris esse periculo respondit, si misus, venditoris» – «Если купленный строительный материал после передачи был утрачен вследствие воровства, то риск несет покупатель, в

иных случаях – продавец» [8, с. 644]. Законодательство Юстиниана в данном случае гласит, что продавец отвечает за умысел (*dolus*) или вину (*culpa*): «...*Emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium soluere. Quidquid enim sine dolo et culpa uenditoris accidit, in eo uenditor securus est (I.I. III. XXIII § III)*» – «За всякий ущерб, происшедший не по вине или умыслу продавца, последний не ответствен» [11, с. 270]. В случае отсутствия вины, например, когда вещь погибла в результате несчастного случая (*casus fortuitus*) или при форс-мажорных обстоятельствах (*vis maior*), действовал принцип «риск гибели вещи лежит на покупателе» (*periculum вследствие interitus rei est emptoris*): в случае если цена еще не уплачена, покупатель должен был оплатить цену вещи (*pretium rei*) [8, с. 642].

Дополнительные обязательства продавца состояли в гарантировании вещи от эвикции (принудительного лишения покупателя купленной им вещи) и от тайных изъянов данной вещи. Гарантия от эвикции действовала до тех пор, пока приобретатель не получал право на *usucapio* (действительный или мнимый *dominus*). Изначально приобретатель был гарантирован особой дополнительной *stipulatio* со стороны продавца посредством так называемой *stipulatio duplae* (D. XXI. II), после которой, в случае эвикции, следовало судебное решение о возмещении вещи в двойном размере, – точно так же, как в случае *actio auctoritatis*, порожденной *mancipatio* [13, с. 154–196]. В случае неисполнения этого обязательства следовала *actio empty*, предполагавшая разбирательство в форме *iudicium bonae fidei* (D. XIX. I. XXX § I) [8, с. 688].

Гарантией качества приобретаемой вещи покупателем со стороны продавца было право покупателя выдвинуть иск стипуляционного характера (*actio ex stipulatu*). При покупке животных и рабов покупатель наделялся правом на два вида исков: *actio redhibitoria* – для расторжения сделки [13, с. 94] и *actio quanti numeris* или *actio aestimatoria* (D. XXI. I. XXXVIII) – для надлежащего снижения цены продаваемой вещи (манципированной вещи, например, раба или тяглового скота: *iumentum*) [13, с. 136, 138].

В отношении предметов купли-продажи недвижимой собственности в римском частном праве действовали нормы древнего *ius civile*, в соответствии с которыми ответственность продавца действовала в течение тридцати лет. Она распространялась на случай покупки гнилых строительных материалов или дома, построенные из гнилого дерева и в связи с этим подверженные обрушению (D. XIX. I. XIII): «...*Ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem: si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morborum perierunt, quod interfuit idonea venisse erit praestandum*» – Ульпиан в 32-й книге «Комментариев к эдикту» говорит: «Кто продал больной скот или имеющее недостатки бревно и сделал это по неведению, несет ответственность по иску из купли лишь в той сумме, на которую я заплатил бы меньше, если бы знал об этом (о недостатках). Но если он, зная, умолчал и ввел покупателя в обман, то он несет ответственность за весь ущерб, который понес покупатель по этой купле; поэтому, если здание разрушилось вследствие недостатков бревна, то он обязан возместить стоимость здания; если скот погиб, заразившись от больных животных, то должен возместить сумму, за которую можно было бы продать здоровый скот» [8, с. 668]. Договор купли-продажи в данном случае подлежал расторжению. Продавец в течение 6 месяцев обязан был возвратить покупателю полученную от него сумму денег с процентами с целью возмещения понесенных им издержек [13, с. 124].

В соответствии с нормами римского частного права судья предлагал продавцу добровольно исполнить свои обязанности, если он не соглашался, то присуждался к уплате двукратной стоимости проданной вещи, обладающей существенными недостатками (D. XXI. I. XXXV): «...*Nam si neque pretium neque accessionem solvat neque eum qui eo nomine obligatus erit liberet, dupli pretii et accessionis, condemnari iubetur: si vero reddat pretium et accessionem vel eum qui eo nomine obligatus est liberet, simpli videtur condemnari*» – «Ибо если продавец не уплачивает ни цены, ни того, что присоединяется к цене, и не освобождает от обязательств того, кто в связи с этим является обязанным (т. е. покупателя), то приказывают присудить его к уплате цены в двойном размере и к уплате того, что присоединяется к цене; если же продавец возвращает цену и то, что относится к цене или освобождает от обязательств того, кто в связи с этим является обязанным (т. е. покупателя), то считается, что он присуждается к уплате в однократном размере» [13, с. 146].

При договоре купли-продажи могли заключаться и некоторые специальные соглашения в пользу продавца и покупателя.

В пользу покупателя могли заключаться *pactum displicentiae*, *pactum degustationis* и *pactum de retrovendendo*. На основании *pactum displicentiae* покупатель имел право определенное время пользоваться предметом и возвратить его, если предмет ему не подходил (D. XVIII. V. V § I): «*Emptio nuda conventionione dissolvitur, si res secuta non fuerit*» – «Купля расторгается простым соглашением, если вещь не была истребована покупателем» [8, с. 632].

Соглашение о предварительной пробе покупаемого товара *pactum degustationis* (проба вкуса и аромата вина, качества продуктов питания), которое давало право покупателю отказаться от товара, который не соответствовал требуемому качеству (D.XVIII.I.III): «*Idem libro vicensimo octavo ad Sabinum Si res ita distracta sit, ut si displicuisset inempta esset, constat non esse sub condicione distractam sed emptionem sub condicione*» – «Если вещь отчуждена с тем, что она окажется некупленной, если она не понравится, то установлено, что она не является отчужденной под условием, но в зависимость от условия поставлено расторжение купли (Договор заключен под отменительным условием)» [8, с. 560].

В пользу продавца могли заключаться *pactum de retroemendo, in diem, lex commissoria* и *pactum protimiseos*. *Pactum de retroemendo* является соглашением, дающим право продавцу по истечении определенного срока или при некоторых обстоятельствах требовать от покупателя уступить ему товар, который тот ранее купил у него. Профессор Франчози Дженнаро характеризует данное действие как «продажа с условием выкупа вещи» [2, с. 383]. *In diem* является соглашением, дающим право продавцу искать до определенного времени лучшего покупателя и, найдя его, требовать уступки ранее проданного товара. В таком случае прежний покупатель обладал *facultas*: или возратить вещь, или доплатить цену [8, с. 598], *lex commissoria* являлся соглашением, по которому продавец удерживал собственность на проданный предмет и имел право отказаться от продажи вещи, если покупатель не выплачивал в определенный срок цену. В титуле LXXXII книги III Институций Гая изложен еще один механизм возврата проданной вещи: «*Sunt autem etiam alterius generis quae neque lege XII tabularum neque praetoris edicto, sed eo iure (quod) receptum est, introductae sunt*» – «Есть еще другой род приемства, который не введен ни Законом XII таблиц, ни преторским эдиктом, но тем правом, которое принято по общему согласию, т. е. обычаем» [10, с. 202]. *Pactum protimiseos* является соглашением, по которому продавец удерживал право первенства покупки в случае, если покупатель решался на отчуждение купленной вещи. Данная норма в древности была рецептирована из греческого права, согласно которой в случае повторной продажи вещи первый владелец вещи (первый продавец) имел преимущественное право на ее покупку, т. е. фактический выкуп (D.XIX.I.XXI § V): «*Sed et si ita fundum tibi vendidero, ut nulli alii eum quam mihi venderes, eo nomine ex vendito est, si alii vendideris*» – «Если я продам тебе имение с тем, чтобы ты был не в праве продать его никому другому, кроме меня, то имеется вытекающий из продажи иск, если ты продашь (имение) другому» [8, с. 682–683].

Следует отметить, что наряду с упомянутыми средствами, служащими для защиты прав покупателя и продавца, при реализации договора купли-продажи, или *emptio venditi*, в римском частном праве существовала и специальная *venditi*. *Actio* служила защитой для всех прав покупателя, а *venditi* – защитой всех прав продавца. Оба вышеуказанных иска предоставляли взаимозависимые обязательства сторон, которые нашли свое отражение в *bonae fidei*. Обязательства, лежащие на продавце и покупателе, по своему значению одинаково существенны и притом внутренне связаны между собой. Ими руководствовался судья при вынесении решения по спорным вопросам, возникающим между сторонами договора купли-продажи в римском частном праве.

Договор купли-продажи как вид консенсуального соглашения прочно утвердился и в средневековом праве стран Европы на основе рецепции традиций римского частного права и реальной практики, характерной для эпохи феодализма, которая, безусловно, несколько видоизменила особенности правоприменения данного договора. При этом следует признать, что правоприменение консенсуальных соглашений в праве стран средневековой Европы сыграло позитивную роль в истории последующего развития права большинства стран мира. Данное явление способствовало формированию современного взгляда на консенсуальные договоры как сделки, порождающие гражданские права и обязанности с момента достижения сторонами соглашения. Понимание характера консенсуального договора спустя несколько столетий нашло отражение в основных правовых системах современного мира, прежде всего в англосаксонской и романо-германской системах. В XXI в. невозможно представить гражданское право ни в одной из стран мира без наличия в нем разновидностей консенсуальных договоров.

Договор найма. Источники права Древнего Рима позволяют считать, что договор найма как юридическая сделка был уже известен в IV в. до н. э. При отсутствии денег оплата осуществлялась в натуральной форме. Несколько позже под наймом имущества стали понимать соглашение двух сторон, т. е. лица, дающего имущество в наем (*locator*), и нанимателя (*conductor*), о том, что первый отдает второму какую-либо вещь в пользование с обязательством последнего о ее возврате по окончании пользования и уплатой определенной суммы денег. Об этом идет речь в титуле CXXXXII книги III Институций Гая: «*Locatio autem et conductio (et emptio et uenditio) similibus regulis constituuntur: nisi enim merces certa statuta sit, non uidetur locatio et conductio contrahi*» [10, с. 224]. Анализ Институций Гая позволил сделать вывод о том, что Гай описал только два случая найма *locatio rei* и *locatio operis* (подряд), между тем у него нет сведений о *locatio operarum*, которые мы встречаем в поздних Сентенциях Павла (*Pauli sententiae*) и различных фрагментах Дигест.

Locatio rei (наем вещи как движимой, так и недвижимой) предусматривает заключение договора о непотребляемых вещах, где *locator* уступает арендатору (*conductor*, *colonus* – в случае найма сельского земельного участка; *inquilinus* – в случае найма городской недвижимости, например дома или строения другого рода) право держания вещи, с тем, что арендатор будет пользоваться ею и извлекать доход для себя, выплачивая при этом арендную плату в пользу арендодателя.

Locatio operis имела место в том случае, когда наймодатель (заказчик) был обязан передать нанимателю (подрядчику) определенную вещь, с тем чтобы тот самовольно, своим трудом, совершил над ней (или с ее помощью) какую-либо работу – *opus perfectum* [11, с. 272], т. е. сделал ювелирные украшения из выданного ему золота, пошил одежду из ткани заказчика или высек статую из полученного от заказчика куска мрамора и т. д. За свою работу *conductor* (подрядчик) получал оговоренную предварительно плату (*merces*) [10, с. 226].

Мы имеем все основания считать, что предметом найма, как и купли-продажи, могли быть вещи всякого рода, даже не принадлежащие лицу, отдающему их в наем, поскольку последние могли быть собственностью третьего лица. Все, что являлось предметом купли-продажи, могло быть и предметом найма. При этом пользование вещью нанимателем предполагало бережное отношение к ней и возврат в состоянии целостности и сохранности. Из вышеизложенного следует, что договор купли-продажи в римском частном праве отличается от найма: покупателю вещь отдается безвозвратно, наниматель получает ее только на определенный срок времени. Право собственности на предмет найма остается у лица, которому оно принадлежало до заключения договора найма.

Кто был первым нанимателем в Древнем Риме, установить точно невозможно. Однако версия о том, что первыми нанимателями в Риме были перегрины и прочий люд из числа лиц, не имевших статуса оседлости в городе, представляется весьма правдоподобной. Именно данная категория лиц поселялась в наемных домах и квартирах. Вместе с тем следует отметить, что в числе жильцов (*inquilini*) встречались представители различных сословий римского общества. Например, Сулла в молодые годы снимал квартиру за 3000 сестерций в том же доме, где наверху жил вольноотпущенник, плативший 2000 сестерций [15, с. 283].

В селах была известна аренда имений и земельных участков. Арендатор (*coloni*) платил землевладельцу часть собранного продукта с арендуемого землевладения, который именовался *испольщиной*, или деньги. Первый вид оплаты был древнего происхождения. Срок найма оговаривался в контракте. Положение арендаторов в обществе было показателем их невысокого социального статуса. Не иметь своего имущества и заниматься развитием чужого считалось делом, если не презренным в Древнем Риме, то далеко и не добропорядочным. Вероятно, данное обстоятельство и сформировало взгляд в обществе, что наем имущества – это форма чистых обязательств, которая была лишена вещного характера, т. е. наниматель при возникновении судебного спора с собственником вещи был наделен личным иском (*actio in personam*) подобно покупателю и всякому кредитору по обязательству в римском частном праве. Значит, данный иск имел своим содержанием личное требование и непосредственно не относился к вещи, отданной в наем. Следовательно, собственник вещи, отдав ее в наем одному лицу, мог продать ее другому лицу, при этом покупателю не было дела до нанимателя. Последний мог защищать свои права путем взыскания своих убытков через своего контрагента. На этот факт указывал римский юрист Сервий: «*Si venditor habitationem exceperit, ut inquilino liceat habitare, vel colono ut perfrui liceat ad certum tempus, magis esse Servius putabat ex vendito esse actionem...*» – «Сервий считал, что скорее всего имеется иск, вытекающий из продажи, если продавец исключил из продажи право проживания в доме, чтобы было дозволено проживать там квартиранту, или колону на определенное время, чтобы было дозволено пользоваться с полным правом...» [8, с. 678]. В данном вопросе автор полностью солидарен с точкой зрения С. А. Муромцева, что «в куплю-продажу могло быть включено соглашение о том, что покупатель соблюдает условия найма, но в случае уклонения покупателя от этого притянуть его к суду мог не наниматель, а продавец – посредством *actio venditi*» [14, с. 283]. Наниматель же по-прежнему сохранял только *actio conducti* против продавца. Такая конструкция отличала наем от узуфрукта, в котором пользование вещью охранялось вещным иском (*actio in rem*).

В классическом римском частном праве наниматель уже, как и узуфруктуарий, был хозяином нанятой вещи, т. е. мог пользоваться ею по своему усмотрению с тем условием, что она должна была сохранять функцию своего первоначального предназначения. Жилой дом сдавался для проживания людей, а ремесленная мастерская – для производственных целей. Вероятнее всего, что соглашение *locatio operarum* возникло также в классический период истории римского права. Данный вид договора определял форму трудовых отношений при найме рабочей силы, когда свободный работник (*se operasque suas locabat*) сдавал в аренду себя и свой труд, где работник уже выступал в роли наймодателя (*locator*), а наниматель (*conductor*) представлял ему работу и оплачивал ее в форме жалованья работнику.

Основной чертой данного вида договора являлось подчиненное положение работника (*locator*) и его обязанность следовать указаниям работодателя. Этот принцип является характерным и для современных отношений в сфере наемного труда. Отношения наемного работника и наймодателя прекращались с истечением срока договора или в случае смерти наемного работника [8, с. 724].

В постклассический период наем имущества сделался источником новых институтов права: суперфиция (*superficies*), колоната и эмпфитевзиса (*emphyteusis*).

Договор товарищества (*societas*). Слово *societas* при использовании в римском частном праве выражало два различных значения: благодаря ему обозначались понятия юридического лица (*universitates personarum*) и объединения, в основе деятельности которых лежал договор, устанавливающий отношения совместной собственности между его членами. Объединения такого рода были известны римскому частному праву во времена принятия Законов XII таблиц. Данный Закон предоставлял членам коллегий (сообществ) право заключать между собой любые соглашения, лишь бы этим они не нарушали какого-нибудь постановления, касающегося общественного порядка [15, с. 13]. Закон этот, по-видимому, был заимствован из законодательства Солона. В этих нормах устанавливались основания возникновения товариществ. Форма заключения самых ранних товариществ историко-правовой науке неизвестна. Вместе с тем есть все основания полагать, что содержание взаимоотношений между договорными товарищами регулировались так же, как и отношения в объединениях (*consortium*), которые принадлежали к числу объединений неразделенной семейной собственности между *heredes sui*, поэтому договорные товарищества в праве Древнего Рима именовались «*societates ad instar fratrum*».

В классическом римском частном праве договор товарищества (*societas*) являлся консенсуальным двусторонним или многосторонним договором и устанавливался согласованным волеизъявлением товарищей (*socii*) создать совместное имущество для определенной деятельности всех членов и разделения между ними дохода, получаемого от этой деятельности. Вступая в товарищество, товарищи, или *socii*, преследовали определенную цель. Согласно поставленной цели товарищества делились на два вида: товарищества по совместному проживанию и совместной деятельности и производственные товарищества. Товарищества по совместному проживанию и деятельности назывались *societas omnium bonorum* и устанавливались, когда товарищи договаривались об общности всего настоящего и будущего имущества и разделении между собой всего, чем они обладали. Об этом свидетельствует фрагмент I титула II книги XVII Дигестов Юстиниана: «*In societate omnium bonorum omnes res quae coeuntium sunt continuo communicantur*» – «При товариществе, охватывающем все имущество, все вещи, вступающие в товарищество, делаются немедленно общими» [8, с. 506].

Товарищества, основанные лишь для совместной деятельности, или деловые товарищества, устанавливались как *societas quaestus*, или как *societas negotiationis*, или *societas unius rei*.

Societas quaestus объединяли часть собственного имущества товарищей для ведения совместной хозяйственной деятельности и получения общих доходов. Об этом гласит фрагмент VIII титула II книги XVII Дигестов Юстиниана: «*Paulus libro sexton ad Sabinum Quaestus enim intellegitur, qui ex opera cuius descendit*» [8, с. 508]. Если стороны не оговорили, какой вид товарищества они основывают, предполагалось, что речь идет о *societas quaestus*.

Societas negotiationis устанавливались, когда товарищи вносили часть своего имущества для занятия определенным видом хозяйственной деятельности и получения общих доходов от этого вида деятельности.

Societas unius rei устанавливались соглашением товарищей о выделении части имущества, необходимого для выполнения точно определенной работы с целью получения от этой работы общих доходов.

Основной обязанностью каждого товарища являлось внесение в товарищество всего имущества, если речь шла о товариществе по совместному проживанию и деятельности (*omnium bonorum*) или определенной его части, если речь шла о других видах товариществ. Вклады товарищей, из которых создавалось имущество товарищества, не всегда обязаны были быть материальными. Вкладами могли считаться и некоторые права, даже трудовые способности отдельных товарищей [10, с. 227]. Второй обязанностью каждого товарища было участие в управлении и хозяйственной деятельности товарищества. Эту обязанность товарищи должны были выполнять добросовестно, так как несли ответственность за каждое упущение по *culpa levis in concreto*. Третьей обязанностью каждого товарища было предоставлять в распоряжение других *socii* всего дохода (*communicatio lucri*), разделяемого согласно договору среди всех членов. В пользу нашего довода свидетельствует и мнение Кассия, изложенное в § II фрагмента XXIX титула II книги XVII Дигестов: «*Talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare: et nos consentimus talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret: iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet*» – «Нельзя образовать такое товарищество, что одному достается вся выгода, а на другого возлагается только ущерб; такое товарищество принято называть “львиным” (данное название заимствовано из басни

Эзопа, где лев условился с ослом вместе охотиться, но всю добычу взял себе. – Прим. автора). И мы соглашаемся, что ничтожно такое товарищество, в котором одному достается выгода, а на долю другого не приходится никакой выгоды, но лишь ущерб; является несправедливейшим такой вид товарищества, от которого кто-либо ожидает ущерб, а не выгоду» [8, с. 516]. И весьма логично, что согласно договору каждый из товарищей был обязан принимать участие в возмещении убытков, понесенных товариществом (*communicatio damni*).

Следовательно, права товарищей были коррелятивны их обязанностям: каждый товарищ имел право требовать от других внесения в товарищество договорного имущества, участия в управлении и хозяйственной деятельности товарищества, внесения доходов и возмещения убытков товарищества. Из чего следует, что каждый товарищ был правомочен заботиться о правильном исполнении договора товарищества, т. е. требовать от всех товарищей добросовестного исполнения своих обязанностей для достижения цели товарищества: разделения полученного дохода в соответствии с положениями, закрепленными в договоре.

Договор поручения (*mandatum*). Предметом договора поручения или *mandatum* в римском частном праве являлось исполнение определенного правового акта в пользу доверителя, т. е. из содержания договора поручения формировалось обязательство *facere*, о содержании которого ведет разговор Гай в титуле CLXII книги III своих Институций. Современные авторы придерживаются точки зрения, что природа деятельности поверенного (*mandatarius*) при реализации договора поручения в римском частном праве могла быть различной: это могла быть физическая (*operae illiberales*) и интеллектуальная (*operae liberales*) работа [16, с. 268].

Поручение могло быть дано как в интересах самого доверителя (*mandatum mea gratia*), так и в интересах третьего лица (*aliena gratia*), в различных комбинациях и переплетениях этих интересов. Об этом мы также находим подтверждение в титуле CLV книги III Институций Гая: «Mandatum consistit, siue nostra gratia mandemus siue aliena. Itaque siue ut mea negotia geras, siue ut alterius, mandauerim, contrahitur mandati obligatio, et inuicem alter alteri tenebimur in id, quod uel me tibi uel te mihi bona fide praestare oportet» – «Поручение имеет место, если мы доверяем совершение известных действий для нас самих или в интересах другого. Стало быть, поручу ли я тебе ведение моих дел или чужих, договор поручения заключается и мы отвечаем друг перед другом относительно того, что в доброй вере или я должен предоставить тебе, или ты – мне» [10, с. 228]. Однако *mandatum tua gratia tantum*, заключенный в интересах только поверенного лица, является ничтожной сделкой, поскольку в римском частном праве воспринималось как дружеский совет или побуждение [11, с. 278]. Обязанности поверенного состояли в том, чтобы должным образом исполнить возложенное на него поручение и передать доверителю результат своего труда (представительство, имеющее косвенный характер). Обязанности доверителя заключались в том, чтобы возместить поверенному его расходы и возможный ущерб, а также взять на себя долги, которые могли возникнуть в процессе деятельности поверенного.

По своему объему и природе договоры поручения делились на несколько видов. Договор поручения, на основании которого поверенный должен был выполнить все действия, необходимые для правильного управления имуществом доверителя, назывался *mandatum generale* или *procuratio omnium bonorum* [16, с. 268]. Договор, по которому поверенный должен был совершить точно определенные действия, назывался *mandatum speciale* или *procuratio unius rei*. Договор, по которому поверенный получал указания дать какому-либо лицу определенную сумму денег в долг, причем доверитель выступал гарантом, назывался *mandatum qualificatum* или *mandatum pecuniae credendae* [16, с. 269].

Основной обязанностью поверенного являлось добросовестное исполнение порученного доверителем. За добросовестное исполнение этой обязанности поверенный нес ответственность по *culpa lata*, а в постклассическом праве и по *culpa levis in abstractio*. Второй обязанностью поверенного являлось предоставление доверителю результатов исполненного поручения. Передача результатов дарителю, особенно в случае, когда речь шла о полномочиях по заключению какого-либо договора, должна была завершаться или традиционным поручением вещи, или процессуальным отказом от требований (*actiones per transpositionem*). Так было потому, что римский мандатум являлся договором, по которому устанавливалось опосредованное исполнение: при исполнении указаний доверителя поверенный не действовал от имени доверителя, а заключал договоры от своего имени и по своему усмотрению. Именно поэтому все права и обязанности на основании заключенных договоров принадлежали только поверенному лицу и только после исполнения договора поручения поверенный должен был передать доверителю все приобретенные права.

На основании договора поручения поверенный обычно не получал никаких прав: договор поручения (мандатум) являлся бесплатным договором и лукративным для доверителя. Одним из первых пришел к данному выводу римский юрист Павел в книге XXXV своих «Комментариев к эдикту», которые гласят следующее: «Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit» – «Поручение ничтожно, если оно не является безвозмездным, ибо оно

ведет свое происхождение из обязанности или из дружбы, и следовательно, плата противоречит обязанности; если приходят деньги, то дело рассматривается скорее как наем» [8, с. 442]. Только в постклассическом праве можно было устанавливать скромные гонорары для поверенного. Об этом есть упоминание в книге VIII Ульпиана «О всякого рода судах», которое нашло свое отражение и в Дигестах Юстиниана: «In honorariis advocatorum ita versari iudex debet, ut pro modo litis proque advocati facundia et fori consuetudine et iudicii, in quo erat acturus, aestimationem adhibeat, dummodo licitum honorarium quantitas non egrediatur: ita enim rescripto imperatoris nostri et patris eius continetur. Verba rescripti ita se habent: “Si Iulius maternus, quem patronum causae tuae esse voluisti, fidem susceptam exhibere paratus est, eam dumtaxat pecuniam, quae modum legitimum egressa est, repetere debes”» – «Что касается вознаграждений адвокатов, то судья должен заниматься этим таким образом, чтобы он мог произвести оценку характера спора и ораторских способностей адвоката, определить принятое по обычаю место судебного разбирательства и тяжбу, в которой (адвокат) должен был участвовать, чтобы этот (судья) не вышел из дозволенного размера гонорара (адвоката); ведь так написано в рескрипте нашего императора и его божественного отца. В рескрипте содержатся следующие слова: “Если Юлий Матерн, которого ты хотел иметь в качестве патрона по твоему делу, взяв на себя обещание, готов его исполнить, то ты должен истребовать только те деньги, которые выходят за пределы определенных законом”» [9, с. 438].

Однако еще Гай утверждал, что плата как вознаграждение за услуги трансформировала данный вид контракта в договор о *locatio operis*. В частности, в титуле CLXII книги III Институций Гая сказано: «In summa sciendum (est, quotiens faciendum) aliquid gratis dederim, quo nomine si mercedem statuisssem, locatio et conductio contraheretur, mandate esse actionem, ueluti si fulloni polienda curandaue uestimenta aut sarcinatori sarcienda (dederim)» – «Вообще следует знать, что иск о поручении имеет место всякий раз, когда поручение есть безвозмездное; но как скоро определяется вознаграждение, то образуется наем, например, если я отдал платье для отделки или для чистки сукновалу или портному для починки» [10, с. 230]. При этом в римском частном праве было и исключение, которое гласило, что если поверенный при исполнении взятых обязательств терпел убытки, он был правомочен требовать их возмещения от доверителя.

Для защиты прав доверителя, как и возможных прав поверенного, служил *actio mandati*. Доверитель защищал свои права посредством *actio mandati directa*, а поверенный с помощью *actio mandati contraria*. Оба иска относились к категории *bonae fides*. Об этом мы находим сведения в титуле LXII книги IV Институций Гая: «Sunt autem bonae fidei iudicia (ueluti) haec: ex empto uendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae» – «Разбирательству судов по доброй совести подлежали иски по купле-продаже, по договору найма, по ведению кем-либо чужих дел, по договору поручения, поклада, фидуциарный иск, по делам товарищества, опеки, иск против мужа о возвращении приданного после развода» [10, с. 284]. Следствием удовлетворения *actio mandati directa* была *infamia* (позор, потеря доверия) для поверенного, поскольку поручение основывалось на доверии и дружбе сторон [D. XVII. I. I. IV].

Действие договора поручения прекращалось при отказе поверенного от данного ему поручения или при отзыве поручения самим доверителем. Данное положение закреплено в титуле CLIX книги III Институций Гая: «Sed recte quoque (contractum) mandatum si, dum adhuc integra res sit, reuocantum fuerit, euanescit» – «Поручение, правильно заключенное, также теряет силу, если оно будет отменено до начала исполнения» [10, с. 230]. В случае смерти одной из сторон, когда поручение уже не может быть исполнено, в случае исполнения поручения, а также в случае взаимных разногласий (или расторжение договора по обоюдному согласию). О чем мы также находим сведения в титуле CLVIII книги III Институций Гая: «Item si quid post mortem meam faciendum (mihi) mandetur, inutile mandatum est, quia generaliter placuit ad heredis persona obligationem incipere non posse» – «Далее, поручение не действительно, если мне дадут поручение на действие, которое должно быть совершено после моей смерти, так как вообще принято, что обязательство не может получать свое начало от наследника» [10, с. 230]. Таким образом, договор поручения (*mandatum*) в римском частном праве являлся консенсуальным, двусторонним неравным договором, который устанавливался соглашением между доверителем и поверенным о том, что поверенный в пользу доверителя бесплатно исполнит какой-либо правовой акт, порученный ему доверителем [Gai. III. CLV].

Заключение. В настоящее время есть основания предполагать, что консенсуальные договоры сформировались не в сфере римского частного права, а были реципированы туда на рубеже IV–III вв. до н. э. из права стран, активно участвовавших в средиземноморской торговле: Греции, Финикии, Карфагена и ряда городов-государств южной Италии (греческих колоний). Об этом свидетельствуют дошедшие до нас исторические источники. При этом безусловным является тот факт, что римляне реципировали данные контракты в отечественную систему права и развили их, придав известную ныне нам трактовку. В свою очередь, консенсуальные контракты римского частного права были реципированы в право стран средневековой Западной и Восточной Европы. Однако особую, наиболее

значимую роль им суждено было сыграть в становлении и развитии буржуазного права. Консенсуальные договоры стали основой книги III «О различных способах, которыми приобретают собственность» Гражданского кодекса Франции 1804 г. – первого в мире буржуазного кодекса гражданского права, который стал фундаментальной основой современной романо-германской правовой системы.

В римском частном праве применение получили четыре консенсуальных контракта. В гражданском праве стран современного мира действуют десятки разновидностей консенсуальных соглашений. Так, еще в начале XX в. считалось, что нормы договора купли-продажи не применимы при передаче имущественных прав, то уже в конце XX – начале XXI в. стало традицией рассматривать договор купли-продажи как системообразующий для иных видов гражданских договоров, таких как договоры поставки, энергоснабжения, об уступке имущественных прав, объектов интеллектуальной собственности и др. Например, Гражданский кодекс Республики Беларусь современную трактовку консенсуальных договоров излагает в статьях 63–104, 424–475, 577–732 [17, с. 42–67; 212–234; 273–330]. Кроме того, консенсуальные соглашения широко применяются и в международном частном праве. На основе международного договора купли-продажи построена вся современная архитектура внешней торговли Республики Беларусь и всего мирового сообщества.

Библиографические ссылки

1. Санфилиппо Чезаре. Курс римского частного права : учебник / под ред. Д. В. Дождева. – М. : БЕК, 2000.
2. Францози Дженнаро. Институционный курс римского права / пер. с итал.; отв. ред. Л. Л. Кофанов. – М. : Статут, 2004.
3. Рассолов М. М., Горбунов М. А. Римское право : учеб. для студентов вузов, обуч. по спец. «Юриспруденция». – М. : ЮНИТИ – ДАНА, 2009.
4. История Древнего Рима / А. Г. Бокщанин [и др.]; под ред. В. И. Кузищина. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Высш. шк., 1981.
5. Всемирная история : в 10 т. – М. : Госполитиздат, 1956–1965. – Т. 2 : Древний мир (I тыс. до н. э.) / под ред. С. Л. Утченко (отв. ред.) [и др.]. – 1956.
6. Бокщанин А. Г. Источниковедение Древнего Рима. – М. : Изд-во МГУ, 1981.
7. Барон Ю. Система римского гражданского права : в 6 кн. / предисловие В. В. Байбака. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2005.
8. Дигесты Юстиниана : в 7 т. / пер. с лат.; отв. ред. Л. Л. Кофанов. – М. : Статут, 2002–2005. – Т. III : Книги XII–XIX, 2003.
9. Дигесты Юстиниана : в 7 т. / пер. с лат.; отв. ред. Л. Л. Кофанов. – М. : Статут, 2002–2005. – Т. VII. Полутом 2 : Книги XLVIII–L, 2005.
10. Гай. Институции / пер. с лат. Ф. Дадынского; под ред. В. А. Савельева, Л. Л. Кофанова. – М. : Юрист, 1997.
11. Институции Юстиниана / пер. с лат. Д. Расснера; под ред. Л. Л. Кофанова, В. А. Томсинова. – М. : Зерцало, 1998.
12. Дигесты Юстиниана : в 7 т. / пер. с лат.; отв. ред. Л. Л. Кофанов. – М. : Статут, 2002–2005. – Т. I : Книги I–IV, 2002.
13. Дигесты Юстиниана : в 7 т. / пер. с лат.; отв. ред. Л. Л. Кофанов. – М. : Статут, 2002–2005. – Т. IV : Книги XX–XXVII, 2004.
14. Муромцев С. А. Гражданское право Древнего Рима. – М. : Статут, 2003.
15. Памятники римского права: Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. – М. : Зерцало, 1997.
16. Пухан И., Поленак-Акимовская М. Римское право / пер. с македон. проф. В. А. Томсинова и Ю. В. Филиппова. – М. : ЗЕРЦАЛО, 2000.
17. Гражданский кодекс Республики Беларусь : с изм. и доп. по состоянию на 20 апр. 2011 г. – Минск : Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь, 2011.

Поступила в редакцию 29.03.2013.