

17232.

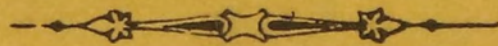


~~1904~~³.

ОПЫТЪ

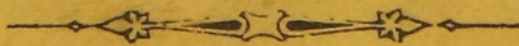
ИЗСЛѢДОВАНІЯ

БЕЗЪИМЯННЫХЪ ДОГОВОРОВЪ.



СОЧИНЕНІЕ

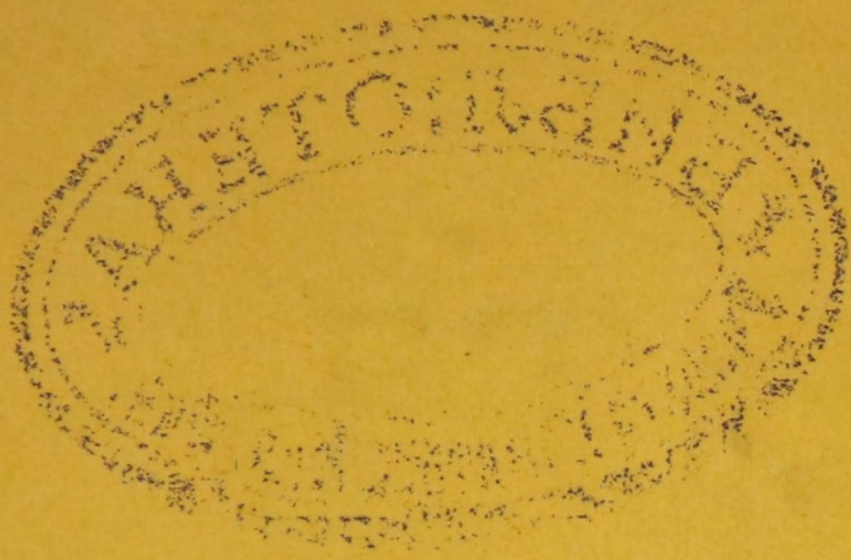
Михаила Тредингера.



Р И Г А.

Типографія Л. Бланкенштейна. Ткацкая ул. № 13.

—
1893.



1000

14232

~~19043.~~



О П Ы Т Ъ

ИЗСЛѢДОВАНІЯ

БЕЗЪИМЯНЫХЪ ДОГОВОРОВЪ.

СОЧИНЕНІЕ

Михаила Тредингера.



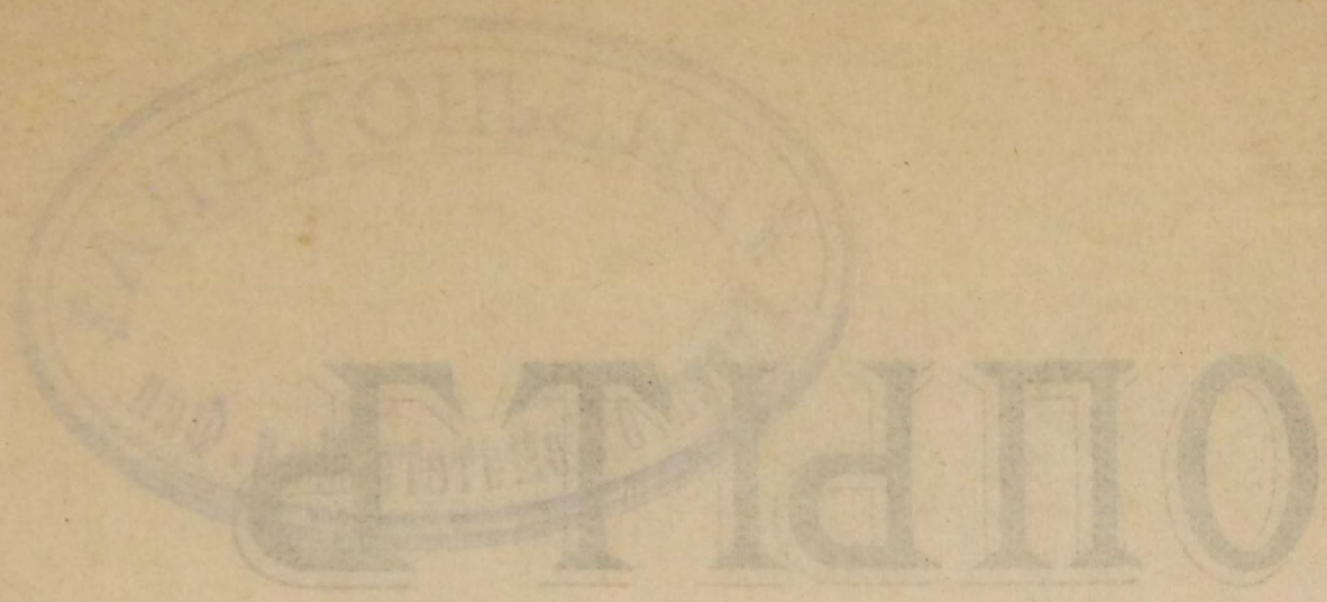
Р И Г А.

Типографія Л. Бланкенштейна. Ткацкая улица № 13.

1893.

Библиотека ИИФ СССР

7



ИЗДАТЕЛЬСТВО

80316

ВЕРСТАТЕЛЬСТВО ДОЛОВОЕ

Дозволено цензурою. Рига, 12 февраля 1893 г.

СОДЕРЖАНИЕ

Описание предмета



РИГА

Издательство Л. Бланкштейна. Тейковская улица № 18.

1893

Ильи Львовичу

ДОБРОВОЛЬСКОМУ.

ВВЕДЕНИЕ.

Система римскаго права почитается культурнымъ элементомъ современнаго юридическаго образованія подобно тому, какъ ученіе Христа стало культурнымъ элементомъ современнаго міровоззрѣнія. Насколько начала нравственности не могутъ быть понимаемы членами современнаго общества помимо христіанской религіи, настолько правовѣдѣніе нуждается въ системѣ римскаго права. Строгая послѣдовательность, простота и изящность, составляющія отличительныя черты научныхъ теорій классической юриспруденціи, глубина мыслей и поразительная наблюдательность, замѣчаемая у отдѣльныхъ представителей римской юриспруденціи, всѣ эти выдающіяся качества не могутъ ускользнуть при нѣсколько внимательномъ изученіи системы помянутаго права. Этими преимуществами изобилуютъ всѣ части гражданскаго права древняго Рима; что же касается, въ особенности, положеній этого права объ обязательственныхъ отношеніяхъ, то они въ такой степени поражаютъ и самобытностью и обработанностью, что, безъ ихъ посредства, почти немислимо какое бы то ни было систематическое изложеніе теоріи обязательственнаго права, хотя и нельзя отрицать того положительнаго факта, что нынѣшнія обязательственныя отношенія гораздо сложнѣе и запутаннѣе римскихъ ¹⁾.

¹⁾ Срв. Dernburg, Pandekten, томъ II, стр. 222.

Совершенно справедливо покойный германский ученый Брунсъ видит всемірно-историческое значеніе Рима въ томъ, что только въ этомъ государствѣ установилось понятіе о субъективномъ правѣ; только у этого „правоваго народа *par excellence*“ (по мѣткому выраженію Рудольфа Геринга) признано было впервые право за отдѣльною личностію. Между тѣмъ, идея объ индивидуализмѣ, мысль о совершенной самостоятельности гражданина въ частной его дѣятельности получила самое сильное выраженіе въ системѣ обязательственныхъ отношеній и прежде всего въ томъ великомъ законодательномъ актѣ, которымъ древній Римъ не меньше можетъ гордиться, чѣмъ Англія своею „*magna charta libertatum*“. Мы говоримъ о законахъ Двѣнадцати Таблицъ, обращая, въ данномъ случаѣ, спеціальное вниманіе на *tab. VI*: „*cum nexum faciet mancipiumve, uti lingua nuncupassit, ita jus esto*“. Припомнимъ, кстати, мысли Савиньи ¹⁾ по поводу характеристики двухъ обширныхъ отдѣловъ системы права: права вещнаго и права обязательственнаго. По мнѣнію этого величайшаго юриста нашего столѣтія, задача обязательственнаго права заключается въ томъ, чтобы связать членовъ общества и возстановить разрушенную вещнымъ правомъ „общность правъ и интересовъ“. Вѣдь не даромъ же подъ обязательствомъ юриспруденція разумѣетъ „*juris vinculum*“ ²⁾, связь, соединяющую лицъ, участвующихъ въ установленіи этого союза. Отсюда ясно видно, какое громадное культурно-историческое значеніе надлежитъ признать за обязательственнымъ правомъ. Поэтому и неудивительно, почему римскіе юристы, особенно же юристы временъ императорскаго режима, обращали такое усиленное вниманіе на обработку именно обязательственнаго права.

¹⁾ Savigny, das Obligationenrecht, томъ I, стр. 16.

²⁾ pr. I. de oblig. III, 13.

Основательное знакомство со взглядами классических юристовъ составляетъ неизбѣжную обязанность всякаго, кому желательно не отставать отъ средняго уровня современнаго юридическаго образованія. Само собою разумѣется, что замѣчаніе это касается не законниковъ, неизмѣнно лепечущихъ съ трудомъ усвоенныя ими формулы, а юристовъ, знатоковъ права въ собственномъ смыслѣ этого слова. Конечно, нельзя забывать, что въ цѣляхъ и стремленіяхъ римскаго правообразованія встрѣчается многое такое, что рѣзко отличается отъ нашихъ юридическихъ идей и представленій¹⁾, но съ другой стороны во множествѣ правовыхъ институтовъ современнаго міра и древняго Рима могутъ бытъ найдены точки соприкосновенія. Примѣромъ служитъ обширная тема объ обязательствѣ. По адресу римской „облигаціи“ нерѣдко высказывались упреки въ томъ смыслѣ, что весь характеръ ея чрезвычайно искусственный. Но назвать искусственною римскую облигацію не вполне вѣрно. Впрочемъ, мы не ошибемся, если будемъ утверждать, что римское обязательство есть произведеніе художественное. Но это, конечно, далеко не тождественно съ понятіемъ о произведеніи искусственномъ²⁾.

Во всякомъ случаѣ не подлежитъ сомнѣнію, что система обязательствъ ни въ одномъ законодательствѣ не обработана такъ тонко, основательно и всесторонне, какъ именно въ римскомъ правѣ³⁾. Въ этомъ то обстоятельствѣ и кроется причина, почему теоретическія попытки, направляемыя къ тому, чтобы помимо классической юриспруденціи построить ученіе объ обязательствахъ,

¹⁾ Brinz, Kritische Vierteljahrschrift f. Gesetzg. u. Rechtsw. 1866, стр. 471.

²⁾ Kuntze, die Obligation u. Singularsuccession, стр. 90.

³⁾ Kuntze, Excuse über röm. Recht, стр. 523.

будутъ всегда имѣть лишь отрицательное значеніе ¹⁾). Задача предстоящаго труда состоитъ въ изслѣдованіи одного изъ самыхъ незначительныхъ по объему отдѣловъ системы римскихъ обязательствъ, именно такъ называемыхъ безъимянныхъ договоровъ. Вопросъ о безъимянныхъ договорахъ не разъ уже служилъ предметомъ изысканій романистовъ. Германская литература, сравнительно говоря, не бѣдна сочиненіями, посвященными обслѣдованію помянутаго вопроса, — но окончательнаго и при томъ удовлетворительнаго рѣшенія онъ не получилъ по настоящее время. Одинъ изъ лучшихъ изслѣдователей вопросовъ близко касающихся нашей темы, профессоръ Ленскаго университета Вендтъ ²⁾ еще недавно высказался въ томъ смыслѣ, что теорія о безъимянныхъ договорахъ все еще въ высшей степени неготовая, колеблющаяся. Поэтому, быть можетъ, и намъ удастся внести свою лепту на освѣщеніе этой столь важной и вмѣстѣ съ тѣмъ столь запутанной проблемы.

Считаемъ излишнимъ во введеніи къ нашему труду представить читателю хронологическій списокъ изслѣдованій по занимающему насъ вопросу, какъ это иногда практикуется. Намъ думается, что такимъ способомъ едва ли возможно будетъ выразительно изобразить поступательное развитіе поставленной выше темы. При этомъ надобно замѣтить, что свѣдѣнія объ этихъ спеціальныхъ сочиненіяхъ будутъ вполнѣ сообщены въ болѣе тѣсной связи со всѣмъ ходомъ настоящаго изслѣдованія. Но уже теперь нельзя не сказать, что имѣющіеся въ литературѣ спеціальныя труды о безъимянныхъ договорахъ устарѣли всѣ, безъ исключенія.

¹⁾ Puchta, Vorlesungen, § 218. Kuntze, тамъ же, стр. 94.

²⁾ Wendt, Reurecht n. Gebundenheit, книжка I, стр. 98.

Дѣло въ томъ, что послѣдней половинѣ нашего столѣтія принадлежатъ нѣкоторыя въ высшей степени цѣнныя изысканія (напримѣръ Эркслебена, Пернице, Ленея, Вендта и пр.), которыя, не преслѣдуя непосредственно той задачи, которую мы себѣ поставили, имѣютъ однако, рѣшающее значеніе для правильной постановки многихъ вопросовъ, входящихъ въ составъ нашей темы.

Итакъ программа наша будетъ заключаться въ томъ, чтобы:

1) прослѣдить историческій ходъ образованія и развитія безъимянныхъ договоровъ по римскому праву;

2) разобрать содержаніе и значеніе послѣднихъ, рассматривая ихъ съ точки зрѣнія римской догмы;

3) выяснить систему названныхъ договоровъ или указать то мѣсто, которое имъ принадлежитъ въ общей системѣ римскихъ договоровъ, и наконецъ

4) изслѣдовать судопроизводственную часть рассматриваемыхъ договоровъ.

Однако, прежде, чѣмъ приступить къ изложенію отдѣльныхъ пунктовъ начертанной программы, считаемъ необходимымъ предпослать слѣдующую небольшую замѣтку.

Мы имѣемъ въ виду отношеніе современныхъ законодательствъ къ теоріи о безъимянныхъ договорахъ. Вообще говоря, вопросъ о безъимянныхъ договорахъ по современному праву не можетъ имѣть особенно важнаго значенія¹⁾. Нашъ X томъ, Ч. I ст. 571 (изд. 1887 г.) прямо заявляетъ:

„ порядокъ заключенія словесныхъ договоровъ состоитъ въ полной волѣ договаривающихся лицъ,

¹⁾ Голевинскій, о происхожденіи и дѣленіи обязательствъ, стр. 47.

лишь бы оны утверждались на непринужденномъ произволѣ и взаимномъ согласіи и не содержали въ себѣ ничего законамъ противнаго“; и далѣе ст. 1528 (тамъ же): цѣль (договора) должна быть непротивна законамъ, благочинію и общественному порядку“. Изъ сказаннаго, какъ справедливо замѣчаетъ Д. И. Мейеръ, можно вывести несомнѣнное заключеніе, что наше законодательство допускаетъ всякаго рода договоры ¹⁾. Надобно, впрочемъ, остановить вниманіе на томъ, что уже въ „Русской Правдѣ“ ²⁾, совершенно въ духѣ современныхъ законодательныхъ тенденцій, выражено было основное правило: „то како ся будетъ рядиль, на томъ же стоять“. Здѣсь, очевидно, изложена мысль объ обязательной, юридической силѣ договора, возникшаго вслѣдствіе простаго изъявленія взаимнаго согласія и не облеченнаго въ какую бы то ни было установленную форму.

Обращаясь къ западно-европейскимъ законодательствамъ мы прежде всего встрѣчаемся съ постановленіемъ Саксонскаго Зерцала, сильно напоминающимъ только что приведенное начало „Русской Правды“. Въ ландрехтѣ I, 7 говорится :

„swe icht borget oden lovet, die sallt gelden, und sva the dut, dat sal he stede halten“. Подмѣченное сходство между нашей юридической стариною и германскою правовою жизнью, очевидно, объясняется дѣйствіемъ у разныхъ народовъ одинаковыхъ причинъ, породившихъ также одинаковыя послѣдствія ³⁾. О какомъ либо заимствованіи, разумѣется, не можетъ быть и рѣчи.

¹⁾ Мейеръ, Русское гражданское право, стр. 385.

²⁾ „Русская Правда“, въ русскихъ достопамят. Ч. I, стр. 55.

³⁾ Цахаріэ, отмѣчаетъ то же явленіе во французскомъ правѣ. См. Zachariae von Lingenthal; Handbuch des französischen Civ. R. (изданіе Дрейфуса), томъ III, стр. 455.

Итакъ теорія о безъимянныхъ договорахъ представляется специфически римскою ¹⁾, но, тѣмъ не менѣе, въ этомъ юридическомъ институтѣ содержится многое такое, что въ высшей степени назидательно для существа и значенія договоровъ вообще. При этомъ на ходѣ развитія названнаго института ясно видно, какъ великій „правовой народъ“ постепенно измѣнялъ представленіе объ обязательствахъ.

Въ нашей отечественной литературѣ нѣтъ спеціальнаго изслѣдованія о безъимянныхъ договорахъ. Между тѣмъ потребность въ монографіяхъ по вопросамъ римскаго права растетъ все болѣе и болѣе вмѣстѣ съ усиленіемъ преподаванія послѣдняго. Поэтому мы льстимъ себя надеждою, что сочиненіе, посвященное разсмотрѣнію теоріи о безъимянныхъ договорахъ, будетъ сочувственно встрѣчено, и что намъ удастся, хотя бы нѣсколько, восполнить этотъ пробѣлъ, существующій въ нашей романистической литературѣ.



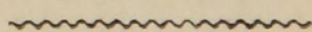
¹⁾ Stobbe, Handbuch des deutschen Privatr., томъ III, стр. 68.

ГЛАВА I

Система римских законов

РАЗДѢЛЪ I.

Матеріальная часть.



ПАЗДЕНЬ I

МЯТЕБИЛННА ПАСЛП.

ГЛАВА 1-я.

Система римскихъ договоровъ.

І.

Система договоровъ въ эпоху расцвѣта классическаго права.

Одна изъ самыхъ важныхъ и вмѣстѣ съ тѣмъ и самыхъ трудныхъ задачъ юриспруденціи — это, несомнѣнно, приведеніе въ единство, въ гармоническую связь разнообразныхъ явленій правовой жизни. Разрѣшеніемъ этой основной задачи издавна занимаются съ сугубымъ интересомъ и наука и практическія законодательства. При этомъ, какъ теорія, такъ и практическая юриспруденція отправляются изъ того вполне неоспоримаго положенія, что въ правѣ лежитъ внутреннее единство. Отсюда явствуетъ, что нѣтъ надобности механически создавать систему права, а напротивъ того, вся задача юриста - систематика сводится къ тому, чтобы найти нити органической, самой собою развивающейся системы права. Согласно сказанному, понятно, что не можетъ быть признана удовлетворительною систематизація, которая не основана на жизненной, практической почвѣ и которая не вмѣщаетъ въ себѣ тѣхъ необ-

ходимыхъ органическихъ элементовъ, о которыхъ только что упомянуто ¹⁾).

По учению новѣйшихъ романистовъ, котораго придерживаемся и мы, въ системѣ римскихъ контрактовъ можно различить три наслоенія, соотвѣтствующія различнымъ ступенямъ развитія римскаго государства ²⁾. Отмѣтимъ вкратцѣ эти три наслоенія:

1) договоры древнѣйшаго гражданского права (*jus Quiritium aut civile*), выраженіемъ коихъ являются „*sponsio*“ и „*nexum*“. Это такъ называемыя первичныя контрактныя построенія ³⁾);

2) договоры классическаго права въ тѣсномъ смыслѣ. Они представляютъ собою значительную передѣлку прежнихъ договоровъ соотвѣтственно потребностямъ, вызваннымъ практическою жизнью (*stipulatio — sponsio*). Сюда относятся четыре группы контрактовъ: договоры вербальные, литтеральные, реальные и консенсуальные.

3) договоры, знаменующіе собою завершеніе системы римскихъ контрактовъ. Это: „*pacta praetoria*“ и „*contractus innominati*“.

Какова была судьба старѣйшихъ договоровъ при постепенномъ развитіи и измѣненіи самаго понятія объ обязательствѣ, свѣдѣнія объ этомъ въ высшей степени занимательномъ вопросѣ могутъ быть черпаемы изъ безусловно авторитетныхъ для современной науки комментаріевъ юриста Гая, равно какъ изъ законодательныхъ актовъ императора Юстиніана. Для нашей же задачи вопросы эти не

¹⁾ Ihering, *Geist*, томъ I, § 3. Kuntze, *Excuse*, стр. 21.

²⁾ Kuntze, *Cursus*, § 648 слѣд. Savigny, *das Obligationen R.* томъ II, стр. 205.

³⁾ „*Die Urbildungen*“, какъ называютъ нѣмецкіе писатели.

представляютъ особенно важнаго интереса. Исходя, однако, изъ основнаго положенія, что обязательство есть продуктъ практической жизни, продуктъ фактическихъ отношеній¹⁾, нельзя не видѣть, что намъ необходимо будетъ считаться съ тѣмъ, что видоизмѣненія, происходящія въ сферѣ обязательственныхъ отношеній, не совершаются вполнѣ независимо отъ предшествующихъ, давно сложившихся порядковъ, а напротивъ, находятся съ ними въ самой тѣсной связи. Въ силу этого, для полнаго пониманія существа и значенія безъимянныхъ договоровъ, нельзя не упомянуть, хотя бы въ самыхъ общихъ чертахъ, о ближайшихъ предшественникахъ вышеуказанныхъ контрактовъ, а потому не излишне будетъ остановиться на каждой изъ четырехъ группъ гражданскихъ договоровъ, въ отдѣльности.

Какъ для догмы римскаго права, такъ, въ частности, для разсматриваемой нами теоріи не всѣ они заслуживаютъ одинаковаго вниманія.

91508
Главнѣйшій и извѣстнѣйшій вербальный контрактъ — стипуляція — получилъ самое рельефное изображеніе въ комментаріяхъ Гая, какъ это текстуально приведено ниже²⁾. Ядро словесныхъ договоровъ заключается въ произнесеніи „certa solemnia verba“: не любыя слова, не какая угодно рѣчь допускается при стипуляціи, а именно только тотъ торжественный оборотъ, который опредѣленъ закономъ. При этомъ въ стипуляціонную форму могли облекаться самыя разнообразныя юридическія отношенія, исторія происхожденія которыхъ при разсмотрѣніи ихъ судебнымъ порядкомъ была совершенно безразлична. Судья присуждалъ

¹⁾ Данквардтъ, Гражд. пр. и полит. эконом., перев. Цитовича, стр. 20.

²⁾ Gaji Instit. III, § 92. Verbis obligatio fit ex interrogatioe et responsione veluti: dari spondes? spondeo; dabis? dabo; promittis? promitto; fide promittis? fide promitto; fide jubes? fide jubeo; facies? faciam.

должника къ уплатѣ, основываясь исключительно только на фактѣ существованія стипуляціонной сдѣлки; вопросъ же о томъ, какъ возникла сдѣлка, какіе были притомъ руководящіе мотивы и намѣренія сторонъ; вопросъ этотъ совершенно не интересовалъ римскаго судью. Это, конечно, напоминаетъ пресловутое „*fiat justitia, pereat mundus*“! Положимъ, съ точки зрѣнія современнаго общества охарактеризованный нами порядокъ римскаго судебного разбирательства могъ бы казаться по меньшей мѣрѣ страннымъ. Но съ другой стороны, какая прекрасная воспитательная мѣра для гражданъ лежитъ въ этомъ порядкѣ, какое громадное побужденіе, какой чувствительный стимуль къ бдительности и осторожности при вступленіи въ какія бы то ни было юридическія сдѣлки!

Предѣль примѣненія стипуляціи составляла сдѣлка между отсутствующими (*inter absentes*), такъ какъ для заключенія ея непременно требовалось словесное участіе сторонъ ¹⁾).

Вторая группа цивильныхъ договоровъ, письменныя обязательства, не представляетъ никакого догматическаго интереса. Въ комментаріяхъ Гая, этого преподавателя-систематика юриспруденціи, разсмотрѣнію этихъ договоровъ посвящено сравнительно не мало параграфовъ ²⁾), тогда какъ знаменитая трибоніановская коммиссія не сочла нужнымъ кодифицировать относящіяся къ помянутому разряду договоровъ постановленія. Причина этого выясняется въ третьей книгѣ Институцій императора Юстиніана ³⁾). Въ современныхъ законодательствахъ письмо, какъ форма выраженія воли, пріобрѣтаетъ все большее распространеніе; въ Римѣ

¹⁾ Schlesinger, zur Lehre von den Formalcontr., стр. 20.

²⁾ См. въ его Институціяхъ, кн. III, § 128—134.

³⁾ Inst. III, 21 olim scriptura fiebat obligatio quae nominibus fieri dicebatur, quae nomina hodie non sunt in usu.

же значеніе письменныхъ обязательствъ ко времени Юстиніановскихъ кодификацій было доведено до минимума.

Гораздо важнѣе для теоріи о безъимянныхъ договорахъ — двѣ послѣднія категоріи гражданскихъ договоровъ: реальные и консенсуальные. Что касается реальныхъ договоровъ, то ихъ сущность выражается въ томъ, что они „*re contrahuntur*“, вслѣдствіе чего и принимаютъ обязательную юридическую силу, коль скоро одинъ контрагентъ передаетъ другому выговоренную вещь. Такимъ образомъ, благодаря реальнымъ договорамъ обязательство конструировалось весьма удобно и легко. Еще дальше пошли т. н. консенсуальные контракты. При нихъ не требуется даже предварительной передачи вещи для обоснованія юридической сдѣлки. Достаточно простаго факта взаимнаго соглашенія для процессуальной охраны столь просто созданнаго юридическаго отношенія. Вмѣстѣ съ изъявленіемъ контрагентами обоюднаго согласія возникаетъ исковое право — вотъ характеристичная сторона консенсуальныхъ договоровъ ¹⁾.

Однако, если всмотрѣться въ юридическую конструкцію договоровъ реальныхъ и консенсуальныхъ и задаться вопросомъ объ историческомъ ихъ старшинствѣ, то нельзя не прійти къ тому заключенію, что консенсуальные договоры моложе реальныхъ. По разсужденію одного изъ первоклассныхъ представителей науки философіи права, извѣстнаго Варнкенига ²⁾, безусловно связывающими, т. е. обязательными независимо отъ условій мѣста и времени должны почитаться только такъ называемые реальные договоры, простыя же соглашенія абсолютно обязательнаго характера носить не могутъ, а воспринимаютъ юридиче-

¹⁾ Puchta, *Cursus der Institut*, III, § 257.

²⁾ Warnkönig, *Rechtsphilosophie*, стр. 383.

скую силу лишь по волѣ законодателя, требующаго для ихъ дѣйствительности облеченія въ установленную имъ форму. Въ самомъ дѣлѣ, не трудно видѣть, что первобытный человекъ не можетъ возвыситься до такихъ, относительно говоря, тонкихъ и отвлеченныхъ юридическихъ понятій, каковыми по содержанию ихъ представляются консенсуальные договоры. Наоборотъ, реальные договоры вполне доступны пониманію и наивному юридическому мышленію неразвитаго, первобытнаго „гражданина“¹⁾. Вотъ почему только что названныя контрактныя сдѣлки должны были получить распространеніе ранѣе какихъ бы то ни было другихъ. Изъ изложеннаго же можетъ быть сдѣланъ непосредственный выводъ, что договоръ, началомъ коего является передача вещи слѣдуетъ признать древнѣйшимъ договоромъ. При разсмотрѣніи вопроса о сравнительномъ старшинствѣ отдѣльныхъ безимянныхъ договоровъ полученный нами выводъ будетъ имѣть существенное значеніе²⁾.

Къ сказанному прибавимъ еще одну небольшую замѣтку. Извѣстно, что римское право рассматриваетъ обязательства, главнымъ образомъ, съ точки зрѣнія принудительной ихъ выполнимости. Вотъ почему въ помянутомъ правѣ на первомъ планѣ стоитъ вопросъ о гарантіи договоровъ въ отношеніи исполненія, что достигается путемъ обезпеченія соответственныхъ доказательствъ. При этомъ легко могло случиться, что матеріальный интересъ обоихъ контрагентовъ былъ очевиденъ такъ сказать „eo ipso“. Въ такомъ случаѣ достаточно было простаго соглашенія для

¹⁾ Слово „гражданинъ“, собственно говоря, въ данномъ случаѣ неудовлетворительно. „Гражданинъ“ или горожанинъ предполагаетъ существованіе городовъ, мы же имѣемъ въ виду дѣйственный періодъ общества.

²⁾ Ниже: глава 4.

возникновенія договора. Разъ только доказано состоявшееся соглашеніе, то и договоръ юридически обезпеченъ. Однако такихъ договоровъ римское цивильное право, какъ извѣстно изъ исторіи его, выработало всего четыре. Но, само собою разумѣется, что съ теченіемъ времени и по причинамъ, о которыхъ рѣчь еще впереди, это небольшое количество консенсуальныхъ договоровъ должно было оказаться недостаточнымъ.

возникновения договоров. Так, договор купли-продажи возник в то время, когда человек начал продавать то, что он производит. Это, в свою очередь, привело к возникновению договоров займа и аренды. Но, само собой, эти договоры не могли возникнуть сразу. Они возникли в результате развития гражданского права. И, наконец, договоры займа и аренды возникли в результате развития гражданского права. И, наконец, договоры займа и аренды возникли в результате развития гражданского права.

II.

Условія, вызвавшія расширение системы цивильныхъ контрактовъ.

Кто не знакомъ съ историческимъ ходомъ постепеннаго развитія древняго міра въ отношеніяхъ государственномъ и соціальномъ, тому не понятны будутъ также отдѣльныя фазы развитія системы римскихъ договоровъ, которыя должны ему казаться чѣмъ то въ родѣ „deus ex machina“. Ростъ и развитіе римской контрактной системы происходили довольно правильно, и видоизмѣненія, въ ней наступавшія, находились въ прямой зависимости отъ обусловливавшихъ ихъ требованій практической жизни. Вотъ почему выше очерченный кругъ цивильныхъ договоровъ съ теченіемъ времени сталъ практически неудобенъ и черезчуръ ограниченъ. Утверждая, что модификація римскихъ договоровъ вызвана была потребностями практической жизни, слѣдуетъ, конечно, прежде всего поставить вопросъ, почему же, собственно говоря, потребности римлянъ древнѣйшей эпохи ихъ исторіи, при извѣстной консервативности ихъ, представляются иными, чѣмъ нужды тѣхъ же римлянъ въ позднѣйшіе періоды ихъ исторической жизни. Само собою разумѣется, что не одинъ факторъ послужилъ причиною видоизмѣненія контрактной системы римскаго права. Постараемся, поэтому, отмѣтить, хотя бы самыя выдающіяся событія и обстоятельства, подъ вліяніемъ которыхъ перерабатывались и видоизмѣнялись римскіе кон-

тракты. Еслибы Римъ продолжалъ жить сравнительно несложною жизнью, съ которою мы встрѣчаемся во время изданія законовъ двѣнадцати таблицъ, никакихъ переработокъ и измѣненій въ системѣ права, понятно, не оказалось бы нужнымъ. Но какъ подвержено вѣчному движенію все развитіе народа, такъ точно измѣнчиво правосостояніе каждаго отдѣльнаго государства. Правда, выдающеюся чертою римскаго національнаго характера, какъ замѣчено, является консерватизмъ. Послѣдній, однако, не состоялъ въ томъ, „чтобы заглушить вновь развивающіяся потребности“; вовсе нѣтъ. Римляне, благодаря консервативному складу ихъ характера, старались лишь придерживаться старыхъ порядковъ, не оставляя ихъ безъ крайней нужды, въ виду чего юридическая мысль у римлянъ находила всегда прочную опору....¹⁾ Столкновенія римлянъ съ другими народами повлекли за собою самыя существенныя послѣдствія въ области права. Не разъ уже было указываемо на высокое культурное значеніе войны²⁾. Не защищая ея по идеѣ, нельзя не признать, что война не только преобразовываетъ экономическое положеніе страны къ лучшему или худшему, но иногда оставляетъ неизгладимые слѣды на нравственныхъ началахъ даннаго народа. Не оспоримо также вліяніе указанной культурной силы на состояніе права. Въ послѣднемъ отношеніи особенно сказывалось оно въ былыя времена. Такъ заслуживаетъ вниманія та историческая эпоха, въ которую о правильныхъ т. е. мирныхъ международныхъ сношеніяхъ еще не могло быть и рѣчи. Пояснимъ сказанное примѣромъ. Извѣстно, какое поразительное по своимъ послѣдствіямъ значеніе имѣли Пуническія войны. Онѣ породили цѣлый

¹⁾ Ihering, указ. соч. В. В. Ефимовъ, лекціи по исторіи римск. юрва, стр. 7, 8.

²⁾ Ihering, Geist, I, § 5.

рядъ другихъ международныхъ столкновений, благодаря которымъ Римъ изъ „ничтожнаго италійскаго кантона“, по выраженію бывшаго Московскаго профессора С. А. Муромцева¹⁾, превратился въ великую державу, въ составъ которой вошла не только вся Италія, но весь почти извѣстный въ то время свѣтъ. вмѣстѣ съ расширеніемъ территоріи измѣнились задачи и цѣли государственной политики, измѣнилась также частная экономическая жизнь. Такъ начинали развиваться торговыя сношенія римлянъ²⁾, вызвавшія къ жизни цѣлую сѣть новыхъ неизвѣстныхъ дотолѣ отношеній юридическаго свойства. Препрежне понятие о „vinculum juris“ не могло болѣе удовлетворять при измѣнившейся жизненной обстановкѣ, и тѣ тяжелыя оковы, которыми смыкалась древне-цивильная контрактная система, должны были пасть, уступая мѣсто болѣе либеральнымъ, болѣе легкимъ началамъ. И такъ торговля и промышленность послужили немаловажными факторами въ дѣлѣ преобразованія римской контрактной системы. Но сверхъ того, надобно упомянуть еще о слѣдующихъ обстоятельствахъ, имѣвшихъ не меньшее значеніе въ сейчасъ указанномъ отношеніи. Я говорю объ измѣненіяхъ, происшедшихъ въ составѣ населенія. Наплывъ иностранцевъ въ Римъ и Италіи вообще съ теченіемъ времени принялъ огромныя размѣры. Не смотря на это, перегрины, попрежнему, оставались непричастными древне-цивильному праву. Между тѣмъ нельзя было игнорировать и признавать необязательными многочисленныя сдѣлки, заключавшіяся съ перегринами или перегринами между собою. Къ этому присоединилось еще то, что съ теченіемъ времени отношенія, существовавшія между рабами и господами съ одной стороны и между домочадцами и домохозяевами съ другой, также получили

¹⁾ Муромцевъ, Гражданское право древняго Рима, § 104.

²⁾ Титъ Ливій, XXXIII, гл. 21.

нѣсколько измененную сравнительно съ прежнимъ постановку. Все это вмѣстѣ взятое не могло не сдѣлать крайне желательнымъ и даже неотложнымъ расширение прежней обязательственной системы. Но какъ же, спрашивается, можно было выйти изъ встрѣтившагося, вслѣдствіе изложенныхъ условій, неудобства? Если припомнить юридическую конструкцію, узко-національное значеніе римскихъ древне-цивильныхъ контрактовъ и, равнымъ образомъ, стлительный ихъ признакъ — ригорозность, то станетъ совершенно ясно, что исходъ надлежало искать не среди древне-цивильнаго права, а непременно за предѣлами послѣдняго¹⁾. Въ Римѣ съ незапамятныхъ временъ, укоренился обычай совершать обмѣнъ вещей или услугъ по взаимному согласію. По сущности своей такого рода сдѣлки продолжительное время не были снабжены искомостью, да и понятно, что онѣ не могли пользоваться ею согласно основнымъ началамъ древне-цивильной правовой системы. Вѣдь извѣстно, что „*quod magis facti quam juris est*“ на первыхъ порахъ развитія римскаго процесса не подлежало разсмотрѣнію претора, и, слѣдовательно, не имѣло процессуально-юридическаго значенія. Однако, такое положеніе вещей, повидимому, клало фальшь въ самыя основы гражданскаго порядка, ибо возможна ли прочность его, когда онъ вѣчно колеблется или по злой волѣ гражданъ или по простому ихъ капризу? Одно изъ основныхъ началъ всякаго цивилизованнаго законодательства заключается въ запретѣ обогащаться на чужой счетъ, безъ достаточнаго основанія. Отсюда явствуется, что игнорированіемъ и судебнымъ неохраненіемъ описанныхъ выше сдѣлокъ нарушался одинъ изъ самыхъ главныхъ юридическихъ принциповъ. Во внѣ

¹⁾ Waechter, *doctrina de cond causa data, causa non secuta in contract. innot.*, стр. 15.

судебной жизни, правда, помянутыя отношенія, по общему правилу, признавались, но, конечно, признаніе это не могло быть названо правовымъ, а основывалось лишь на чувствѣ нравственнаго долга. Чувство же нравственнаго долга не у всѣхъ бываетъ одинаково развито и, во всякомъ случаѣ, является неудовлетворительнымъ мѣриломъ по вопросамъ права. Этого-то не могъ не замѣтить преторъ, этотъ блюститель правды и справедливости въ римскомъ государствѣ. Римскій преторъ вскорѣ началъ примѣнять въ защиту названныхъ сдѣлокъ одинъ изъ многочисленныхъ видовъ „*condictio sine causa*“, которая направлялась на возвратъ исправному контрагенту представленнаго имъ предмета. Такимъ образомъ совершился первый шагъ для судебного и юридическаго признанія безъимянно-договорныхъ сдѣлокъ. Но дальше этого преторская власть не пошла вплоть до учрежденія принципата. Только подъ вліяніемъ выработавшихся въ императорскую эпоху научныхъ теорій нѣсколько измѣнился взглядъ на сущность и значеніе безъимянно-договорныхъ сдѣлокъ, и вмѣстѣ съ этимъ расширился кругъ такихъ инноминатныхъ договоровъ, которые пользовались преторской защитой. До императорской эпохи многіе безъимянно-договорные случаи юридически не защищались вовсе, такъ какъ примѣнявшаяся преторомъ вышеупомянутая кондикція направлялась на возвратъ переданнаго предмета. Подъ предметомъ же разумѣлась (и первоначально могла быть подразумѣваема) только матеріальная вещь, такъ называемая „*res corporalis*“. Но, чтобы обставить юридической охраной также и тѣ сдѣлки, начало коихъ заключалось въ услугѣ, въ дѣйствиіи (*res incorporalis*), надлежало предварительно расширить понятіе о „*res*“, объектъ безъимянныхъ договоровъ¹⁾. Этимъ вопросомъ задались теоре-

¹⁾ Waechter, тамъ-же, стр. 29, 80.

тики императорскихъ временъ. Такъ уже Ульпіанъ, широко понимая „res“ при безъимянныхъ договорахъ, указываетъ на коренное различіе, существующее между „nuda pacta“ и инноминатными контрактами, изъ которыхъ первые никогда не получили юридическаго признанія. Въ этомъ смыслѣ юристъ этотъ выражается въ Пандектахъ Юстиніана ¹⁾: *Conventio ista non est nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non oriri, sed habet in se negotium aliquid*“.

Итакъ, подготовленная теоретическими изысканіями классическихъ юристовъ правовая охрана безъимянныхъ договоровъ получила практическое осуществленіе только въ эпоху императорскаго режима ²⁾. Творческая рука римскаго претораснабдила эти сдѣлки особеннымъ искомъ, по содержанию своему названнымъ „*praescriptis verbis actio*“ . Этотъ искъ началъ конкурировать съ существовавшимъ до его введенія единственнымъ средствомъ процессуальной защиты безъимянныхъ договоровъ, именно „*condictio sine causa*“ ³⁾. Скажемъ нѣсколько словъ о терминѣ „*contractus iunominati*“ .

Названіе „безъимянные договоры“, строго говоря, не соотвѣтствуютъ указаніямъ источниковъ; оно — не „*quellenmässig*“, какъ говорятъ нѣмцы. Въ Пандектахъ сдѣлки эти опредѣляются или какъ „*contractus quorum appellationes nullae jure civili proditae sunt*“ ⁴⁾ или же какъ „*negotia nova*“ ⁵⁾. Въ первомъ опредѣленіи останавливаются на себѣ вниманіе, главнымъ образомъ, два обстоятельства: 1) названіе „*contractus*“ и 2) отсутствіе въ немъ какихъ либо официальныхъ

¹⁾ l. 15. D. 19, 5.

²⁾ Pernice, M, A. Labeo, томъ I, стр. 471.

³⁾ Pöhls, Versuch einer gründll. Darstellung der Iunominat Contr., стр. 10. Waechter, тамъ-же, стр. 19.

⁴⁾ l. 3. D. 19, 5.

⁵⁾ l. 22. D. 19, 5.

ныхъ, законныхъ наименованій для каждой изъ разсматриваемыхъ сдѣлокъ въ отдѣльности. Другими словами, слѣдуетъ обратить вниманіе на описательный способъ пандектнаго опредѣленія занимающихъ насъ договоровъ. Новѣйшими же теоретиками обыкновенно употребляется сокращенная форма „*contractus innominati*“¹⁾. Это нѣкоторое уклоненіе отъ прямого текста источниковъ, дѣлаемое, впрочемъ, по соображеніямъ практическихъ удобствъ.

Несмотря на многочисленныя указанія источниковъ римскаго права, свидѣтельствующія о томъ, что теорія о безъимянныхъ договорахъ въ эпоху императорскаго режима достигла сравнительно высокой степени развитія, были ученые, которые положительно отрицали существованіе безъимянныхъ договоровъ, какъ самостоятельныхъ контрактныхъ сдѣлокъ въ числѣ прочихъ римскихъ договоровъ. Наиболѣе яркимъ ненавистникомъ всего ученія объ инноминатныхъ договорахъ выступилъ Гансъ²⁾, написавшій на эту тему довольно солидное по объему и — прибавимъ — также по содержанію сочиненіе, которое, къ сожалѣнію, много теряетъ отъ присущаго ему тенденціознаго характера. Гансъ высказывалъ свои надежды, что „похороненная имъ уродливая теорія о безъимянныхъ договорахъ никогда не воскреснетъ“. Ее, слѣдовательно, надлежало уничтожить, какъ по римскому праву безнаказанно разрѣшалось умерщвлять ребенка, если голова его была „*contra formam generis humani*“. Однако уродъ „*contractus innominati*“ пережилъ ревностнаго Ганса. Но нельзя не признать, что нападки его, по сущности, были въ высшей степени благотворны для точнѣйшей обработки разсматриваемаго ученія³⁾.

¹⁾ Savigny, *Obligationenrecht*, томъ II, стр. 210.

²⁾ Gans, *über röm. Obligationenrecht, bes. über die Lehre v. d. Innom. Contr.*, стр. 169. *Zimmern, Ienaer Literaturzeitung*, № 26, за 1821 годъ.

³⁾ *Erleben, die conditiones sine causa*, отд. II, стр. 30.

Говоря о Гансѣ и тѣхъ ученыхъ, которые скептически смотрятъ на самостоятельную роль, принадлежащую безъимяннымъ договорамъ въ обширной системѣ римскихъ контрактовъ, слѣдуетъ упомянуть еще объ одномъ чрезвычайно важномъ и любопытномъ обстоятельстве. Дѣло въ томъ, что Институціи Юстиніана не содержатъ ни малѣйшихъ свѣдѣній о безъимянныхъ договорахъ, — обстоятельство, которое, повидимому, должно было усилить недовѣріе нѣкоторыхъ писателей къ основательности и безспорности всей теоріи. Однако, если вспомнить цѣль и назначеніе Институцій Юстиніана, то причина, почему въ институціяхъ отсутствуютъ указанія на ученіе о безъимянно-договорныхъ сдѣлкахъ, будетъ совершенно ясна и понятна. Юстиніановскій учебникъ, какъ извѣстно, долженъ былъ знакомить только съ „totius legitimaе scientiae prima elementa“¹⁾. При такой его программѣ вполне понятно, почему все то, что мало мальски представляло трудности и неясности, оставлялось въ сторонѣ, не входило въ составъ учебника. Сбивчивость и спорность многихъ вопросовъ, касающихся безъимянныхъ договоровъ, послужили, повидимому, причиною тому, что рассматриваемая теорія не была помещена въ Институціяхъ. Кромѣ того, составители учебника, несомнѣнно, приняли за образецъ Гаевскія Институціи. Гай также опустилъ въ своихъ комментаріяхъ ученіе о безъимянныхъ договорахъ²⁾. Распространяться въ учебникѣ объ этой молодой, неготовой догмѣ, должно думать, показалось неудобнымъ провинціальному юристу.

Выше было замѣчено, что цивильное право не признавало специальныхъ исковъ за безъимянными договорами. Послѣдніе защищались однимъ общимъ для всѣхъ средствомъ.

¹⁾ Constit. proem. § 4.

²⁾ Waechter, тамъ-же, стр. 24—26.

Ульпіанъ ¹⁾ говоритъ, что: „*natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia, quam vocabula*“.

Эта мысль римскаго юриста совершенно справедлива. Но практическая жизнь, какъ обыкновенно, такъ и въ данномъ случаѣ опередила законодательство и науку, установивъ для немногихъ, но за то болѣе всего употребительныхъ безъимянно-договорныхъ сдѣлокъ спеціальныя названія ²⁾. При этомъ, впрочемъ, само собою разумѣется, что отсутствіе какого либо спеціальнаго имени не можетъ еще лишать данную сдѣлку значенія договора.

Разсмотримъ, поэтому, подробнѣе:

1) историческій ходъ развитія безъимянныхъ договоровъ

и 2) юридическую инструкцію ихъ.

¹⁾ I. 4. D. 19, 5.

²⁾ Puchta, *Cursus der Institutionen*, томъ III, § 272. Dernburg, *Pandekten*, томъ II, стр. 19.

ГЛАВА 2-я.

Безъимянные договоры.

I.

Историческій ходъ развитія безъимянныхъ договоровъ.

Постепенный и медленный ходъ развитія римскихъ контрактовъ послужилъ несомнѣнною причиною замѣчательной обработанности и стройности всей римской обязательственной системы. Четыре группы гражданскихъ договоровъ появились далеко не разомъ, а были результатомъ или, вѣрнѣе говоря, отдѣльными симптомами продолжительнаго образовательнаго процесса, причемъ, процессу этому предшествовали иныя, болѣе раннія и вмѣстѣ съ тѣмъ менѣе усовершенствованныя формы договоровъ. Сравнительно съ древнѣйшими сдѣлками, облакавшимися въ судебную цессію и въ минципацію, гражданскіе контракты, понятно, представляли немаловажный шагъ впередъ. Но, какъ всему законодательству, какъ выше было замѣчено, свойственно стремленіе усовершенствоваться, такъ точно римская контрактная система не остановилась на четырехъ вышеописанныхъ разрядахъ гражданскихъ договоровъ. Завершена была система эта только инноминатными договорами.

Вопросъ о времени возникновенія послѣднихъ, въ сущности, распадается на двѣ части, рѣшеніе которыхъ составитъ задачу слѣдующаго историческаго очерка:

1) Надлежитъ изслѣдовать, въ какую эпоху исторіи римскаго права впервые появлялись безъимянные договоры (вопросъ о ихъ фактическомъ существованіи) и

2) Надобно, по возможности, точно опредѣлить тотъ моментъ времени, когда означенныя сдѣлки пріобрѣли судебно-юридическую силу (вопросъ о юридическомъ признаніи).

Извѣстно изъ исторіи права, что во время мало развитаго правопорядка для дѣйствительности юридическихъ сдѣлокъ требуется наличность всего состава послѣднихъ. Иначе говоря, въ эпоху неразвитаго юридическаго порядка, для того, чтобы сдѣлка имѣла силу, нужна наличность не только всѣхъ производящихъ данное право фактовъ, но и вящаго убѣжденія въ томъ, что преслѣдуемая сдѣлкою цѣль непременно будетъ достигнута¹⁾. Положеніе это, примѣнительно ко всей системѣ римскаго права, доказываетъ Рудольфомъ Герингомъ²⁾ со свойственнымъ ему талантомъ. Однако не меньше интереса и значенія имѣетъ изложенное положеніе, спеціально, при разрѣшеніи вопроса о фактическомъ существованіи безъимянныхъ контрактовъ. Возьмемъ, на примѣръ, договоръ мѣны, эту употребительнѣйшую безъимянно-договорную сдѣлку. Особенно сложнымъ составомъ мѣна, какъ договоръ, повидимому, не отличается, будучи доступна даже самому наивному юридическому мышленію. При этомъ нельзя не замѣтить, что сдѣлка эта повсюду въ исторіи являлась предшественницею

¹⁾ Wendt, *Reu—R. u. Gebundenheit*, Heft 2, стр. 17.

²⁾ Ihering, *Geist*, томъ III, § 53.

купли-продажи, которая, предполагая употребленіе денегъ, относится къ гораздо болѣе развитому юридическому быту¹⁾. Въ такомъ же смыслѣ высказывается (въ Пандектахъ), между прочимъ, юристъ Павелъ²⁾: „origo emendi vendendique a permutationibus coepit“.

Въ то время, когда слагалась теорія о безъимянныхъ договорахъ, мѣновыя сдѣлки, которыя гражданскими исками, какъ мы видѣли, вовсе не защищались, отнесены были теоретиками къ разряду безъимянныхъ договоровъ. Изъ сказаннаго имѣется возможность сдѣлать нѣкоторое заключеніе о томъ, какъ давно еще фактически существовали безъимянно-договорныя сдѣлки. Однако, если поставить вопросъ, когда именно, въ какіе моменты исторіи правовой жизни римлянъ слагались отдѣльные безъимянные договоры, когда они входили въ практическое употребленіе, то отвѣтъ этотъ останется открытымъ. Но, во всякомъ случаѣ, можно смѣло утверждать, что преимущественное распространеніе упомянутыхъ сдѣлокъ совпадаетъ съ періодомъ расцвѣта коммерческихъ сношеній Рима³⁾. Итакъ, мы только приблизительно опредѣлили время происхожденія безъимянныхъ договоровъ, признавъ при этомъ мѣну руководящею единицею. Послѣдняя повсюду представляется однимъ изъ первичныхъ способовъ сближенія людей, изъ чего можно сдѣлать непосредственный выводъ, что мѣновыя сдѣлки практиковались въ Римѣ съ незапамятныхъ временъ.

И въ самомъ дѣлѣ, римское названіе денегъ „rescripta“ явно показываетъ, что появленію денегъ въ видѣ монеты изъ благороднаго металла и вмѣстѣ съ тѣмъ введенію купли-продажи предшествовало состояніе, въ которомъ непосред-

1) Мейеръ, Русск. гр. пр. стр. 447.

2) I. 1. pr. D. 18, 1.

3) См. выше, гл. 1, § 1.

ственно обмѣнивались цѣнности, какъ говоритъ политическая экономія ¹⁾). Итакъ, какъ только установился Римъ, какъ общество людей, соединенныхъ подъ одною государственною властью, среди его населенія должны были происходить извѣстныя договорныя сношенія, при чемъ на долю мѣны выпала первенствующая роль.

Несравненно важнѣе для дальнѣйшаго хода нашего изслѣдованія — выясненіе момента судебной ауторизаціи или момента узаконенія разсматриваемыхъ контрактовъ. Другими словами, спрашивается, съ какого времени обязательство, установленное безъимянною сдѣлкою, разсматривалось и на судѣ какъ юридическое?

Отвѣтимъ на этотъ вопросъ коротко, основываясь на скудныхъ данныхъ, которыми снабжаетъ насъ исторія римскаго права. Время процессуальнаго признанія инноминатныхъ договоровъ совпадаетъ съ царствованіемъ перваго римскаго императора, при которомъ жилъ и дѣйствовалъ одинъ изъ величайшихъ правовѣдовъ, когда либо существовавшихъ, именно — Маркъ Антистій Лабеонъ ²⁾). Только благодаря авторитету этого замѣчательнаго юриста и тонкаго систематика, сочиненія котораго вообще служили предметомъ широкихъ толкованій, римская наука задалась изслѣдованіемъ обязательственныхъ отношеній, представлявшихъ такъ наз. „*ultra-citroque*“, договоровъ, возникающихъ путемъ принятія взаимныхъ обязательствъ обоими контрагентами, причемъ въ этой-то взаимности (*ultra-citroque*) интереса усматривалась побудительная къ этимъ договорамъ причина (*causa*). Опираясь на изысканія Марка Антистія Лабеона и

¹⁾ Название „*rescipia*“ находится въ связи съ „*resus*“ — скотъ — скотина; срв. по этому поводу замѣтку Іеринга въ его „Духъ римскаго права“.

²⁾ Pernice M. A. Labeo, das röm. Privatr., томъ I, стр. 13.

держась пути имъ указаннаго, юристы второго столѣтія по Р. Хр.¹⁾ продолжали усердно заниматься изслѣдованіемъ разсматриваемой теоріи. Для нихъ, можно сказать, вопросъ о безъимянныхъ договорахъ служилъ даже излюбленною темою. Но апогея своего помянутое ученіе несомнѣнно достигло у юриста Юлія Павла²⁾, заключающаго вмѣстѣ съ Модестиномъ списокъ корифеевъ блестящаго періода императорскаго правовѣдѣнія. Однако, между эпохою, въ которую писалъ и дѣйствовалъ Павелъ, и временемъ появленія первыхъ теоретическихъ попытокъ обслѣдованія безъимянныхъ договоровъ находится огромный промежутокъ. Мы замѣтили, что число юристовъ, занимавшихся теоріею о безъимянныхъ договорахъ было довольно значительно, но конечно, не всѣ они работали съ одинаковымъ успѣхомъ и энергіею. Собравъ всю массу пандектнаго матеріала сюда относящагося, — другіе источники римскаго права играютъ, въ данномъ случаѣ, лишь второстепенную роль — и разсортировавъ его по принадлежности отдѣльнымъ авторамъ, нельзя не отмѣтить слѣдующаго поражающаго на первыхъ же порахъ явленія. Юристы, содѣйствовавшіе развитію теоріи о безъимянныхъ договорахъ, какъ бы сами собою распадаются на два разряда: работы однихъ изъ нихъ носятъ лишь подготовительный, предварительный характеръ, тогда какъ, другіе, напротивъ, основываясь на трудахъ первыхъ, довели теорію о безъимянныхъ договорахъ сравнительно до высокой степени обработанности и совершенства. Согласно изложенному, можно различать два періода въ исторіи развитія ученія о разсматриваемыхъ договорахъ, изъ которыхъ первый (періодъ подготовительный) относится къ эпохѣ царствованія императора Августа — второй же, начинаясь съ Траянов-

¹⁾ Gneist, die formellen Verträge, стр. 165.

²⁾ Gans, über röm. Obligationen R, стр. 155.

скаго времени, собственно говоря, фактически законченъ былъ только вслѣдствіе кодификаціонныхъ работъ, производившихся при Юстиніанѣ I. Конечно, слѣдуетъ имѣть въ виду, что расшатанная въ основаніи своемъ и ослабѣвшая въ своей энергіи общественная жизнь вообще не могла не имѣть подавляющаго вліянія на самую юриспруденцію. Третье столѣтіе по Р. Хр. было временемъ политическаго гоненія на юристовъ, обозначая собою послѣдній предѣлъ живаго праворазвитія. Императорское правительство всѣми мѣрами стремилось къ тому, чтобы убить всякое проявленіе самостоятельной юридической мысли¹⁾. Поэтому естественно, что, если и появлялись тамъ и сямъ кое-какіе проблески юридическаго творчества, они носили лишь случайный характеръ, происходя урывками...

Въ первомъ періодѣ центромъ, около котораго группируются всѣ прочіе юристы, безусловно является Лабеонъ; во второмъ — первенствующее значеніе должно быть признано за юристомъ Павломъ. По воззрѣнію Марка Антістія Лабеона для понятія о договорѣ важенъ не столько моментъ соглашенія, консенса, самъ по себѣ, сколько именно наличность охарактеризованнаго выше „*ultra citroque*“²⁾. Сообразно съ этимъ, по Лабеону, ядро обязательства заключается въ томъ, чтобы извѣстное исковое право возникло, соотвѣтственнымъ образомъ, для обоихъ контрагентовъ³⁾; разъ только это условіе на лицо, то — договоръ долженъ пользоваться юридическою защитой. Мысль эта впослѣдствіе получила еще дальнѣйшее развитіе на практикѣ⁴⁾.

Одинъ изъ ближайшихъ послѣдователей Лабеона, жившій при Траянѣ юристъ Публій Ювенцій Цельзъ ввелъ

¹⁾ Муромцевъ, Гражд. право древняго Рима, стр. 460—61. 672—75.

²⁾ I. 19. D. 50, 16; см. Voigt, über die *condictio ob causam*, стр. 464.

³⁾ Pernice, тамъ-же, томъ I, стр. 469.

⁴⁾ Mommsen, въ *Zeitschrift für Rs. gesch.*, томъ VII, стр. 477.

названіе „συνάλλαγμα“ въ примѣненіи къ разряду безъимянно договорныхъ сдѣлокъ¹⁾. вмѣстѣ съ тѣмъ названные юристы стараются узаконить искъ, имѣющій общій характеръ, въ видахъ удобства гражданскаго оборота, искъ не имѣющій отношенія къ спеціальному составу и содержанию данной сдѣлки. Само собою разумѣется, что тотъ чуткій органъ народнаго правосознанія, который не разъ содѣйствовалъ укорененію новыхъ юридическихъ институтовъ, оказалъ немалыя услуги и въ дѣлѣ узаконенія защиты безъимянныхъ договоровъ. Новое направленіе, установившееся въ теоріи и явившееся громкимъ протестомъ противъ суровыхъ началъ квинитизма, не могло не повліять на представителей претуры. Однако, разъ достигнуто было судебнo-юридическое признаніе безъимянныхъ договоровъ, то совершенно ясно, что наука могла уже взяться за обстоятельную разработку этой юной догмы. У Павла, дѣйствительно, встрѣчается уже весьма тонкій разборъ и тщательно составленная система разсматриваемыхъ договоровъ. Совершенно такая же опредѣлительность въ отношеніи безъимянно-договорныхъ сдѣлокъ замѣчается также у ближайшихъ Павлу по времени юристовъ, напр. у Ульпіана²⁾. Намъ нѣтъ надобности подробно останавливаться на воззрѣніяхъ каждаго изъ названныхъ юристовъ въ отдѣльности. Для нашей цѣли вполне достаточно въ общихъ чертахъ отмѣтить указанныя фазы развитія, существующія въ институтѣ безъимянныхъ договоровъ и ихъ теоріи. При этомъ дальнѣйшій ходъ изслѣдованія въ свое время сдѣлаетъ необходимымъ возвращеніе къ приведеннымъ юристамъ и ихъ взглядамъ, а потому мы довольствуемся пока представляемымъ краткимъ очеркомъ.

¹⁾ 1. 7. § 2. D. 2, 14.

²⁾ D. 3; 4; 7; др. 13.

II.

Юридическая конструкция безъимянныхъ договоровъ.

Въ основѣ безъимянныхъ договоровъ, по мнѣнію извѣстнаго Берлинскаго профессора Пернице ¹⁾, лежитъ идея личнаго довѣрія, то, что терминологія римскаго права называетъ „fides“. Эта совершенно справедливая мысль заслуживаетъ особеннаго вниманія при изслѣдованіи вопроса о юридической конструкціи безъимянныхъ договоровъ. Талантливый пандектистъ Вендтъ ²⁾ доказываетъ, что установившееся въ теоріи убѣжденіе въ томъ, что синаллагматическія сдѣлки должны имѣть обязательную, связывающую силу, получило впервые практическое осуществленіе въ извѣстномъ искѣ, установленномъ на пользу дебитора по залогу (*actio fiduciae*) ³⁾. Исторія возникновенія этого иска весьма интересна, и мы не можемъ не коснуться ея, хотя бы въ самыхъ общихъ чертахъ. Все развитіе квинитскихъ обязательствъ (см. Муромцева, Гр. пр. стр. 217) группировалось на почвѣ заемныхъ отношеній. На этой почвѣ, между прочимъ, зародилась такъ наз. фидуція (см. Gaji, Just. II, § 59, 60; Pauli receptae sent. II, 13). Заемщикъ, съ цѣлью обезпечить уплату долга своего, уступаетъ кредитору какую-нибудь вещь въ собственность. Кредиторъ, получая право собственности, обязывается возвратить уступленную

¹⁾ Pernice, тамъ же, томъ I, стр. 470.

²⁾ Wendt., Reurecht u. Gebundenheit, Heft I, стр. 43.

³⁾ Dernburg, Pandekten, томъ I, стр. 638.

вещь, какъ только дано будетъ ему удовлетвореніе, какъ только воспослѣдуетъ уплата долга. Эту обязанность кредиторъ принимаетъ на себя посредствомъ „*actum fiduciae*“. На первыхъ порахъ, конечно, такого рода соглашеніе имѣть юридическую силу не могло, будучи основаннымъ на простомъ довѣріи (*fides*). Кредиторъ могъ распоряжаться уступленною ему вещью, какъ ему угодно. Но нарушеніе фидуціи влекло за собою гражданское безчестье. Съ теченіемъ времени фидуція получила юридическое значеніе. Пользованіе вещью, не отвѣчающее фидуціи, стали разсматривать какъ „*furtum*“. Ко времени Цицерона встрѣчается уже извѣстная „*actio fiduciae*“. Разумѣется, что дѣло не могло остановиться на этомъ мѣстѣ найденной дороги. Въ самомъ дѣлѣ, если было признано необходимымъ обставить юридической защитой должника по залогу вслѣдствіе взаимности обязательствъ, принимавшихся имъ и кредиторомъ по залогу, то нельзя было не подумать также о юридическомъ признаніи многочисленныхъ безъимянныхъ договоровъ, давно вошедшихъ въ практическое употребленіе, а между тѣмъ продолжавшихъ быть лишенными искренности. Мы видѣли уже, что безъимянно-договорныя сдѣлки очень долго не защищались судебнымъ порядкомъ. Такъ, въ эпоху господства квинтитизма не могло быть и помину о какой-либо дисциплинированной охранѣ упомянутыхъ сдѣлокъ. Причиною этому послужилъ своеобразный составъ этихъ договорныхъ отношеній, выражавшійся въ чрезвычайно разнообразномъ, такъ сказать, казуистичномъ содержаніи ихъ, въ содержаніи, которое не допускало подведенія ихъ подъ извѣстныя, закономъ предвидѣнныя категоріи контрактовъ. Только съ тѣхъ поръ, когда „*aequitas*“ начала усиленно проникать въ право, когда начала идеализироваться практика ¹⁾

¹⁾ С. А. Муромцевъ, образованіе права по ученіямъ нѣм. юриспр., стр. 65.

нельзя было не уважить основнаго начала всякаго цивилизованнаго законодательства, столь удачно выраженнаго юристомъ Помпоніемъ ¹⁾, именно, что „*jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiores*“. Тогда наступила новая эра въ исторіи системы римскихъ договоровъ. Въ основаніе этого новаго направленія легло то соображеніе, что ошибочно или неосновательно воспо- слѣдовавшая дача какой либо вещи, хотя формально и рождаетъ извѣстную имущественную перемѣну (*Erleben* вышеуказ. соч, стр. 29), тѣмъ не менѣе лишена материально-юридическаго основанія, такъ назыв. „*justa causa*“ (*Windscheid, die Lehre von der Voraussetzung, № 37*). Эта „*ratio aequitatis*“ вызвала цѣлый рядъ кондикцій, среди которыхъ въ примѣненіи къ разсматриваемымъ договорамъ заслуживаетъ особеннаго упоминанія „*condictio ob causam datorum*“. Всѣ составленныя по образцу цивильныхъ договоровъ сдѣлки, разъ только начинались онѣ услугами, а не отдачею вещей, весьма продолжительное время оставались безъ всякой юридической охраны, такъ какъ примѣнявшаяся въ защиту безымянныхъ договоровъ кондикція ²⁾ представляла собою черезчуръ слабое средство и не всегда оказывалась удовлетворительною по той простой причинѣ, что „*facta fieri infecta nequeunt*“. Только послѣ введенія „*actio praescriptis verbis*“ ³⁾, иска съ подробнымъ описаніемъ той сдѣлки, которая давала поводъ къ спору, дѣло это измѣнилось ⁴⁾, и обязательство, возникшее изъ любого безымяннаго договора, было выдвинуто изъ общаго уровня естественныхъ обязательствъ. Нѣкоторые изслѣдователи, напр. Пферше, для поясненія правовой силы безымянныхъ договоровъ

¹⁾ I. 206. D. 50, 17.

²⁾ См. ниже и гл. обр. раздѣлъ II.

³⁾ Ortolan, *explication historique*, томъ III, стр. 334.

⁴⁾ D. 19, 5; Cod. 4, 64.

вводятъ понятіе о такъ назыв. „*lex rei suae dicta*“. Всякій такой переговоръ (въ отличіе отъ договора; по нѣмецки *Beratung*) получаетъ обязательное, какъ бы контрактное значеніе потому только, что опирается на актъ перенесенія права собственности, основывается на явно выражаемомъ намѣреніи перенести, передать собственность. Въ связи съ этимъ, какъ полагаютъ эти ученые, находится и то, что „*actio praescriptis verbis*“ до конца классическаго періода употребляется лишь послѣ дачи вещи (*re data*)¹⁾. Однако, такое объясненіе, по нашему мнѣнію, не можетъ быть принято на вѣру. Во первыхъ, самое понятіе о такъ назыв. „*lex rei suae dicta*“ должно быть названо въ высшей степени искусственнымъ, и, во всякомъ случаѣ, связь, существующая между „*lex rei suae dicta*“ и безъимянными договорами, трудно уловима. Поэтому, для обоснованія ученія о названныхъ контрактахъ юристы нуждались въ совершенно иныхъ соображеніяхъ и аргументахъ, которые ими и приводятся въ источникахъ. Сомнительно, далѣе, чтобы до конца классическаго періода „*actio praescriptis verbis*“ примѣнялась только послѣ дачи вещи (см. *leg 13, 18, 19, 20 etc. D. 19, 5*). Говоря о составѣ безъимянныхъ договоровъ, не лишне будетъ упомянуть о томъ, что всякое обязательство отличается своею индивидуальностью, вытекающей изъ той спеціальной цѣли, которою обуславливается его существованіе²⁾. Это — такъ назыв. „*causa*“. Почва узкаго формализма, въ эпоху расцвѣта права, давно была оставлена римскимъ преторомъ. Внутреннему убѣжденію судьи и его свободной оцѣнкѣ открывался все большій и большій просторъ. Особенно же замѣтно было стремленіе къ нешаблонному разбору и разслѣдованію отдѣльныхъ

1) Pfersche, *Bereicherungsklagen*, стр. 42—43.

2) Побѣдоносцевъ, *Вотчинныя права*, стр. 113.

случаевъ практической жизни — въ началѣ періода имперскаго режима. Далѣе, надобно имѣть въ виду еще и слѣдующее обстоятельство: Въ теоріи проводится строгое различіе между двумя понятіями: „*dationes ob causam*“ и „*dationes ob rem*“. Различіе это понимается въ томъ смыслѣ, что „*dationes ob causam*“ обусловливаются какимъ нибудь минувшимъ, совершившимся уже обстоятельствомъ (*causa praeterita*), тогда какъ „*ob rem dationes*“ исполняются въ виду будущихъ событій. Отъ наступленія или ненаступленія послѣднихъ зависитъ юридическая дѣйствительность, правовое значеніе представленнаго удовлетворенія (*causa futura*)¹⁾. Рождается вопросъ, къ которому изъ двухъ приведенныхъ видовъ надлежитъ отнести обязательство, порождаемое инноминатнымъ договоромъ. Предварительно разрѣшенія этого вопроса слѣдуетъ нѣсколько выяснить смыслъ и значеніе дѣленія „*datio ob rem*“ и „*ob causam*“. Дѣло въ томъ, что при дачѣ „*ob causam*“, если даже цѣль договора почему-либо окажется тщетною, напрасною, „*data res*“ ни въ коемъ случаѣ не подлежитъ возврату. Напротивъ того, ревокація широко примѣняется къ „*dationes*“ втораго разряда²⁾. Этотъ чрезвычайно любопытный вопросъ издавна обсуждался въ литературѣ. По воззрѣнію старыхъ теоретиковъ съ глоссаторами во главѣ, всякая „*datio ob rem*“ вмѣстѣ съ тѣмъ образуетъ собою безымянный договоръ, построенный по схемѣ „*do ut des*“ или „*do ut facias*“. Взглядъ этотъ продолжительное время считался господствующимъ въ литературѣ. И въ самомъ дѣлѣ есть нѣкоторые доводы, какъ бы говорящіе въ пользу принятія изложеннаго воззрѣнія. Прежде всего, источники, не различая повсемѣстно „*datio ob rem*“ отъ „*datio ob causam*“, подаютъ поводъ къ нѣкоторымъ недо-

¹⁾ 1. 52. D. 12, 6; 1. 65, § 2 и 1. 65, § 4 D. 12, 6; см. ниже, раздѣлъ II.

²⁾ Erxleben, die conditiones sine causa, отд. II, стр. 1; 1. 1, § 1 и § 2. D. 12, 7; 1. 4, 1. 5, 1, 7. Cod. 4, 64.

разумѣніямъ въ смыслѣ вышеуказаннаго уподобленія „*ob rem datio*“ и „*contractus innominatus*“. Помянутый нами выше изслѣдователь разсматриваемаго ученія Гансъ первый заявилъ протестъ противъ этого общераспространившагося мнѣнія. Возбудивъ сомнѣніе въ правильности подведенія безъимянныхъ договоровъ подъ типъ „*dationes ob rem*“, Гансъ еще разъ доказалъ, что изслѣдованіе его о безъимянныхъ договорахъ должно быть признано трудомъ далеко небезполезнымъ. За нимъ послѣдовали и другіе германскіе ученые, какъ то: Вехтеръ, Пфортенъ, Эркслебенъ, Шиллингъ и Виндшейдъ.

Сопоставимъ важнѣйшіе аргументы, на которыхъ современная наука основываетъ воззрѣніе свое на существо обязательствъ, вытекающихъ изъ безъимянныхъ договоровъ.

Вотъ эти соображенія:

1) | 7 § 2 D 2, 14 выражаетъ содержаніе договорныхъ сдѣлокъ „*do ut des*“ и „*do ut facias*“ особеннымъ терминомъ „*συνάλλαγμα*“. Говоря иначе, каждый безъимянный договоръ представляетъ собою обмѣнъ одной цѣнности на другую, при чемъ обѣ онѣ юридически признаются равнозначительными. Мѣна лежитъ въ основѣ этихъ сдѣлокъ; но въ виду быстроты и несложности совершенія мѣновыхъ операцій, этотъ договоръ долгое время оставленъ былъ безъ особой регламентаціи. Это случилось преимущественно и потому, что въ развившемся правопорядкѣ мѣна перестала играть свою прежнюю, выдающуюся роль. При такомъ положеніи дѣлъ — вопросъ о томъ, обязанъ ли безъимянный договоръ (т. е. порождаемое имъ юридическое обязательство) возникновеніемъ своимъ событію будущему, долженъ, повидимому, быть разрѣшенъ въ отрицательномъ смыслѣ, такъ какъ по принципу и первоначальной идеѣ въ охарактеризованныхъ сдѣлкахъ совершается то, что нѣмцы мѣтко называютъ „*Zug um Zug*“ По сущности отвѣтное

удовлетвореніе должно имѣть мѣсто немедленно, моментально, и лишь въ силу особенныхъ, такъ сказать индивидуальныхъ обстоятельствъ каждаго отдѣльнаго случая на практикѣ можетъ быть допускаема нѣкоторая отсрочка этого дѣйствія — отвѣтнаго удовлетворенія ¹⁾).

2) Старая наука исходила изъ того положенія, что „*condictio ob causam datorum*“ проистекаетъ исключительно изъ инноминатныхъ договоровъ ²⁾, тогда какъ положительно доказано, что названная кондикція составляетъ только одинъ изъ многочисленныхъ видовъ обширной „*condictio sine causa*“ и существовала гораздо ранѣе появленія ³⁾ института безымянныхъ договоровъ. Вотъ почему означенный искъ применяется также къ такого рода сдѣлкамъ, которыя ничего общаго не имѣютъ съ безымянными договорами. При этомъ слѣдуетъ обратить вниманіе на то, что инноминатные контракты составляютъ лишь самую незначительную часть случаевъ, въ которыхъ употребляется „*condictio sine causa*“. Положеніе это доказывается самымъ нагляднымъ образомъ въ капитальномъ изслѣдованіи Эркслебена (Гегтингенъ, 1853 г.), трудъ, поражающемъ какъ богатствомъ собраннаго матеріала, такъ и глубиною мыслей его автора.

Начиная съ Ганса, ученые склоняются къ принятію воззрѣнія, по коему „*contractus innominati*“ относятся къ разряду „*dationes ob causam*“. Въ частностяхъ, правда, у отдѣльныхъ писателей встрѣчается и нѣкоторое разногласіе — о чемъ сообщено будетъ впоследствии. Выше было сказано нѣсколько словъ о теоріи такъ называемой „*lex rei suae dicta*“. Нельзя было не видѣть, что переговорамъ, касающимся

¹⁾ Можетъ быть, напр., назначенъ „*dies*“; срв. Brinz, Pandecten, томъ II, отд. 2, стр. 501.

²⁾ Hasse, въ „*Rheinisches Museum*“, томъ IV, стр. 60.

³⁾ Waechter, въ указан. сочин., стр. 30.

отчужденія какой-либо вещи, по позднѣйшему (однако, все же классическому) римскому праву приписывается такого рода сила, которой они лишены были по строго-цивильному праву. Къ разряду такихъ новыхъ явленій, по мнѣнію ученыхъ, между прочимъ, относится т. н. „*ob rem datio*“. Послѣдняя, какъ сдѣлка, не представляетъ собою единства. Она состоитъ изъ обязательства, могущаго имѣть самое разнообразное содержаніе, и изъ акта переноса собственности, необходимаго для реализаціи договора. Эта „*datio ob rem*“, уже по мнѣнію римлянъ, близка была къ понятію о контрактѣ. Но не къ разряду „*dationes ob rem*“ принадлежатъ *contractus innominati*. Съ другой стороны „*non quia datum est, sed uti detur*“ заключаются древнѣйшіе изъ этихъ договоровъ, и это надо имѣть въ виду при разрѣшеніи вышеставленнаго вопроса ¹⁾). По нашему мнѣнію, *contractus innominati* представляютъ собою нѣчто среднее между „*datio ob causam*“ и „*datio ob rem*“.

И такъ мы разсмотрѣли логическія основанія — если позволено такъ выразиться — инноминатныхъ договоровъ. Но для полной характеристики ихъ юридической конструкціи необходимо остановиться и на самомъ составѣ безъимянныхъ договоровъ. Съ этой цѣлью для анализа возьмемъ любой изъ приведенныхъ въ источникахъ случаевъ; напр. *l 5 D 19, 5* ²⁾).

Каждый безъимянный договоръ непременно проходитъ двѣ стадіи развитія. Первая стадія можетъ быть названа подготовительною; на протяженіи этой стадіи сдѣлка не имѣетъ еще контрактнаго значенія. Это — „*nudum pactum*“, не защищаемое никакими юридическими средствами, не пользующееся правовою охраною. Только когда одна изъ

¹⁾ См. ниже раздѣлъ II.

²⁾ Текстъ этого фрагмента см. ниже.

договаривающихся сторонъ выполняетъ принятое на себя обѣщаніе, предоставляя второму контрагенту выговоренную вещь или оказывая ему известную услугу, только тогда неготовая договорная субстанція превращается въ контрактъ, получаетъ юридическую силу. Вмѣстѣ съ тѣмъ наступаютъ всѣ послѣдствія настоящаго договора. Текстъ вышеприведеннаго фрагмента слѣдующій: *naturalis meus filius servit tibi et tuus filius mihi: convenit inter nos, ut et tu meum manumitteres et ego tuum; ego manumisi, tu non manumisti: qua actione mihi teneris, quaesitum est.* (Павель). Слова „*convenit inter nos*“ указываютъ на подготовительныя къ контракту дѣйствія; далѣе „*ego manumisi*“ обозначаетъ начало договора, вторую стадію сдѣлки¹⁾. Вообще каждый безъимянный договоръ предполагаетъ наличность слѣдующихъ двухъ условій²⁾: 1) требуется, чтобы безъимянный договоръ составленъ былъ по образцу какого либо гражданского контракта. Ради примѣра укажемъ на *1 2 D 19, 4*, которая гласитъ: „*Aristo ait, quoniam permutatio vicina esset emptioni*“. Этотъ признакъ аналогіи съ контрактами, признанными гражданскимъ правомъ, представляется весьма существеннымъ, а потому не можетъ быть рѣчи объ инноминатномъ договорѣ, гдѣ признакъ этотъ не обнаружился бы болѣе или менѣе наглядно, гдѣ онъ былъ бы неуловимъ. Такъ, „*aestimatio*“ занимаетъ положеніе среднее между куплей-продажей и порученіемъ³⁾. Второй моментъ, имѣющій значеніе для понятія о безъимянномъ договорѣ, это — моментъ исполненія однимъ контрагентомъ принятаго на

1) Тоже самое еще рельефнѣе вытекаетъ изъ другихъ пандектныхъ мѣстъ, напр. *1 1 § 2 D 19, 4*, которая говоритъ: „*permutatio ex re tradita (traditio rei* указываетъ на вторую изъ выше описанныхъ двухъ стадій) *initium obligationi praebet*“.

2) Pöhls, тамъ же, стр. 13, 24.

3) *1 1 D 19, 3*; срв. далѣе: *1 5 § 1 D 19, 5*; *1 1 § 9 D 16, 3*; *1 5 § 2* и *1 15 D 19, 5*.

себя обязательства. Коль скоро на лицо и этот второй элементъ, то наступаетъ юридическое дѣйствіе безъимяннаго договора, другими словами „nata est actio“¹⁾.

Съ этого-то времени начинается срокъ давности, которая при рассматриваемыхъ договорахъ слѣдуетъ общимъ правиламъ²⁾. Процессуальное признаніе обезпечиваетъ за безъимянно-договорными сдѣлками право гражданства въ системѣ римскихъ контрактовъ. Въ виду этого самъ собою рождается вопросъ о мѣстѣ, принадлежащемъ занимающимъ насъ договорами въ названной системѣ. Прежде, нежели перейти къ разрѣшенію этого вопроса, воспользуемся случаемъ, чтобы отмѣтить всѣ характерные признаки безъимянныхъ договоровъ.

Признаки эти слѣдующіе:

- 1) требуется согласіе двухъ лицъ на заключеніе предполагаемой сдѣлки;
- 2) необходимо, чтобы послѣдняя имѣла сходство съ какимъ-либо гражданскимъ договоромъ;
- 3) необходимо, чтобы одна изъ договорившихся сторонъ уже выполнила данное ею обѣщаніе;
- 4) требуется, чтобы въ защиту данной сдѣлки римское право примѣняло „actio praescriptis verbis“, это общее средство юридической охраны всѣхъ безъимянныхъ договоровъ.

Только при наличности перечисленныхъ условій можетъ быть рѣчь о безъимянномъ договорѣ.

¹⁾ Hasse, тамъ же, стр. 46. Desjardins, de l'action praescriptis verbis, стр. 5.

²⁾ Wendt, Reurecht u. Gebundenheit, Heft I, стр. 5—6.

III.

Мѣсто безимянныхъ договоровъ въ системѣ римскихъ договоровъ.

Если разсмотрѣть безимянные договоры съ точки зрѣнія ихъ юридической конструкціи, то, казалось бы, легко прійти къ апріорному заключенію, что отдѣльнаго, особеннаго мѣста въ общей системѣ римскихъ контрактовъ они не занимаютъ вовсе. Поэтому вопросъ о мѣстѣ, принадлежащемъ безимяннымъ договорамъ въ контрактной системѣ, приводитъ насъ къ необходимости выяснить вопросъ о томъ, къ какой изъ признанныхъ цивильнымъ правомъ категорій контрактовъ слѣдуетъ отнести рассматриваемые договоры.

На основаніи цивильнаго права всѣ контракты, какъ изложено было выше, распадаются на четыре разряда: вербальные, литтеральные, консенсуальные и реальные.

Мы видѣли уже, что апогея своего развитія безимянные договоры достигли въ періодъ императорскаго режима. Въ эту же эпоху, какъ явствуетъ изъ данныхъ, содержащихся въ Дигестахъ, письменныя обязательства вышли изъ употребленія. Поэтому кодифицированное Юстиниановское право почти-что не упоминаетъ о литтеральныхъ контрактахъ. Такимъ образомъ моментъ ауторизаціи безимянныхъ договоровъ и время окончательнаго исчезновенія договоровъ письменныхъ приблизительно совпадаютъ. Помимо сказаннаго, между литтеральными и безимянными

договорами имѣются черты различія, такъ сказать, чисто наружнаго свойства. Анализируя напр. „*expensilatio*“ по внѣшнему ея построению, нельзя не признать ея строго-одностороннею сдѣлкой¹⁾. Между тѣмъ безъимянныя договоры отличаются взаимностью, обоюдностью принимаемыхъ обязательствъ (*ultra-citroque*). Поэтому договоры литтеральные и инноминатные должны быть признаны величинами несоразмѣрными.

Оставляя въ сторонѣ, въ виду изложенныхъ обстоятельствъ, дальнѣйшее разсмотрѣніе письменныхъ обязательствъ, мы обратимся къ прочимъ категоріямъ римскихъ контрактовъ. Прежде всего, разсмотримъ, словесныя договоры. Что касается признака односторонности, то онъ является характеристичнымъ не только для письменныхъ, но и для вербальныхъ контрактовъ. Но, кромѣ сказаннаго, отличительная черта двухъ упомянутыхъ разрядовъ договоровъ заключается въ ихъ крайнемъ формализмѣ²⁾. Это чрезвычайно важный факторъ, съ которымъ необходимо будетъ считаться при подведеніи безъимянныхъ договоровъ подъ какую-либо изъ приведенныхъ группъ контрактовъ. Какъ указано выше, существо безъимянныхъ договоровъ зиждется „*in re*“, составляющей основу обязательственнаго отношенія. Отсюда, однако, не слѣдуетъ выводить, какъ то дѣлали нѣкоторые теоретики, тождественности безъимянныхъ договоровъ, съ „*datio in rem*.“³⁾ Безформенность этихъ юридическихъ сдѣлокъ представляла, конечно, особенную приманку для римскихъ правовѣдовъ⁴⁾. Естественно,

¹⁾ Kuntze, *Cursus des Röm. Rechts*, § 626.

²⁾ D. 45, 1. 2. 3. J. III, 15. 16. 21. Муромцевъ, *Гражд. право древняго Рима*, стр. 211.

³⁾ См. предъидущую главу.

⁴⁾ Срв. Ефимовъ, *Лекціи по исторіи римск. права*, стр. 491.

что, разъ форма сдѣлки признается безразличною, то тѣмъ большее вниманіе слѣдуетъ обращать на содержаніе послѣдней. Такимъ образомъ не подлежитъ сомнѣнію, что „contractus innominati“ носятъ матеріальный характеръ. Исторія права доказываетъ, что въ Римѣ обязательство разсматривалось преимущественно съ точки зрѣнія принудительной его исполнимости. Имѣя въ виду такое основное положеніе, римское право, втеченіе продолжительнаго времени, старалось обезпечивать, главнѣйшимъ образомъ, легкость и удобство доказательствъ существованія обязательствъ¹⁾. Эта цѣль лучше всего достигалась формальными договорами, не допускавшими никакихъ возраженій и обладавшими неопровержимою, юридическою силою. Такъ, напримѣръ, простой фактъ отмѣтки въ соотвѣтственной графѣ приходо-расходной книги (codex accepti et expensi) юридически признавался вполне достаточнымъ для судебного разсмотрѣнія договора, въ случаѣ возникновенія какого либо спора. При разбирательствѣ судья совершенно не входилъ въ обсужденіе условій, предшествующихъ происхожденію долга. Въ подобныхъ случаяхъ форма заслоняетъ собою содержаніе договора. Когда же связь съ событіями предыдущими возникновенію обязательства (такъ наз. „causa“), которая, какъ уже сказано, даетъ юридическое основаніе всему исковому требованію, составляетъ предметъ судейскаго разслѣдованія, самая же форма договора почитается безразличною, то, очевидно, рѣчь идетъ о матеріальномъ обязательствѣ. Въ силу синаллагмы при безымянныхъ контрактахъ отвѣтное удовлетвореніе наступаетъ по причинѣ полученія контрагентомъ опредѣленнаго предмета (вещи или дѣйствія). Эта-то „res“ (въ смыслѣ римскаго права) является вполне достаточнымъ залогомъ въ томъ,

¹⁾ Голевинскій, о происхожденіи и дѣленіи обязательствъ, стр. 113.

что, въ случаѣ надобности, обиженной сторонѣ будетъ предоставлена судебная охрана. Отсюда видно, что при безъимянныхъ договорахъ не форма, а содержаніе играетъ первенствующую роль.

Въ предшествующемъ изложеніи мы уже нѣсколько охарактеризовали юридическую природу безъимянныхъ договоровъ. Но для ясности нельзя не упомянуть еще объ одномъ, на нашъ взглядъ, немаловажномъ обстоятельстве. Выше было сказано, что по мѣрѣ соціально-государственнаго развитія древняго Рима въ контрактной системѣ послѣдняго начали принимать участіе также перегрины. Выражаясь точнѣе, необходимо замѣтить, что контрактная дѣеспособность некореннаго римскаго населенія признавалась лишь примѣнительно къ сдѣлкамъ, основаннымъ на почвѣ обще-гражданскаго права (*juris gentium*). Обязательства письменныя и словесныя, по общему правилу, могли совершатся только между римскими гражданами ¹⁾. Эти строгія начала квинтитизма въ позднѣйшій періодъ исторіи римскаго права и народа не выдерживали критики. Неполнота и неупругость старой контрактной системы должны были давать себя чувствовать въ гражданскомъ оборотѣ и настоятельно требовали реформы. На смѣну неподвижному квинтитизму сталъ, такъ сказать, индивидуализмъ. Въ примѣненіи къ юридическимъ сдѣлкамъ требованіе индивидуализма выражались въ томъ, чтобы отдѣльная сдѣлка могла заключаться такъ, какъ это наиболее удобно въ каждомъ конкретномъ случаѣ. Дѣйствительно, въ эпоху императорскаго режима именно неторжественный способъ совершенія сдѣлки, способъ заключенія договоровъ, оставленный на полнѣйшее усмотрѣніе контрагентовъ сдѣлался нормальнымъ явленіемъ ²⁾. Это стремленіе ввести наисвободнѣйшую

¹⁾ Gaji Instit. III, 93; 133.

²⁾ Муромцевъ, Гражд. право древняго Рима, стр. 558 и 519.

форму заключенія юридическихъ сдѣлокъ получило самое наглядное выраженіе въ группѣ безъимянныхъ договоровъ. И такъ, ни къ письменнымъ, ни къ словеснымъ договорамъ „contractus innominati“ не могутъ быть причислены.

Такимъ образомъ представляется диллема, къ разрѣшенію которой необходимо обратиться: который изъ остающихся для разсмотрѣнія двухъ разрядовъ гражданскихъ договоровъ дополненъ былъ безъимянными контрактами, разрядъ реальныхъ-ли или консенсуальныхъ договоровъ? Оставляя пока открытымъ этотъ вопросъ, нельзя не остановить вниманія на слѣдующей замѣткѣ, именно въ данномъ случаѣ не лишенной нѣкотораго интереса. Въ литературѣ давно уже указывали на то, что граница между консенсуальными и реальными договорами, согласно ученію римскихъ правовѣдовъ, не была настолько опредѣлительно и точно обозначена, чтобы распредѣленіе отдѣльныхъ практическихъ случаевъ между помянутыми двумя разрядами не представляло трудностей. Между прочимъ, заслуживаетъ вниманія, что юристъ Гай, повидимому, не придаетъ особеннаго значенія отмѣченному различію двухъ позднѣйшихъ группъ гражданскихъ договоровъ. Въ комментаріяхъ Гая не существуетъ ни одного мѣста, изъ котораго вытекало бы сознательное и рѣзкое противоположеніе консенсуальныхъ и реальныхъ договоровъ. Только позднѣйшіе теоретики и во главѣ ихъ юристъ Павелъ¹⁾ строго различаютъ указанные два вида договоровъ. Любопытно, кстати, замѣтить, что, по возрѣнію римской юриспруденціи, „nudus consensus“, самъ по себѣ, не порождаетъ какого-либо обязательства. Лишь при наличности извѣстнаго придатка (сопровождающихъ простое соглашеніе законныхъ словъ, письма, или какихъ нибудь конклюдентныхъ фактовъ) „consensus“ при-

¹⁾ I. 1. § 2. D. 19, 4.

нималъ юридическую силу ¹⁾). Исторія купли-продажи показываетъ, какъ медленно была усвоена римской юриспруденціею идея консенсуальнаго контракта. Припомнимъ, кстати, сущность этого контракта. Онъ „nascitur consensu expresso“. Одновременно съ проявленіемъ контрагентами согласія на заключеніе обязательства возникаетъ самый договоръ ²⁾). Отсюда явствуетъ, что эти сдѣлки обладаютъ чрезвычайно отвлеченнымъ, абстрактнымъ характеромъ. Источникъ ихъ юридической силы заключается въ соглашеніи, внѣ связи съ какими-либо другими фактами. Прототипомъ этого разряда договоровъ представляется помянутая выше „emptio - venditio“. Съ другой стороны установлено, что мѣна, по времени появленія своего, предшествуетъ куплѣ-продажѣ, являясь какъ бы старшимъ братомъ этого договора. Мѣна, слѣдовательно, играла извѣстную роль еще въ то время, когда о куплѣ-продажѣ и, тѣмъ паче, объ основахъ теоріи о консенсуальныхъ договорахъ не могло быть и рѣчи. Въ самой выработкѣ идеи консенсуальнаго договора имѣли нѣкоторое значеніе договоры реальные. Значеніе это выразилось въ томъ, что и въ реальныхъ договорахъ соглашеніе практиковалось, какъ необходимая принадлежность ихъ. Итакъ, только позднѣйшіе юристы стали различать контракты реальные и консенсуальные. Рождается вопросъ, возможно-ли безъимянные договоры признать консенсуальными? Намъ кажется, что отмѣченный выше, отличительный характеръ послѣднихъ, именно ихъ крайняя отвлеченность, не могъ благопріятствовать ихъ расширенію образованіемъ новой серіи однородныхъ договоровъ. Но, сверхъ изложеннаго, надлежитъ имѣть въ виду еще и слѣдующія соображенія. Простое соглашеніе на заключеніе

¹⁾ Pernice, указ. соч., томъ I, стр. 470.

²⁾ Ефимовъ, Лекціи по исторіи римск. права, стр. 489.

сдѣлки, по общему правилу, получается безъ особыхъ затрудненій. Весьма легко бываетъ къ такому соглашенію склонить натуры легкомысленныя и не привыкшія оцѣнивать и взвѣшивать послѣдствія своихъ дѣяній. Мы видѣли, что купля-продажа открыла собою рядъ консенсуальныхъ договоровъ. Обязательное юридическое значеніе соглашенія безъ связи съ какими-либо другими событіями; это — конечный предѣлъ успѣховъ римскаго договорнаго права. Достигнувъ этого прогресса, Римъ продолжаетъ идти впередъ по новому пути очень медленно, нерѣшительными шагами. Чѣмъ объяснить это неоспоримое явленіе? Вспомнимъ время, въ которое слагалась теорія о консенсуальныхъ договорахъ; вспомнимъ о томъ, что сказано было выше о различеніи реальныхъ и консенсуальныхъ договоровъ. То и другое вмѣстѣ взятое дастъ намъ необходимое объясненіе. Что касается времени, то это было эпохою разлада правовѣдѣнія и жизни. Эта борьба, разумѣется, не могла продолжаться очень долго. Императоры преслѣдовали свои особенныя цѣли. Идеаль, къ которому они стремились, заключался въ осуществленіи такого порядка вещей, который, впоследствии, примѣнительно къ болѣе новой исторіи, получилъ названіе полицейскаго государства. Первые слѣды, указывающіе на наличность тенденцій полицейскаго характера, лежатъ вообще въ основѣ римскаго обязательственнаго права. Достаточно будетъ упомянуть здѣсь объ „actio de posito et suspenso“. Нѣкоторыя „actiones populares“ проявляютъ такую же полицейскую природу, а въ области интердиктовъ, нерѣдко содержащихъ обязательства, „obligatio“ также соприкасалась съ областью полиціи ¹⁾). Такимъ образомъ мало по малу громкій принципъ: „jus civile vigilantibus scriptum est“ под-

¹⁾ Kuntze, Excuse über röm. Recht, стр. 526.

вергся нѣкоторому смягченію. И дѣйствительно, кто зна-комъ съ постепеннымъ развитіемъ римскаго права, прослѣ-дивъ отдѣльныя ступени этого великаго, историческаго образовательнаго процесса, тотъ не станетъ отрицать того, что для позднѣйшей эпохи римскаго права означенный принципъ сдѣлался совершенно непригоднымъ началомъ, такъ какъ условія и нужды новой жизни носили совер-шенно иной характеръ какъ въ періодъ господства кви-ритизма. Эти измѣненныя жизненные условія наложили свою печать почти на всѣ юридическіе институты древняго Рима. Благодаря этимъ новымъ вѣяніямъ исчезла стипуляціонная форма договоровъ, стипуляція, это крайнее выраженіе древне-цивильныхъ правовыхъ стремленій. Слѣды этого новаго направленія видны также на теоріи о „супра“. Объ „actiones populares“ и интердиктахъ было уже сказано. Словомъ, рѣчь идетъ, очевидно, о томъ періодѣ исторіи римскаго права, когда правительство начинаетъ сознавать свою обязанность устраивать не только публичную жизнь, но и частную дѣятельность своихъ подданныхъ обставляя всевозможными условіями безопасности и благосостоянія. Было бы очень интересно вдаваться въ подробности этого столь любопытнаго вопроса. Однако, болѣе обстоятельное изслѣдованіе выходитъ за предѣлы программы, намѣченной для настоящихъ очерковъ. Отмѣтимъ лишь, что полицей-ская дѣятельность римскаго законодателя обнаружилась и раньше официальнаго признанія безъимянныхъ договоровъ. То было въ эпоху, подготовлявшую почву тенденціямъ новаго права (*jus extraordinarium*). Сюда относятся, напри-мѣръ, извѣстный титулъ Юліева закона „*de fundo dotali*“ (ко времени появленія этого закона, именно 18 лѣтъ до Р. Хр., новыя ослоенія права не успѣли еще образоваться), и, чтобы привести еще болѣе отдаленный примѣръ, эдильское постановленіе, по силѣ котораго продавецъ отвѣ-

чаетъ за „*omnia rei vitia*“¹⁾. Развѣ все упомянутое нами не показываетъ наглядно, каковы тенденціи, которыя стало проводить законодательство?

Когда безъимянные договоры получили официальное признаніе, сознаніе о существованіи въ правѣ особаго слоя элементовъ, кромѣ дотолѣ извѣстныхъ, мало по малу выразилось опредѣлительно и окрѣпло. Въ этомъ „*jus novum*“ или „*jus extraordinarium*“ на каждомъ шагѣ виднѣтся стремленіе законодателя предупредить могущія возникнуть въ гражданскомъ оборотѣ и немотивированныя матеріальныя невыгоды. Эта заботливость такъ велика, что, въ случаѣ неуспѣха, претерпѣвшему даруются широкія мѣры процессуальнаго охраненія.

Принимая во вниманіе предшествующее изложеніе, мы поймемъ, куда надлежитъ отнести „*contractus innominati*“. Консенсуальный контрактъ не пріобрѣлъ общаго значенія. Примѣненіе его ограничивалось лишь нѣсколькими, опредѣленными случаями. Зародышъ же безъимянныхъ договоровъ лежитъ въ реальныхъ договорахъ²⁾. Исковое требованіе по этимъ договорамъ возникаетъ тогда только, когда одна изъ договаривающихся сторонъ исполнила принятое на себя обѣщаніе. Стало быть, до момента происхожденія самаго обязательства, въ распоряженіи сторонъ достаточно времени для основательнаго и всесторонняго обдумыванія предполагаемой сдѣлки. Итакъ, опять таки полицейская идея проглядываетъ въ помянутой группѣ кон-

¹⁾ Срв. Kuntze, Excuse, стр. 375. (По его мнѣнію: первые зачатки экстраординарнаго права появились во время гражданскихъ войнъ въ Римѣ).

²⁾ Бернштейнъ, ученіе о раздѣлительныхъ обязательствахъ, стр. 13. Cambesq, de contractu aestimatorio, стр. 4.

³⁾ Hasse въ „*Rhein. Museum*“; томъ VI, стр. 46.

трактовъ. Побудительная мысль, лежащая въ основѣ ихъ, извѣстна и нашему юридическому быту, гдѣ сложилась поговорка: „не сули журавля на небѣ, а дай синицу въ руки“. Нѣкоторые изслѣдователи документируютъ принадлежность безъимянныхъ договоровъ къ разряду реальныхъ контрактовъ тѣмъ, что вообще „consensu“ совершались только опредѣленные, перечисленные закономъ сдѣлки. Въ такомъ смыслѣ, между прочимъ, выражается профессоръ Вендтъ¹⁾. Однако, намъ думается, что такое заявленіе представляетъ собою несовсѣмъ убѣдительное доказательство тому, что безъимянные договоры слѣдуетъ считать именно реальными, а не консенсуальными. Заявленіе это, очевидно, является въ нѣкоторомъ смыслѣ „petitio principii“, ибо открытымъ остается вопросъ, почему инноминатные контракты не могли принадлежать къ числу тѣхъ случаевъ, въ которыхъ закономъ разрѣшается контрактовать „consensu“?

Признавая, однако, безъимянные договоры дальнѣйшимъ развитіемъ договоровъ реальныхъ, надобно замѣтить, что источники зачастую ихъ сравниваютъ съ консенсуальными контрактами²⁾. То, что сказано было выше о различіи этихъ двухъ разрядовъ договоровъ и, главнымъ образомъ, о ихъ разграниченіи тутъ представляется особенно важнымъ. При томъ Пандекты, очевидно, рассматриваютъ бытовую, фактическую сторону означенныхъ договорныхъ отношеній, оставляя безъ вниманія самый способъ возникновенія ихъ. При выработкѣ же института безъимянныхъ договоровъ принимались во вниманіе преимущественно правовыя, юридическія черты ихъ, словомъ, то, что имѣетъ важное значеніе для теоріи. Въ настоящее время преобладающее большинство изслѣдователей ученія о безъимянныхъ дого-

1) Wendt, Lehrbuch der Pandekten, стр. 482.

2) Gans, въ вышепривед. сочиненіи, стр. 187.

ворахъ признаеть ихъ реальными контрактами. Изъ числа немногихъ ученыхъ, придерживающихся противоположнаго взгляда, слѣдуетъ упомянуть объ одномъ изъ самыхъ тонкихъ знатоковъ римскаго права, извѣстномъ Шиллингѣ ¹⁾. Впрочемъ, труды его нынѣ въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ устарѣли.

¹⁾ Schilling, Institutionen, томъ III, § 324.

ГЛАВА 3-я.

Категоризація безымянныхъ договоровъ.

I.

Дѣленіе безымянныхъ договоровъ на *contractus regulares* и *irregulares*.

Уже выше (въ главѣ I) замѣчено, что нѣкоторыя безымянно-договорныя сдѣлки, ставшія на практикѣ наиболѣе употребительными, носили спеціальныя наименованія. Однако, при формулировкѣ (инструированіи) гражданскихъ процессовъ названія эти совершенно не принимались во вниманіе. Такъ, напр., въ практической жизни извѣстны были договоры „*aestimatio*“, „*permutatio*“ и нѣкоторыя другіе, о которыхъ рѣчь впереди. Но, если эти спеціальныя названія и не имѣли процессуальнаго значенія, то теорія все-таки восприняла эту терминологию практической жизни. Терминологія эта легла въ основу позднѣйшему дѣленію всѣхъ безымянно-договорныхъ сдѣлокъ на два разряда: „*contractus innominati regulares*“ и „*irregulares*“. Дѣленіе это въ прошломъ столѣтіи и въ началѣ текущаго встрѣчается довольно часто у изслѣдователей разсматриваемой нами темы. Сюда относятся въ особенности разсужденія Гана (Hahn), Гельфельдта, (Hellfeldt), Лаутербаха и др., — сочиненія, которыя въ на-

стоящее время не представляют ровно никакого интереса въ виду того, что въ нихъ теорія о безъимянныхъ договорахъ вообще ни на іоту не подвинулась впередъ. Что же касается спеціально приведеннаго дѣленія названныхъ договоровъ на регулярные и нерегулярные, то оно не только мало поясняетъ, но даже лишено какого-либо научнаго достоинства. Единственная заманчивая сторона помянутой категоризаціи заключается развѣ въ томъ, что она, повидимому, весьма несложна. Съ точки зрѣнія научной, однако, остается совершенно невыясненнымъ вопросъ о цѣли подобнаго рода дѣленія. Извѣстно, вѣдь, что преобладающее большинство инноминатныхъ сдѣлокъ осталось безъ какихъ либо спеціальныхъ наименованій; онѣ — по существу безъимянные. Поэтому римскіе юристы и обозначаютъ эти договоры, какъ такіе „*quorum appellationes nullae jure civili proditae sunt*“¹⁾. Съ другой стороны, какъ это подробнѣе изложено будетъ ниже, юриспруденція пришла къ убѣжденію, что не слѣдуетъ стѣснять практику новыхъ договоровъ признаніемъ точно опредѣленныхъ формъ и характеризующихъ послѣднія наименованій. Въ связи съ этимъ находится также введеніе общаго иска — „*actio praescriptis verbis*“. Поэтому, одно то обстоятельство, что та или другая юридическая сдѣлка изъ числа чрезвычайно разнообразныхъ группъ отдѣльныхъ случаевъ носить опредѣленное наименование, не признаваемое, однако, офиціально законодателемъ, отнюдь не должно лечь въ основу цѣлаго дѣленія. Съ точки зрѣнія современной систематики не могутъ заслужить одобренія какія бы то ни было искусственныя схемы, столь излюбленныя теоретиками, на которыхъ мистицизмъ среднихъ вѣковъ наложилъ неизгладимую печать и къ которымъ, между прочимъ, принадлежатъ изобрѣтатели рассматри-

¹⁾ Ч. 3. D. 19, 5 (юриста Юліана).

ваемого дѣленія безъимянныхъ договоровъ. Въ современной наукѣ безусловно порицается стремленіе замкнуть явленія правовой жизни въ заранее заготовленные параграфы. Мы не желаемъ нынѣ искусственной категоризаціи; намъ нужна естественная, сама собою развивающаяся, система. Однако, мы далеки отъ мысли, будто роль систематика должна быть исключительно пассивною¹⁾. Добросовѣстный изслѣдователь не долженъ игнорировать того неоспоримаго положенія, что право, какъ въ цѣломъ его составѣ, такъ равно отдѣльныхъ частяхъ его представляетъ собою самобытную, своеобразную систему²⁾. Между тѣмъ разсматриваемое дѣленіе безъимянныхъ договоровъ не можетъ быть оправдываемо указаніями источниковъ, совершенно умалчивающихъ о такой систематизаціи. Не слѣдуетъ ли, уже въ этомъ самомъ усмотрѣть нѣкотораго намека на непригодность ея? По крайней мѣрѣ, трудно предположить, чтобы такое несложное и близко лежащее дѣленіе, какъ только что представленное, могло уйти отъ взора римскихъ правовѣдовъ.

Итакъ, въ чемъ же кроется причина отсутствія названнаго дѣленія въ Пандектахъ? Если вспомнить, что исковое право не знало специальныхъ наименованій отдѣльныхъ безъимянныхъ договоровъ, то причина, почему римская юриспруденція не освоилась съ изложеннымъ выше дѣленіемъ будетъ совершенно ясна и понятна.

Необходимымъ предположеніемъ всякой инноминатной сдѣлки должна быть признана „*praescriptis verbis actio*“. Нѣтъ этого иска, нѣтъ „*contractus innominatus*“. Но названная акція была впервые допущена преторомъ въ охраненіе такъ наз.

1) Чижовъ, Матеріалы для исторіи системы права, стр. 44.

2) Митюковъ. Курсъ римскаго права, стр. 7.

эстиматорной сдѣлки ¹⁾). Были писатели, которые утверждали, будто „*praescriptis verbis actio*“ специально создана была для защиты безъимянныхъ договоровъ ²⁾). Нынѣ, однако, послѣ прекрасныхъ изысканій Пернице ³⁾, Беккера ⁴⁾ и Карлова ⁵⁾, нѣтъ ни малѣйшаго сомнѣнія въ томъ, что „*actiones in factum*“ съ „*civilis intentio*“ введены были гораздо ранѣе судебного признанія безъимянныхъ договоровъ. Какъ бы то ни было, эта акція, примѣнительно къ разсматриваемымъ контрактамъ, ранѣе всего практиковалась при эстиматорной сдѣлкѣ. Только впоследствии и при томъ не безъ содѣйствія великихъ римскихъ юристовъ, главнымъ же образомъ Лабейона, помянутымъ процессуальнымъ средствомъ начинаютъ охраняться и другіе безъимянные договоры ⁶⁾). Этимъ-то средствомъ одинаково защищались всевозможныя инноминатныя сдѣлки, независимо отъ того, носили-ли онѣ въ обыденной жизни какія нибудь извѣстныя названія или не носили. Отсюда явствуетъ, что нѣтъ принципиальнаго различія между такъ наз. регулярными и нерегулярными безъимянными договорами. Но если такъ, то все это дѣленіе утрачиваетъ всякое практическое научное значеніе.

¹⁾ Chambon, Beiträge zum Obligationenrecht, томъ I, стр. 11 и ниже у насъ.

²⁾ Accarias, contrats innomnies, стр. 98

³⁾ Kritische Vierteljahrschrift, томъ X, стр. 93.

⁴⁾ Bekker, die Actionen des röm. Privatsrecht, томъ II, стр. 151.

⁵⁾ Карлова, какъ выше.

⁶⁾ Karlowa, Rechtsgeschäft, стр. 254. Lenel, das Edictum perpetuum, стр. 237.

II.

Система Павла.

Въ 1. прѣм. D. 19, 5 представлено дѣленіе безъимян-ныхъ договоровъ, которое до сихъ поръ считается господствующимъ въ наукѣ. Вотъ текстъ приведеннаго фрагмента:

„in hac quaestione totius ob rem dati tractatus inspicere potest qui in his competit speciebus:

aut enim do tibi ut des,

aut do ut facias,

aut facio ut des,

aut facio ut facias“.

По системѣ знаменитаго составителя „sententiae receptae“ всѣ безъимянно-юридическія сдѣлки распадаются на указанныя четыре группы. Всѣ неисчислимыя случаи добровольнаго обмѣна вещей или услугъ, которые стоятъ внѣ области признанныхъ цивильнымъ правомъ типовъ реальныхъ и консенсуальныхъ контрактовъ, подходятъ подъ изобрѣтенную Павломъ систему. По договорамъ первой группы „do ut des“, одна вещь отдается въ собственность въ замѣнъ другой; контракты по схемѣ „do ut facias“ имѣютъ своимъ содержаніемъ отдачу въ собственность какой-либо вещи за извѣстную услугу; по договорамъ третьей группы (facio ut des) за полученную вещь оказывается услуга, а по контрактамъ „facio ut facias“ совершается обмѣнъ услугъ, — услуга за услугу.

Какъ вообще obligationum substantia in eo consistit, ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum (vel praestandum) ¹⁾, такъ, равнымъ образомъ, эти обѣщанія, изъза которыхъ устанавливаются обязательственныя отношенія (dare или facere) лежатъ въ основаніи различныхъ комбинацій безъимянно-договорныхъ сдѣлокъ. Система юриста Павла, какъ сказано выше, обнимаетъ собою всевозможные случаи инноминатныхъ договоровъ, хотя на практикѣ не всегда легко бываетъ распредѣлять ихъ между отдѣльными упомянутыми четырьмя разрядами. Въ виду такихъ трудностей, носящихъ чисто-случайный характеръ, въ литературѣ появлялись нѣкоторыя попытки, преслѣдовавшія цѣль упростить изложенное выше дѣленіе безъимянныхъ договоровъ. Въ этомъ направленіи дальше всѣхъ пошелъ нѣмецкій писатель Рейхгельмъ ²⁾, признающій вообще лишь двѣ основныя категоріи названныхъ контрактовъ. Исходная точка зрѣнія его такая: Безъимяннымъ можетъ почитаться только такой договоръ, который, сверхъ другихъ предположеній, допускаетъ примѣненіе такъ наз. права раскаянія (ius poenitendi). Въ виду того, что, какъ говоритъ теорія, „facta infecta fieri nequeunt“, тѣ сдѣлки, которыя начинаются услугою, а не отдачею вещи, по мнѣнію Рейхгельма, въ строгомъ смыслѣ не могутъ признаваться инноминатными, ибо право раскаянія у нихъ невысказано. Однако Рейхгельмъ рассуждаетъ совершенно неправильно. Если быть послѣдовательнымъ, то исходя изъ основныхъ положеній этого писателя, слѣдовало бы не только не принять приведенной схемы великаго римскаго правовѣда, но вообще осудить на сломъ все ученіе его о безъимянныхъ договорахъ, сложившееся, какъ мы видѣли, исторически, какъ плодъ

¹⁾ l. 3. pr. D. 44, 7.

²⁾ Reichhelm, Versuch eines Beweises, dass die Römer eigentlich nur zwei Arten der Innominatcontr. kannten.

цѣлаго ряда заблужденій. Однако, если ближе всмотрѣться въ дѣло, то окажется, что Рейхгельмовская доктрина построена на ложномъ пониманіи юридической конструкціи и существа рассматриваемыхъ договоровъ, примѣнимости къ которымъ „права раскаянія“ вовсе не является необходимымъ и общимъ признакомъ¹⁾. Общій признакъ процессуальнаго характера для неформальныхъ договоровъ лишь одинъ, именно: „actio praescriptis causa“. Мы уже выше сопоставили тѣ условія, при наличности которыхъ данную сдѣлку слѣдуетъ рассматривать какъ безымянный договоръ. Такимъ необходимымъ условіемъ изъ процессуальныхъ средствъ охраны, какъ указано, представляется только „actio praescriptis verbis“, искъ, довольно поздно появившійся въ Преторскомъ Эдиктѣ. На такое общее значеніе помянутой акціи указываютъ многіе пандектные фрагменты. Въ этомъ отношеніи весьма любопытны слѣд. слова юриста Цельза²⁾: „nam cum deficient vulgaria et usitata actionum nomina praescriptis verbis agendum est“.

Вообще юриспруденція должна была признать какъ фактъ, что въ дѣйствительности сдѣлокъ бываетъ гораздо больше, чѣмъ названій. Говоря, что „actio praescriptis verbis“ должна быть признана общимъ средствомъ процессуальной защиты безымянныхъ контрактовъ, мы, однако, далеки отъ мысли отрицать примѣнимости къ извѣстнымъ группамъ этихъ договоровъ основаннаго на „condictio sine causa“ такъ назыв. права раскаянія. Дабы понять значеніе этого своеобразнаго права, считаемъ необходимымъ помѣстить здѣсь небольшую замѣтку. Извѣстно изъ исторіи римскаго права³⁾,

¹⁾ По принятой нами программѣ подробности, относящіяся къ вопросамъ судопроизводства, могутъ быть изложены лишь во II раздѣлѣ настоящаго сочиненія.

²⁾ l. 2. D. 19, 5.

³⁾ l. 25; pr. D. 44, 7; срв. также, Lenel, edict. perpet., стр. 184. J. II. 6, § 15.

что первоначально кондикціями назывались всѣ личные иски, направлявшіеся на „dare aut facere oportere“. Только впоследствии подъ кондикціями начали понимать специально тѣ иски, при помощи которыхъ возвращалась неправильно попавшая въ чужое обладаніе вещь. Такое значеніе кондикціи получили послѣ исчезновенія денунціаціи. При этомъ, однако, иски эти сохранили свой личный характеръ, т. е. вчинались всегда *in personam*, основываясь на почвѣ древне-цивильнаго права. Замѣчательно, что исторія римскаго права совершенно не знаетъ кондикцій, обязанныхъ своимъ происхожденіемъ преторскому творчеству¹⁾. Отсюда можно сдѣлать заключеніе, что такъ назыв. право раскаянія, протекающее изъ кондикціи, древнѣе „*actio praescriptis verbis*“, носящей на себѣ несомнѣнные признаки преторской дѣятельности. Положеніе это, дѣйствительно, считается аксіомою въ современной наукѣ²⁾. Однако, если принять во вниманіе, что институтъ инноминатныхъ договоровъ, какъ таковой, юридически былъ признанъ только въ царствованіе перваго римскаго императора, при которомъ жилъ величайшій юристъ древняго Рима, Маркъ Антистій Лабеонъ³⁾, и, что при выработкѣ этого института обращено было, главнымъ образомъ, вниманіе на основные признаки, то ясно, почему въ составъ инноминатныхъ сдѣлокъ вошли и такіе случаи, въ которыхъ о какомъ-либо правѣ раскаянія не можетъ быть и рѣчи. Система безъимянныхъ договоровъ, какъ упомянуто, обнимаетъ, между прочимъ, случаи, обозначенные слѣдующимъ образомъ: 1) я дѣлаю съ тѣмъ, чтобы ты сдѣлалъ (*facio ut facias*) и 2) я дѣлаю съ тѣмъ, чтобы ты далъ (*facio ut des*). По простому принципу: „*facta*

¹⁾ Glück, *Ausführliche Erläuterungen der Pandecten*, томъ XIII, стр. 4.

²⁾ Dernburg, *Pandecten*, томъ II, стр. 19, 20.

³⁾ Pernice M. A. *Labeo*, томъ I стр. 469.

infecta fieri non possunt“ нельзя признать уместнымъ въ двухъ приведенныхъ случаяхъ право раскаянія. Вотъ почему вышеописанная попытка Рейхгельма „представить доказательство, что римляне, собственно говоря, знали только два разряда безъимянныхъ договоровъ“, совершенно не выдерживаетъ критики.

Итакъ, нельзя не признать легальнаго дѣленія въ высшей степени удачнымъ. Дѣйствительно, формулы Павла обладаютъ большою растяжимостью. Такъ, на примѣръ, положительное дѣйствіе, дающее содержаніе всему юридическому отношенію, можетъ уступать мѣсто отрицательному: вмѣсто *do ut facias — do ne facias —*, или же воспринимать альтернативное выраженіе. Последнее обстоятельство требуетъ особеннаго вниманія. *D. 17 § 1; D. 19, 5* гласитъ: „*si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi afferes aut pretium eorum*“ Въ приведенномъ примѣрѣ нельзя не видѣть наличности раздѣлительнаго обязательства. Поэтому мы не можемъ согласиться съ мнѣніемъ берлинскаго профессора Бернштейна, высказаннымъ въ его замѣчательномъ изслѣдованіи объ альтернативныхъ обязательствахъ, (написанномъ на русскомъ языкѣ), будто въ источникахъ римскаго права отсутствуютъ указанія на раздѣлительные безъимянные договоры. Впрочемъ, въ принципѣ, и Бернштейнъ не отрицаетъ возможности существованія таковыхъ¹⁾. Онъ лишь настаиваетъ на томъ, что въ источникахъ римскаго права таковыя случаи не указаны. Дѣленіе безъимянныхъ договоровъ на четыре группы извѣстно не всѣмъ римскимъ юристамъ классическаго періода. Кромѣ Павла, система эта принята только Ульпіаномъ²⁾ и слѣдующими за нимъ по времени

¹⁾ Бернштейнъ, привед. сочин., стр. 14.

²⁾ Bekker, die Actionen, томъ II, стр. 151, примѣч. 31.

юристами. Что же касается Марка Антистія Лабеоны, которому учение о безымянныхъ контрактахъ болѣе всего обязано своимъ развитіемъ, то, надобно полагать, этотъ юристъ не зналъ еще помянутаго четырехкласснаго дѣленія. Если же спросить о причинѣ незнакомства Лабеоны съ легальнымъ дѣленіемъ, то вопросъ этотъ, сколько мнѣ кажется, можетъ быть разъясненъ слѣдующимъ образомъ. Теорія о безымянныхъ договорахъ развивалась очень медленно. Тѣ нецивильныя сдѣлки, которыя начинались услугами, на первыхъ порахъ, лишены были какой бы то ни было организованной защиты: *condictio sine causa* не могла найти къ нимъ примѣненія. Если Лабеонъ и содѣйствовалъ ауторизаціи всѣхъ видовъ безымянно-договорныхъ сдѣлокъ, то учение о нихъ при немъ было еще слишкомъ неустановившимся, чтобы могла ощущаться особенная нужда въ систематизаціи помянутыхъ договоровъ. Подобная же нерѣшительность по этому вопросу замѣчается и у другихъ корифеевъ римской юриспруденціи. Достаточно будетъ замѣтить, что самъ юристъ Павелъ не повсемѣстно выдерживаетъ представленную имъ классификацію, о чемъ изложено будетъ ниже¹⁾.

¹⁾ l. 17 § 1
 l. 19
 l. 20 pr.

{ D. 19, 5 и много друг.

ГЛАВА 4-я.

Вопросъ о старшинствѣ безъимянныхъ договоровъ.

Представленное дѣленіе безъимянныхъ договоровъ на четыре разряда обладаетъ тѣмъ привлекательнымъ преимуществомъ, что отличается рѣдкой практичностью и простотою. Въ рамки Павловской схемы могутъ быть включаемы самыя разнообразныя юридическія отношенія, разъ только гражданскимъ правомъ они не предусмотрѣны и разъ только они удовлетворяютъ необходимымъ для понятія о безъимянномъ договорѣ реквизитамъ. При ближайшемъ разсмотрѣніи отдѣльныхъ группъ Павловской системы представится возможнымъ извлечь чрезвычайно цѣнныя данныя, могущія послужить руководительною нитью при дальнѣйшихъ изысканіяхъ по разсматриваемой темѣ.

Извѣстно, что въ Римѣ право никогда не являлось въ видѣ готовой догмы ¹⁾. Вся система римскаго права есть результатъ продолжительнаго и непрерывно стремящагося къ усовершенствованію историческаго процесса. Изслѣдуя, поэтому, вопросы права древняго Рима, нельзя обойтись безъ историческаго метода. Примѣнительно къ

¹⁾ Ihering, Geist des röm. Rechts, томъ I, § 3.

инноминатнымъ юридическимъ сдѣлкамъ нельзя, прежде всего, не подмѣтить слѣдующаго неоспоримаго факта: нѣкоторые безъимянные договоры встрѣчаются и практикуются уже въ глубокой древности; такъ напр. договоръ мѣны, „permutatio“, служащая прототипомъ для инноминатныхъ сдѣлокъ по формулѣ „do ut des“. Другія же сдѣлки нецивильнаго происхожденія появляются на сценѣ сравнительно очень поздно. Это обстоятельство представляется весьма цѣннымъ при выясненіи вопроса о старшинствѣ безъимянныхъ договоровъ. Если установлено, что одни безъимянные договоры фактически практиковались со временъ незапамятныхъ, тогда какъ другіе признаются очень поздняго происхожденія, то, можетъ быть, удастся еще ближе опредѣлить послѣдовательность распространенія этихъ договоровъ? Уже Шиллингъ ¹⁾ указывалъ на возможность съ извѣстною точностью опредѣлить старшинство инноминатныхъ контрактовъ. Дабы установить, въ какой послѣдовательности возникали занимающіе насъ договоры, мало будетъ разсматривать этотъ предметъ по непосредственно сюда относящимся источникамъ римскаго права. „Экзегетическая лупа“ ²⁾ не дастъ намъ отвѣта на поставленные вопросы: необходимо будетъ обратиться къ болѣе общей точкѣ зрѣнія. Вотъ почему я позволю себѣ напомнить читателю о слѣдующихъ обстоятельствахъ. Извѣстно ревностное стремленіе римлянъ, во что бы то ни стало, отстаивать и сохранять установившіеся порядки. Слѣдствіемъ этого консерватизма не было заглушеніе потребностей и нуждъ непрерывно развивающейся жизни, а напротивъ того, удовлетвореніе ихъ при помощи старыхъ, имѣвшихся въ запасѣ средствъ. Поэтому-то, въ Римѣ не было

¹⁾ Schilling, Institutionen, томъ III, указ. мѣсто.

²⁾ по выраженію Рудольфа Геринга, см. его дух. Римскаго пр. т. I, § 2.

ни одного юридического института, который бы не основывался на твердой исторической почвѣ ¹⁾. Съ другой стороны, разъ укоренившіяся учрежденія только очень туго подвергались ломкѣ. Такъ, напр., долго дѣйствовавшее начало: „*jus civile sibi vigilantibus scriptum est*“, какъ мы видѣли, потеряло практическое значеніе только въ періодъ господства новаго, экстраординарнаго права. Но въ эту эпоху всѣ прежніе національные принципы римлянъ отошли уже на задній планъ ²⁾.

Исторія происхожденія и дальнѣйшаго развитія безъимянныхъ договоровъ представляетъ собою такое же явное доказательство консерватизма римскаго законодательства, какъ Преторскій Эдиктъ. Только безъимянные договоры проявляютъ процессъ этотъ въ маломъ видѣ, тогда какъ въ Эдиктѣ онъ выступаетъ во всей своей грандіозности и національномъ блескѣ.

Павель, какъ указано, сводитъ всѣ безъимянные договоры къ слѣдующимъ четыремъ разрядамъ:

- 1) договоры „*do ut des*“
- 2) договоры „*do ut facias*“
- 3) договоры „*facio ut des*“
- 4) договоры „*facio ut facias*“.

Хотя римскій юристъ нигдѣ не поясняетъ, почему имъ приняты именно только что приведенный порядокъ, по которому расположены инноминатные контракты, однако, сколько намъ кажется, порядокъ этотъ избранъ далеко не безцѣльно. Въ немъ, какъ намъ думается, нашла изображеніе послѣдовательность распространенія рассматриваемыхъ договоровъ.

¹⁾ Ihering, тамъ-же, томъ II, § 45.

²⁾ Kuntze, Excuse, стр. 374. 384.

Въ самомъ дѣлѣ, нельзя не признать, что договоры, начинающіеся услугою (*facere*), а не отдачею вещи (*dare*), сравнительно болѣе поздняго происхожденія. На этомъ основаніи всѣ „*contractus innominati*“ могутъ быть подведены подъ двѣ обширныя категоріи: старѣйшіе и новѣйшіе безъимянныя договоры. Въ процессуальномъ отношеніи означенныя двѣ категоріи контрактовъ не сходятся. Между тѣмъ какъ договоры перваго разряда защищаются двумя средствами: „*condictione sine causa*“ и „*præscriptis verbis actione*“, примѣненіе кондикціи къ новѣйшимъ безъимяннымъ договорамъ, начинающимся услугою, немыслимо. Это также чрезвычайно важное обстоятельство. Какіе же доводы могутъ быть приведены въ пользу нашей гипотезы о старшинствѣ безъимянныхъ договоровъ. Аргументы эти, сами собою, распадаются на двѣ группы: 1) логическіе и 2) догматическіе.

Изложимъ тѣ и другіе.

I. Логическіе аргументы.

Перенесемъ въ тотъ періодъ исторіи римскаго права, когда о юридическомъ признаніи безъимянныхъ договоровъ не могло быть рѣчи. Вступая въ непризнанную цивильнымъ правомъ сдѣлку, римскій гражданинъ, въ случаѣ слора, возникавшаго по такому договору, не могъ рассчитывать на судебную защиту, такъ какъ совершалъ подобнаго рода сдѣлку, такъ сказать, на собственный страхъ. Положимъ, кто нибудь уступилъ другому лицу свою вещь съ тѣмъ, чтобы въ замѣнъ послѣдней ему дана была другая вещь. Если почему-либо не послѣдовала передача другимъ лицомъ обѣщанной первому вещи, то вынудить отвѣтное удовлетвореніе нельзя было на основаніи процессуальныхъ средствъ. Но въ такомъ случаѣ наступало т. н. „*habere sine causa*“, положеніе вещей, которое противорѣчило основнымъ началамъ рим-

скаго законодательства ¹⁾. Отсюда явствуетъ, что заключенная указаннымъ путемъ сдѣлка, въ случаѣ отсутствія отвѣтнаго удовлетворенія, подлежала уничтоженію, ибо цѣль ея такимъ образомъ, очевидно, не достигалась. Съ другой стороны невозможно было предоставить самому неудовлетворенному контрагенту возвратитъ себѣ разъ отданную вещь. Невозможность эта, въ особенности, выступала со второй половины республики, когда законодательство приняло рѣшительныя мѣры противъ самоуправства. Со времени Юліевыхъ законовъ ²⁾ вообще всякія насилія стали предметомъ уголовныхъ наказаній. Во II же столѣтіи по Р. Х. вышло въ свѣтъ постановленіе императора Марка Аврелія (*decretum divi Marci*) ³⁾, по силѣ котораго кредиторъ, который самовольно отбиралъ что-либо у должника, лишался всякихъ притязаній на удовлетвореніе по долгу. Имѣя въ виду эти законодательныя постановленія, судъ былъ вынужденъ входить въ разбирательство помянутыхъ случаевъ, даруя реституцію, при помощи кондикціи, какъ только не послѣдовало отвѣтнаго удовлетворенія.

Совершенно въ другомъ свѣтѣ представляется дѣло, когда начало сдѣлки состоитъ въ услугѣ (*facere*). Въ такомъ случаѣ нѣтъ возможности для исправнаго контрагента требовать возврата. Теорія выражаетъ это положеніе словами: „*quod factum est, non potest fieri infectum*“. Такимъ образомъ случилось, что безъимянныя договоры, построенные по схемѣ „*do ut des*“ и „*do ut facias*“ получили нѣкоторое процессуальное признаніе гораздо ранѣе ауторизаціи прочихъ группъ названныхъ контрактовъ, въ теченіе продолжительнаго времени игнорировавшихся совершенно. Изложенное нами до

¹⁾ Wendt, Lehrbuch der Pandekten, стр. 685.

²⁾ D. 48, 6, 7.

³⁾ I. 13. D. 4, 2; I. 7. D. 48, 7.

сихъ поръ вполнѣ согласуется съ результатами, добытыми Гансомъ, Шиллингомъ, Карлова и Ленелемъ. Ученые эти доказали, что „*condictio sine causa*“ значительно болѣе ранняго происхожденія чѣмъ „*actio præscriptis verbis*“ ¹⁾. Отсюда ясно, что кондикція могла быть распространяема гораздо ранѣе „*præscriptis verbis actio*“, что на самомъ дѣлѣ и имѣло мѣсто, какъ это будетъ показано при разсмотрѣннн эстиматорной сдѣлки. Что же касается соотношенія помянутыхъ двухъ средствъ процессуальной защиты безъимянныхъ договоровъ, то вопросъ зтотъ находитъ въ литературѣ чрезвычайно разнообразное рѣшеніе. Намъ необходимо, хотя бы вкратцѣ, уже въ настоящее время остановиться на затронутомъ вопросѣ, откладывая обстоятельное разсмотрѣніе его, согласно принятому плану, во II-ой раздѣлѣ сочиненія. Если окажется, какія безъимянно-договорныя сдѣлки по ученію новѣйшихъ юристовъ, допускаютъ примѣненіе кондикціи, къ какимъ же, по самому составу ихъ, непримѣнимо названное процессуальное средство, то, быть можетъ, еще болѣе подтвердится выставленное нами относительно старшинства занимающихъ насъ договоровъ предположеніе? Въ этомъ отношеніи первенствующее значеніе должно быть признано за вышеприведеннымъ изслѣдованіемъ Вехтера ²⁾. Онъ говоритъ, что появленіе „*actio praescriptis verbis*“ въ качествѣ защительнаго средства инноминатныхъ контрактовъ несомнѣнно указываетъ на то, что развитіе этихъ договоровъ уже воспослѣдовало. Но если такъ, то какъ же, спрашивается, возможно примѣненіе кондикціи къ готовому, законченному договорному институту? Вотъ какъ, приблизительно, рассуждаетъ Вех-

¹⁾ Вопросъ этотъ болѣе развитъ въ главѣ 5, на которую и обращаемъ вниманіе читателя.

²⁾ Waechter, *doctrina de condictione causa d. c. n. s. iu. contr. innoh*.

теръ: Если кто, по двустороннему, но нецивильному договору, привелъ обѣщаніе свое въ исполненіе, тогда какъ другой контрагентъ не исполнилъ даннаго обѣщанія, то на первыхъ порахъ исправный контрагентъ былъ безпомощенъ. До ауторизаціи, воспослѣдовавшей сравнительно очень поздно, безъимянный договоръ считался „nudum pactum“. Въ виду этого исправная сторона не могла принуждать неисправную къ исполненію такого договора, который подлежалъ процессуальному возраженію, „exceptio ex nudo pacto“. Однако, „aequitas“ не могла не охранять означенныхъ сдѣлокъ. Она заставила прибѣгать, въ подобныхъ случаяхъ, къ особенной кондикціи (*condictio causa data, causa non secuta*), происходящей, по словамъ источниковъ, „ex bono et aequo“. Когда противопоставлялась „exceptio nudi pacti“, то послѣдняя обезсиливалась „replicatione doli“. Если же представленный исправнымъ контрагентомъ предметъ, по сущности своей, не могъ быть востребованъ, то можно было вчинить только *actionem de dolo* (l. 5 § 3 и l. 16, D. 19, 5; l. 4. Cod. II, 21).

Въ такомъ видѣ представляется, по мнѣнію Вехтера, процессуальная исторія безъимянныхъ договоровъ послѣ того, какъ послѣдніе были признаны самостоятельнымъ юридическимъ институтомъ. По мнѣнію Вехтера, „*condictio causa data, causa non secuta*“ является, строго говоря, въ развитомъ контрактномъ институтѣ, аномаліею, сохранившейся лишь благодаря консерватизму римской юриспруденціи. . . ¹⁾.

Другой изслѣдователь нашей темы, Пфортенъ ²⁾ начинаетъ разсмотрѣніе безъимянныхъ договоровъ съ той эпохи, когда „nudum pactum“ еще не порождало какого-либо обя-

¹⁾ Waechter, тамъ же, § 4, 5.

²⁾ Pfordten, Abhandlungen aus dem Pandectenr. N. III, § 3. 4. 6.

зательства. Въ то время, говоритъ Пфортенъ, исправный контрагентъ по нецивильной сдѣлкѣ былъ властенъ перемѣнять свое первоначальное намѣреніе, вслѣдствіе чего то, что было имъ исполнено, становилось „sine causa“, а потому подлежало возврату ¹⁾. Согласно сказанному, кондикція къ новымъ сдѣлкамъ примѣнялась по двумъ основаніямъ: 1) когда отвѣтное удовлетвореніе не послѣдовало, и 2) когда исправная сторона не желала *causam futuram*, измѣнивъ первоначальное свое намѣреніе. Касательно одновременнаго дѣйствія акціи и кондикціи Пфортенъ высказываетъ весьма остроумное предположеніе: когда исправный контрагентъ желалъ, чтобы заключенное „*factum*“ трактовалось по *jus civile*, тогда онъ прибѣгалъ къ *condictio sine causa*; когда же *factum* должно было разсматриваться какъ *novum negotium*, то *jus poenitendi* отпадало, уступая мѣсто „*actio praescriptis verbis*“. Знаменитый пандектистъ Виндшейдъ ²⁾ отрицаетъ одновременное допущеніе двухъ означенныхъ средствъ судебной защиты въ примѣненіи къ безымяннымъ договорамъ. Однако, гипотеза эта не подтверждается какими либо свидѣтельствами источниковъ. Разумѣется, съ точки зрѣнія современныхъ юридическихъ понятій ничего не было бы естественнѣе того, если-бы введеніемъ „*actionis praescriptis verbis*“ вытѣснено было право отступленія—*jus poenitentiae*. Но уже выше было указано, что именно консерватизмомъ римлянъ объясняется сохраненіе отжившаго, на первый взглядъ, права раскаянія, продолжавшаго играть извѣстную роль на практикѣ безымянныхъ договоровъ еще въ довольно позднее время. Впрочемъ, примѣненіе этого права, вообще говоря, вовсе

¹⁾ Срв. также Zimmermann, Beiträge zur Theorie der *condictio indebiti*, стр. 7 и особенно примѣчаніе № 17,

²⁾ Windscheid, die Lehre des Röm. Rechts von der Voraussetzung, стр. 165.

не было особенно обширнымъ; такъ, договоры, начинавшіеся услугою, естественно, его не допускали. Въ этомъ отношеніи заслуживаютъ вниманія изысканія Эркслебена ¹⁾, изучившаго процессуальную природу инноминатныхъ сдѣлокъ. По мнѣнію названнаго ученаго, такъ назыв. право раскаянія, согласно источникамъ, встрѣчается только въ примѣненіи къ безъимяннымъ договорамъ „do ut facias“. Мы подчеркиваемъ это положеніе Эркслебена, такъ какъ оно горячо защищается и другими юристами; напр. Витте, Фохтъ (Voigt) и Пернице. При этомъ надобно замѣтить, что, согласно возрѣнію помянутыхъ изслѣдователей, „*ius roenitentiae*“ тогда только имѣетъ мѣсто, когда данная сдѣлка сходственна съ договоромъ довѣренности. Противъ этого ученія возражаетъ профессоръ Іенскаго университета Вендтъ ²⁾ По его мнѣнію, изложенный взглядъ по существу не вѣренъ. Вендтъ исходитъ изъ того основнаго положенія, что „*licentia roenitendi*“ не составляетъ вовсе принадлежности договорнаго права, а образуетъ собою характеристическій признакъ кондикцій. Отсюда слѣдуетъ, что право отказа вообще примѣняется въ большихъ размѣрахъ, именно повсюду, гдѣ встрѣчаются кондикціи. На сколько же безъимянные договоры подчиняются кондикціоннымъ правиламъ, на столько при нихъ можетъ быть возбужденъ вопросъ о допускаемости *juris roenitendi* ³⁾. Итакъ источникомъ права отказа является не особенность характера тѣхъ или другихъ контрактовъ, а примѣнимость къ нимъ кондикцій.

Относительно только что указанной теоріи проф. Вендта слѣдуетъ сказать во первыхъ, что она не представляется

¹⁾ Erxleben, de contractuum innominatorum indole ac natura, стр. 138—165. Его - же, die conditiones sine causa, отдѣлъ 2.

²⁾ Wendt, Lehrbuch der Pandekten, стр. 685.

³⁾ Его - же, Reurecht und Gebundenheit, Heft I, стр. 6.

новою, а во вторыхъ, что основы ея могутъ быть подвержены значительнымъ сомнѣніямъ. Въ первомъ отношеніи еще средневѣковая юриспруденція и какъ представитель ея, извѣстный французскій ученый юристъ Донель ¹⁾, признавали *jus poenitendi* явленіемъ общимъ, не присущимъ однимъ только инноминатнымъ договорамъ. Съ другой стороны, какъ утверждаютъ Вехтеръ ²⁾, Беккеръ ³⁾ и др., право раскаянія, допускаемое при безимянныхъ договорахъ послѣ того, какъ они получили контрактное значеніе, является анахронизмомъ или, говоря словами Вехтера, практической аномаліею. Однако, по мѣрѣ того, какъ развивалась теорія о безимянныхъ договорахъ, ограничивалось также право раскаянія и, надо думать, право это было бы совершенно вытѣснено, еслибы не кодификація Юстиніана, послѣ которой застыло все развитіе помянутаго ученія. Такимъ образомъ объясняется, почему вопросъ, касающійся „*jus poenitendi*“, продолжалъ имѣть извѣстный интересъ, примѣнительно къ безимяннымъ договорамъ, еще и послѣ кодификаціи императора Юстиніана ⁴⁾, между тѣмъ какъ во всѣхъ другихъ случаяхъ своего проявленія „*poenitentia*“ ко времени кодификаціонныхъ работъ успѣла утратить всякое значеніе.

Изъ представленныхъ предположеній новѣйшихъ юристовъ можетъ быть сдѣланъ одинъ общій выводъ, а именно тотъ, что всѣ изслѣдователи единогласно признаютъ безимянные договоры, начинающіеся услугою, а не отдачею

¹⁾ Hugo Donellus, *commentarii de jure civili*, гл. II, изд. Бухера.

²⁾ Waechter, *de cond. causa data c. n. s.* § 16.

³⁾ Bekker, вышеуказ. сочин. томъ II, стр. 151. Savigny, *das Obligationen recht*, томъ II, стр. 210, примѣч. *m.*

⁴⁾ Pernice, *Kritische Vierteljahrschrift*, томъ X, стр. 76. Erxleben, *condictiones sine causa*, томъ II, стр. 466 слѣд..

вещи, болѣе ранняго происхожденія чѣмъ договоры, началомъ коихъ заключается въ „*dare*“¹⁾. Въ современной наукѣ положеніе это считается доказаннымъ и едва-ли можетъ быть оспорено. Однако, постепенное распространеніе инноминатныхъ контрактовъ могло бы быть опредѣляемо еще точнѣе. Въ составъ первой широкой категоріи разсматриваемыхъ договоровъ, именно тѣхъ, которые начинаются отдачею вещи, входятъ, какъ указано, двѣ группы, изъ которыхъ контракты первой построены по схемѣ „*do ut des*“, второй же по схемѣ „*do ut facias*“. Рождается вопросъ, которые изъ только что названныхъ контрактовъ древнѣе, контракты „*do ut des*“ или контракты „*do ut facias*“? Быть можетъ, мы не будемъ далеки отъ истины, если скажемъ, что, по нѣкоторымъ безспорнымъ основаніямъ, слѣдуетъ признать договоры „*do ut des*“ болѣе древними. Начнемъ, напр., съ существа реальныхъ договоровъ. Въ институціяхъ юриста Гая, равно и въ институціяхъ императора Юстиніана приводится четыре вида реальныхъ договоровъ. Всѣ они построены такъ, что какая-либо вещь, — при опредѣленныхъ условіяхъ — передается за вещь, будь то та же самая вещь или другая, это — для конструкціи безразлично. Такъ при договорѣ займа, ссуды, поклажи и, наконецъ при залоговомъ договорѣ. Отсюда явствуетъ, что центромъ, около котораго формируется обязательственное отношеніе, должна быть признаваема, такъ сказать, матеріальная вещь, „*res*“ въ буквальномъ смыслѣ этого слова. Лишь въ послѣдствіе, подъ вліяніемъ авторитета великихъ римскихъ правовѣдовъ возможно было сдѣлать важный шагъ впередъ въ конструкціи реально-обязательственнаго права и расширить понятіе о „*res*“ въ томъ смыслѣ, что подъ нею должно разумѣть вещь не только въ настоящемъ

¹⁾ срв. выше гл. 1 и Warnkönig, Rechtsphilosophie, прив. мѣсто.

значеніи слова, но также въ смыслѣ переносномъ, идеальномъ. Говоря словами римскаго права, подъ „res“ въ конструкціи безъимянно - договорнаго права стали разумѣть также и „res, quae tangi non possunt“. Все это достаточно выяснено въ исторіи и догмѣ права; а потому позволительно слегка коснуться этихъ фактовъ, несомнѣнно указывающихъ на то, что въ числѣ безъимянныхъ договоровъ (которые, какъ мы выше видѣли, теоріею также признаются реальными контрактами), тѣ древнѣе, конструкція которыхъ выражается въ формулѣ „do ut des“, а не „do ut facias“. Изъ сказаннаго вмѣстѣ съ тѣмъ вытекаетъ, что договоры „facio ut des“ или „facias“ болѣе ранняго происхожденія, чѣмъ инноминатные контракты, начинающіеся отдачею вещи. Извѣстно, далѣе, что нѣкоторые „contractus in-pominati“ въ обыденной жизни, внѣ официально - судебной сферы, носили спеціальныя наименованія. Сюда относится, прежде всего, древнѣйшій договоръ, являющійся вмѣстѣ съ тѣмъ первичнымъ способомъ мирнаго сближенія людей — мѣна, „permutatio“. Очевидно, конструкція этой сдѣлки выражается въ формулѣ „do ut des“, а не „do ut facias“. Старшинство безъимянныхъ договоровъ, начинающихся услугами (facio ut des и facio ut facias), не можетъ, строго говоря, быть опредѣляемо съ достаточною точностію. Безспорно, конечно, что названные договоры моложе тѣхъ, которые начинаются отдачею вещи, но тѣмъ не менѣе вопросъ о томъ, древнѣе-ли контрактъ „facio ut facias“ или „facio ut des“, долженъ оставаться открытымъ.

Посмотримъ еще на догматическіе аргументы.

II. Аргументы догматическаго свойства.

1) въ l. 48 D. 2, 14 юристъ Павелъ говоритъ:

„in traditionibus rerum quodcunque pactum sit, id valere manifestum est“.

Выражая мысль, что „quodcumque pactum“ юридически связывает, обязует, римскій юристъ, повидимому, имѣетъ въ виду всевозможныя сдѣлки, въ томъ числѣ, слѣдовательно, также безъимянныя договоры. Но не во всѣхъ случаяхъ признается имъ за „quodcumque pactum“ юридическая сила, а лишь при непремѣнномъ условіи передачи вещей (in traditione rei). Отсюда явствуетъ, что, согласно мнѣнію названнаго юриста, безъимянныя договоры, построенныя по схемѣ „do ut des и facias“ почитаются въ юридическомъ смыслѣ дѣйствительными, тогда какъ примѣнительно къ правовой силѣ прочихъ группъ помянутыхъ договоровъ юристъ Павелъ не чуждъ нѣкоторыхъ сомнѣній.

2) Извѣстно, что наиважнѣйшая заслуга въ дѣлѣ юридическаго признанія безъимянныхъ договоровъ принадлежитъ Марку Антистію Лабеоу. Между тѣмъ, тѣ случаи инноминатныхъ контрактовъ, которые изложены въ нашихъ источникахъ и въ которыхъ приведена ссылка на авторитетъ этого юриста, имѣютъ своимъ содержаніемъ отдачу вещи за вещь или услугу (dare). Сюда относятся, главнѣйшимъ образомъ, слѣдующія мѣста Пандектъ: l. 17, § 1, l. 19, l. 20 pr. и § 2 D. 19, 5.

Примѣчаніе. Однако, предположеніе, по которому начало безъимянно-договорныхъ сдѣлокъ, упоминаемыхъ Лабеоу посредственно или непосредственно, заключается въ „dare“, повидимому, не подтверждается однимъ фрагментомъ, а именно l. 1, § 1, D. 19, 5, въ которомъ Папиніанъ съ указаніемъ на авторитетъ Марка Антистія Лабеоу высказываетъ слѣдующій характеристичный взглядъ:

„domino mercium in magistratum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam“.

Нельзя не видѣть нѣсколько сложнаго состава описываемой Папиніаномъ сдѣлки. Не услуга шкипера обуславливаетъ, въ данномъ случаѣ, обязательство, а напротивъ, отпра-

вителью принадлежит починъ къ заключенію сдѣлки. При этомъ, въ частности, слѣдуетъ замѣтить, что помянутая выше сдѣлка въ современныхъ законодательствахъ получила особенную спеціализацію. Это такъ назыв. договоръ перевозки, фрахтовый контрактъ нынѣшняго торговаго права. Въ Римѣ же первые зачатки отдѣленія его отъ общаго договора найма мы находимъ лишь въ послѣдніе періоды классической юриспруденціи. До тѣхъ же поръ названная сдѣлка совершенно подчинялась правиламъ „*locatio — conductio operis*“¹⁾. Последнія опредѣляютъ, что гонораръ или плата за оказываемую услугу можетъ быть уплачиваема либо впередъ, либо впоследствии, совершенно по усмотрѣнію сторонъ²⁾. Обращаясь къ приведенному фрагменту Папиніана, нельзя не признать трудности рѣшенія вопроса о томъ, принадлежит ли описанная въ названномъ мѣстѣ сдѣлка къ разряду договоровъ „*do ut facias*“ или „*facio ut des*“. Единственный, на нашъ взглядъ, вѣрный отвѣтъ будетъ тотъ, что упомянутая сдѣлка занимаетъ, такъ сказать, двойную позицію, относясь какъ къ разряду „*do ut facias*“, такъ и „*facio ut des*“, смотря по индивидуальнымъ обстоятельствамъ каждаго конкретнаго случая. Такимъ-то образомъ объясняется также, почему Лабейонъ, на котораго въ указанномъ фрагментѣ имѣется ссылка, рѣшился допустить, въ защиту описанной сдѣлки, приведенный выше искъ.

Если всмотрѣться въ нѣкоторые относящіеся сюда пандектные фрагменты, то окажется, что составитель изложенной выше системы безъимянныхъ договоровъ, юристъ Павель, самъ далеко еще не убѣжденъ въ безусловной юридической силѣ тѣхъ нецивильныхъ контрактныхъ отношеній, которыя начинаются услугами. Что же касается контрактовъ инноминатнаго характера, построенныхъ по формулѣ „*do ut des*“ и „*do ut facias*“, то они, по мнѣнію

1) Dernburg, Pandekten, томъ II, стр. 297.

2) l. 51, D. 19, 2. Особенно характерно мѣсто: „*in hujusmodi obligationibus id maxime spectare debemus, quod inter utramque partem convenit*“.

Павла, имѣютъ абсолютно юридическое значеніе. Въ указанномъ отношеніи особенно важнымъ представляется слѣдующій фрагментъ, позаимствованный изъ сочиненія Павла ¹⁾):

„quod si faciam ut des et posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur“.

Изъ этого закона нѣкоторые писатели выводили, что къ договорамъ „facio ut des“ въ замѣнъ „actio praescriptis verbis“ примѣняется „de dolo actio“. Но такое заключеніе не можетъ быть признано удовлетворительнымъ, такъ какъ оно, очевидно, зиждется на превратномъ пониманіи основныхъ началъ теоріи о безъимянныхъ договорахъ, при которыхъ безусловное непримѣненіе „actio praescriptis verbis“ не мыслимо и лишаетъ данную сдѣлку инноминатнаго значенія. Другіе изслѣдователи поясняютъ упомянутый фрагментъ Павла слѣдующимъ образомъ. Юристъ этотъ, полагаютъ они, будучи всецѣло занятъ разборомъ безъимянныхъ договоровъ, допускающихъ кондикцію, въ приведенномъ мѣстѣ старался только выразить, что это средство юридической охраны къ договорамъ „facio ut des“ не находитъ примѣненія ²⁾). Но и это объясненіе, намъ кажется, не выдерживаетъ критики. Намъ думается, что означенную l. 5 § 3 D. 19, 5 слѣдуетъ толковать въ томъ смыслѣ, что и она (l. 5) служитъ явнымъ доказательствомъ недостаточной увѣренности, съ которою Павелъ признаетъ юридически защищаемыми и законно формулирующимися договорами тѣ безъимянные сдѣлки, начало которыхъ заключается въ оказаніи услуги.

Приведенные аргументы до извѣстной степени оправдываютъ предложенную нами въ началѣ настоящаго очерка

¹⁾ l. 5, § 3, D. 19, 5.

²⁾ Pöhls, указан. сочин., стр. 92.

категоризацію безимянныхъ договоровъ съ раздѣленіемъ ихъ на двѣ обширныя группы: старѣйшихъ и новѣйшихъ договоровъ, и съ подраздѣленіемъ каждой изъ нихъ на дальнѣйшіе два разряда.

Однако, попыткѣ нашей, повидимому, можетъ быть противопоставлено одно немаловажное возраженіе. Источники наши, а именно Кодексъ императора Юстиніана и позднѣйшія законодательныя постановленія римскихъ правителей, Новеллы, упоминаютъ о такъ назыв. „contractus suffragii“, о договорѣ, который, судя по его юридической конструкціи, подходит подъ группу договоровъ „do ut facias“. Между тѣмъ изъ исторіи извѣстно, что контрактъ этотъ очень юнъ по происхожденію. Необходимо, поэтому, уже теперь нѣсколько отразить это возраженіе. Дѣло въ томъ, что въ строгомъ смыслѣ „contractus suffragii“ не представляетъ чистаго типа безимяннаго договора. Какъ въ суфрагіальномъ договорѣ, такъ равнымъ образомъ въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ (рѣчь о нихъ впереди), въ которыхъ завязываются нецивильныя контрактныя отношенія, отсутствуютъ нѣкоторые признаки инноминатныхъ сдѣлокъ въ томъ видѣ, въ какомъ они установлены были нами выше¹⁾. Въ виду этого мы затрудняемся распределить названные случаи между указанными группами безимянныхъ договоровъ, а отвели имъ особенное мѣсто²⁾.

¹⁾ См. выше гл. 2, II.

²⁾ См. ниже гл. 6.

ГЛАВА 5-я.

Содержаніе безымянныхъ договоровъ.

І.

Значеніе эстиматорной сдѣлки для разсматриваемаго ученія.

Вопросъ объ „actio praescriptis verbis“ является однимъ изъ самыхъ важныхъ во всемъ ученіи о безымянныхъ договорахъ. Введеніе этого иска — представлявшагося на первыхъ порахъ въ видѣ „actio aestimatoria praescriptis verbis“ — въ Преторскій Эдиктъ ознаменовало собою процессуально-юридическое признаніе цѣлаго института инноминатныхъ сдѣлокъ, изъ которыхъ нѣкоторыя фактически практиковались уже издавна. На изслѣдованіе этого центрального вопроса литература давно обратила должное вниманіе. Особенно же со времени появленія указаннаго выше сочиненія Ганса романисты стали интересоваться разъясненіемъ юридическаго значенія помянутой акціи.

Въ настоящее время мы коснемся этого вопроса лишь на столько, насколько это неизбежно по тѣсной связи его съ эстиматорною сдѣлкою.

Уже выше мы отмѣтили существующее въ современной романистической литературѣ воззрѣніе на сравнительное старшинство двухъ средствъ судебного охраненія, акцій и кондикцій. Полученные Гансомъ и Шиллингомъ результаты, касающіеся только что упомянутаго вопроса, были въ недавнее время развиты и провѣрены извѣстнымъ профессоромъ Карловою, пришедшимъ, путемъ цѣлаго ряда историческихъ данныхъ, къ тому убѣжденію, что не только высказываемый Гансомъ и Шиллингомъ взглядъ вполне справедливъ, но, кромѣ того, доказавшимъ, что ходъ постепеннаго развитія и распространенія „*actio praescriptis verbis*“ можно прослѣдить въ исторіи римскаго права съ полнѣйшею точностью. Искъ этотъ, какъ полагаетъ Карлова, первоначально находилъ примѣніе къ одному лишь эстиматорному договору, почему, на первыхъ порахъ, онъ и носилъ специальное названіе: „*actio aestimatoria*“ или „*actio de aestimato*“ ¹⁾. Только съ теченіемъ времени и не безъ содѣйствія Марка Антистія Лабейона означенный искъ мало по малу сталъ распространяться на другія не предусмотрѣнныя цивильнымъ правомъ договорныя отношенія. Съ этого-то времени искъ этотъ получилъ болѣе общее обозначеніе, начиная носить широкое названіе „*actio praescriptis verbis*“ ²⁾. Теорія Карловы нашла блистательное подтвержденіе въ изысканіяхъ знаменитаго реконструктора Преторскаго Эдикта, Ленеля. Въ § 110 своего классическаго труда Ленель ³⁾ показываетъ, что въ Преторскомъ Эдиктѣ одной какой либо общей „*actio praescriptis verbis*“ никогда не существовало. По его

¹⁾ D. 19, 5.

²⁾ Karlowa, *Rechtsgeschäft*, стр. 253.

³⁾ Lenel, *Edictum Perpetuum*.

миѣнію, въ римскомъ правѣ введены были лишь отдѣльные иски, предназначенные для процессуальной защиты той или другой опредѣленной группы договоровъ ¹⁾. Однако, какія соображенія могутъ быть приведены въ пользу воззрѣнія, что общей „*actio praescriptis verbis*“ въ Эдиктѣ не было? Для разрѣшенія этого вопроса намъ необходимо вспомнить разногласіе, существовавшее по многимъ основнымъ вопросамъ права, между представителями двухъ именитыхъ школъ юристовъ древняго Рима. Если представленія о правдѣ и справедливости у Марка Антистія Лабеоны были самыя идеальныя, то, этотъ юристъ, разумѣется, не могъ не признать желательности самаго широкаго распространенія судебной защиты, и рекомендовать ее, какъ только цѣль какой либо сдѣлки не противорѣчила стремленіямъ законодательства. Но не таковъ былъ взглядъ знаменитаго составителя „*Edicti Perpetui*“. Какъ крайній послѣдователь Сабина, Сальвій Юліанъ чуждался всякихъ нововведеній и при составленіи Преторскаго Эдикта онъ ограничился точнѣйшимъ воспроизведеніемъ лишь того юридическаго матеріала, который имѣлъ уже судебно-правовую силу и пользовался значеніемъ дѣйствующаго права. Вотъ почему въ составъ Преторскаго Эдикта вошла одна лишь „*actio aestimatoria*“, примѣнявшаяся уже до царствованія императора Адриана. Итакъ древнѣйшій случай примѣненія „*praescriptis verbis actio*“, это — процессуальное охраненіе эстиматорной сдѣлки. Понятно, послѣ этого, то важное значеніе, которое должно быть признано за разсматриваемою сдѣлкою въ ученіи о безъимянныхъ

¹⁾ Изложенное обстоятельство, кстати замѣтить, интересно и въ другомъ отношеніи. Оно нѣсколько иллюстрируетъ систему работы Юліана по приведенію въ порядокъ эдиктальныхъ постановленій. Срв. Zachariae v. Lingenthal, Prochiron, стр. 292. Rudorff, Geschichte des röm. Rechts, томъ I, § 97. Puchta, Institutionen, стр. 880. Kallindèro, droit prétorien, стр. 115—125.

договорахъ. Поэтому, изложимъ подробно значеніе эстиматорнаго договора ¹⁾). Начнемъ съ замѣтки исторической. Источники не говорятъ, въ какую эпоху означенная сдѣлка вошла въ употребленіе, не говорятъ, когда именно она получила распространеніе. Однако, несомнѣнно, что въ періодъ расцвѣта преторскаго творчества эстиматорный договоръ пользовался уже судебнымъ признаніемъ и законодательною ауторизаціею. На это указываетъ существованіе въ Эдиктѣ Преторовъ эстиматорной акціи. Что же, въ сущности, вызвало къ жизни помянутую сдѣлку; надо-ли признать въ ней вліяніе пуническое, не въ одномъ этомъ отношеніи замѣчаемое на институтахъ древняго Рима, рѣшить категорически болѣе чѣмъ трудно. Однако, быть можетъ, мы не будемъ далеки отъ истины, если скажемъ, что эстиматорный договоръ сталъ извѣстенъ въ Римѣ лишь послѣ Пуническихъ войнъ, ибо тогда только начинаетъ развиваться торгово-промышленная дѣятельность Рима вмѣстѣ со всѣми относящимися къ ней договорными сдѣлками и атрибутами. Впрочемъ, у римлянъ этотъ договоръ официально никогда не назывался эстиматорнымъ „contractus aestimatorius“. (См. Cambesq, de contractu aestimatorio, стр. 5 и Stuhlmann, de dominio per contr. aestimat. § VI, стр. 7 — послѣднее сочиненіе вышло въ 1770 году). Дабы точнѣе опредѣлить догматическую сторону занимающаго насъ вопроса остановимся

¹⁾ Думашевскій (см. его переводъ обязательств. части пандектнаго курса Виндшейда, стр. 320) передаетъ понятіе „contractus aestimatorius“ выраженіемъ „коробейная сдѣлка“. Нельзя сказать, чтобы переводъ этотъ былъ особенно удаченъ. Коробейная сдѣлка и эстиматорный договоръ два понятія, далеко не покрывающія другъ друга. При передачѣ римскихъ правовыхъ понятій на современную рѣчь слѣдуетъ быть чрезвычайно осторожнымъ. Какъ, напр., перевести терминъ „узуфруктъ“? (См. по этому поводу излѣдованіе покойнаго профессора СПб. университета Л. Б. Дорна, стр. 1). Тоже надобно сказать о „contractus aestimatorius“. Мы не могли подыскать подходящаго термина, который бы точно передавалъ всѣ признаки означеннаго договора.

поочередно 1) на содержаніи эстиматорнаго договора и 2) на юридической конструкціи его.

Подъ „contractus aestimatorius“ разумѣется такая сдѣлка, по которой одно лицо передаетъ другому определенную вещь для продажи по установленной цѣнѣ (таксѣ) съ условіемъ къ извѣстному сроку возвратить или эту же вещь или же представить вырученныя за нее деньги (въ размѣрѣ таксы¹⁾).

Для точнаго пониманія содержанія занимающаго насъ договора необходимо обратить вниманіе на фрагментъ Ульпіана, текстъ котораго приведенъ ниже²⁾. Въ немъ каждое слово въ высшей степени занимательно; но особеннаго изслѣдованія заслуживаетъ выраженіе: „res aestimata vendenda datur“. Указываетъ ли смыслъ этихъ словъ на уступку права собственности, или же ихъ надо толковать какъ нибудь иначе? Въ литературѣ на счетъ этого вопроса существуетъ большое разногласіе. Такъ, нѣкоторые писатели (напр. Floerke, de contr. aestimat, § 12; Lauterbach, Böhmer) видятъ въ данномъ случаѣ переходъ права собственности. Однако, трудно допустить, чтобы это воззрѣніе было справедливо. Если признать въ данномъ случаѣ уступку права собственности, то какой смыслъ, спрашивается, надлежитъ придать слову „vendenda“, прибавкѣ, очевидно, возлагающей на предполагаемаго собственника такую обязанность,

¹⁾ Windscheid — Думашевскій, стр. 318. Dernburg, Pandekten, томъ II, стр. 312.

²⁾ l. 1. pr. D. 19, 3. „Actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia: fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati, melius itaque visum est hanc actionem proponi: quotiens enim de nomine contractus alicujus ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam p. v. a....“

которая лишаетъ его права распоряженія объектомъ собственности и вмѣстѣ съ тѣмъ положенія хозяина вещи? ¹⁾).

Но допустимъ, объ обыденной собственности въ указанныхъ случаяхъ не можетъ быть рѣчи. Нельзя ли, поэтому, получателя вещи по эстиматорной сдѣлкѣ рассматривать какъ временнаго собственника, полномочія котораго прекращаются вмѣстѣ съ наступленіемъ извѣстныхъ обстоятельствъ? При передачѣ права собственности, даже въ видѣ „*dominii revocabilis*“ лицо, переносящее это право на другаго, должно имѣть „*animus domini transferendi*“. Изъ содержанія же занимающей насъ сдѣлки видно, что цѣль и намѣренія лица, передающаго вещь для продажи далеко иныя. Лицо передаетъ другому вещь съ порученіемъ продать ее — вотъ цѣль этой сдѣлки. Сверхъ того, есть еще другой немаловажный аргументъ, говорящій не въ пользу принятія въ помянутыхъ случаяхъ возвращаемой собственности. Извѣстно, что такъ наз. „*periculum rei*“, по общему правилу, падаетъ на самого хозяина вещи. На первый же взглядъ должно казаться, что изложенное правило примѣняется также къ эстиматорной сдѣлкѣ. Сомнѣніе, могущее возникнуть по этому поводу, устраняется фрагментомъ юриста Ульпіана ²⁾, который съ указаніемъ на авторитетъ Помпонія и Лабейона говоритъ, что отвѣтственность за случайную продажу вещи тогда только падаетъ на лицо, принявшее вещь для продажи по эстиматорной сдѣлкѣ, когда оно само предложило свои услуги, когда оно само дало починъ къ заключенію этой сдѣлки (*si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum*). Отсюда, очевидно, можно сдѣлать выводъ, что въ обыкновенныхъ случаяхъ, т. е. по

¹⁾ Срв. Dernburg, тамъ же § 120, приложение № 7.

²⁾ I. 17. D. 19, 5.

общему правилу получатель вещи по эстиматорной сдѣлкѣ (scrutarius) не отвѣчаетъ за случайныя событія ¹⁾. Но въ такомъ случаѣ онъ и не можетъ считаться собственникомъ, а потому „dominium rei“ остается въ рукахъ втораго контрагента. Съ сказаннымъ вполне согласуется изреченіе того же юриста Ульпіана ²⁾, которое гласитъ: „res venditae non alias desinunt esse meae, quamvis vendidero, nisi aere soluto... dato“. То есть, тогда только первоначальный хозяинъ вещи перестаетъ быть собственникомъ ея, когда получены деньги за нее продавцемъ или, въ данномъ случаѣ, scrutarius'омъ, обязаннымъ передать ихъ первоначальному хозяину.

Въ такомъ же смыслѣ выражается и Павель (sententiae receptae II, tit IV, 4): „si rem aestimatam tibi dedero, ut ea distracta pretium ad me deferres, eaque perierit: si quidem ego te rogavi, meo periculo perit: si tu de vendenda promisisti ³⁾, tuo periculo perit.

Сюда относится также фрагментъ Ульпіана (l. 11 pr. D. 12, 1), гдѣ рѣчь идетъ о слѣд. случаѣ, въ послѣдствіе получившемъ названіе „contractus mohatrae“. А. желаетъ занять деньги у В. У В. ихъ нѣтъ, но у него есть драгоценная вещь (lanx vel massa), которую онъ и даетъ А. для продажи и съ тѣмъ, чтобы онъ удержалъ вырученныя такимъ образомъ деньги заимообразно. Положимъ, вещь

¹⁾ Въ такомъ же приблизительно смыслѣ выражается Камбекъ (Cambesq, вышеупом. сочиненіе стр. 8). Ulpiani sententia haec est: rei periculum fert, qui rogavit. . . . Non levis omnino est quaestio: rogare qui sibi vult. Exsistimo hanc sententiam esse: alternam, precibus interpositis, sui peculiaris commodi causa, perficere, ut negotium alter quoddam ineat.

²⁾ l. 5, § 18. D. 14, 4.

³⁾ Въмѣсто словъ: „si tu de vendenda promisisti“ по Huschke слѣдуетъ читать: „si tu me provocasti“ (значитъ, если scrutarius былъ приглашенъ). Срв. по этому поводу, Gneist „institutionum et regularum juris romani syntagma“, стр. 345.

эта пропадаетъ безъ вины А. Кто въ такомъ случаѣ несетъ „periculum rei“? Ульпіанъ рѣшаетъ этотъ вопросъ какъ слѣдуетъ: *mihi perdidit, quemadmodum si alii dedissem vendendam*. Итакъ ясно, что, примѣнительно къ „periculum“, надобно различать двѣ группы случаевъ *contractus aestimatorii* въ упомянутомъ выше смыслѣ. Если хозяинъ вещи самъ обращается къ лицу, продающему вещь (*scrutarius*), то хозяинъ и несетъ весь рискъ по поводу возможной пропажи вещи; если же наоборотъ, *scrutarius* предлагаетъ свои услуги, то „periculum“, переходитъ къ нему. Ту же мысль выражаетъ Ульпіанъ ¹⁾ и въ другомъ мѣстѣ, говоря: „*aestimatio autem periculum facit ejus, qui suscipit: aut igitur rem debet incorruptam reddere aut aestimationem, de qua convenit*“. Юристъ въ данномъ случаѣ, очевидно, имѣетъ въ виду, что самъ скрутарій предложилъ свои услуги, что, между прочимъ, вытекаетъ также изъ вышеприведенныхъ Ульпіановскихъ фрагментовъ ²⁾.

¹⁾ 1, § 1. D. 19, 3.

²⁾ Установивъ, что право собственности въ продаваемой вещи не всегда переходитъ къ скрутарію, мы, повидимому, впали въ нѣкоторый „*circulus vitiosus*“. Какъ же, спрашивается, покупатель пріобрѣтаетъ вещь въ собственность отъ лица, не являющагося ея хозяиномъ? Вѣдь „*nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet!*“ Когда рѣчь идетъ о французскомъ правѣ, то руководящимъ правиломъ въ случаяхъ, подобныхъ приведенному, служитъ положеніе: *En fait de meubles la possession vaut titre* (*Code civil, Art. 2279*). Нашъ гражданскій кодексъ (томъ X, ч. 1) воспроизводитъ то же правило въ ст. 534. Наконецъ, современное германское торговое уложеніе (ст. 307) опредѣляетъ: „если товаръ или другія движимыя вещи отчуждены отъ торговца, то добросовѣстный пріобрѣтатель пріобрѣтаетъ собственность, даже когда отчуждающій не былъ собственникомъ“. Въ римскомъ же правѣ, въ особенности въ періодъ господства квинитизма, совсѣмъ другое. Въ немъ дѣйствовало начало: „*ubi meam rem invenio, vindico!*“ Но правило это примѣнялось лишь къ случаямъ недобросовѣстнаго перехода права, тутъ же имѣетъ мѣсто правильная передача вещи. Поэтому, если бы первоначальный хозяинъ вещи вздумалъ ее виндигировать, искъ его обезсиливался бы *actione de dolo*. Отсюда можно заключить, что право собственности отъ скрутарія пріобрѣтается посредственно.

Выше было замѣчено, что эстиматорный договоръ предполагаетъ продажу вещи по установленной т. е. определенной собственникомъ ея цѣнѣ. Отсюда явствуетъ, что превышающія эту таксу деньги поступаютъ въ пользу лица, принявшаго на себя трудъ продажи вещи. Такой порядокъ вещей вполне понятенъ уже потому, что у хозяина вещи не было бы физической возможности провѣрять, выручили-ли *scrutarius* отъ продажи ея деньги съ излишкомъ или нѣтъ. Обыкновенно особой платы за трудъ продажи вещи по эстиматорной сдѣлкѣ вовсе не полагалось. Это объясняется тѣмъ, что „*scrutarii*“ въ Римѣ составляли отдѣльный классъ занимавшихся покупкою и продажей вещей мелкихъ торговцевъ, съ которыми и чаще всего заключались эстиматорные договоры и которые, исполняя порученія, естественно, имѣли въ виду возникающую для нихъ при продажѣ имущественную выгоду. Однако, этотъ обычный случай, составлявшій общее правило, вовсе не исключаетъ того, чтобы хозяинъ вещи назначилъ комиссіонеру еще особое вознагражденіе. Юристъ Павелъ ¹⁾ говоритъ въ этомъ отношеніи: „*haec actio utilis est et si merces intervenit*“.

Смыселъ этого закона различно толковался отдѣльными изслѣдователями. Большинство изслѣдователей теории безимянныхъ договоровъ, соединяя слова „*et si*“ въ „*etsi*“, — (что разнозначительно выраженію „*quamquam*“), — дѣлаетъ изъ этого закона тотъ выводъ, что бывали случаи, когда „*merces non intervenit*“ при эстиматорной сдѣлкѣ. Заключение это должно быть признано совершенно правильнымъ, если только понимать помянутый фрагментъ въ томъ смыслѣ, на который только что нами было указано. Итакъ юридическая практика знаетъ двоякаго рода случаи эстиматор-

¹⁾ I. 2. D. 19, 5.

ной сдѣлки: 1) въ однихъ назначается особое вознагражденіе; 2) въ другихъ особаго вознагражденія не полагается. Однако, если вникнуть въ юридическую природу и содержаніе разсматриваемаго договора, то ни въ коемъ случаѣ не представится возможнымъ видѣть въ немъ „negotium gratuitum“. Извѣстная имущественная выгода при этой сдѣлкѣ неминуема, только размѣръ ея подчасъ бываетъ неизвѣстнымъ, особенно въ тѣхъ случаяхъ, когда „merces non intervenit“. Въ виду этого нѣтъ возможности прійти къ заключенію, что занимающая насъ юридическая сдѣлка образуетъ собою лишь видъ мандата, хотя съ другой стороны далека отъ насъ мысль отрицать въ этой сдѣлкѣ нѣкоторый препоручительный моментъ ¹⁾.

Для вопроса о томъ, слѣдуетъ-ли или нѣтъ „contractus aestimatorius“ считать договоромъ препорученія, имѣются нѣкоторыя весьма важныя указанія источниковъ. Такъ, юристъ Ульпіанъ ²⁾, не скрывая теоретической трудности, которую представляетъ разсматриваемая сдѣлка, говоритъ, между прочимъ, слѣдующее: „actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia: fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati. Melius itaque visum est hanc actionem proponi“ . . . Изъ приведенныхъ римскимъ юристомъ предположеній ближе всего, какъ это видно изъ выписаннаго текста, по его мнѣнію, лежитъ мысль объ „emptio — venditio“ и о „locatio — conductio“. О мандатѣ упоминается лишь вскользь. Ничего лучшаго нельзя приискать для оцѣнки и опроверженія воззрѣнія, по которому

¹⁾ Lipp, Beitrag zur Lehre vom Trödelvertrag, стр. 24.

²⁾ I. 1. D. 19, 3.

„contractus aestimatorius“ долженъ быть разсматриваемъ какъ видъ *mandati*. Развѣ Ульпіанъ, въ данномъ случаѣ, завелъ-бы рѣчь о куплѣ-продажѣ или „*locatio—conductio*“, еслибы можно было допустить по существу безмездную эстиматорную сдѣлку? Вѣдь основное положеніе — то, что „*mandata gratuita esse debent*“ ¹⁾, — потому-то о мандатѣ упомянуто лишь вскользь — тогда какъ при договорахъ продажи и найма вознагражденіе играетъ самую существенную роль, образуетъ собою составную часть сдѣлки. Конечно, со временемъ, какъ извѣстно изъ исторіи, и повѣренные стали получать нѣкоторое вознагражденіе, но вознагражденіе это, какъ гонораръ, по первоначальной идеѣ своей, не имѣло ничего общаго съ заработной платою. Мандатъ вытекаетъ изъ долга и дружбы (*originem ex officio et amicitia trahit*), а потому для своей дѣйствительности не предполагаетъ вовсе какого-либо вознагражденія ²⁾. Напротивъ, „*contractus aestimatorius*“ не мыслимъ безъ извѣстнаго денежнаго расчета. Это настолько же торговая сдѣлка, на сколько купля-продажа. И такъ смѣшеніе обоихъ вышеназванныхъ контрактовъ, намъ думается, основано на нѣкоторомъ недоразумѣніи, „*Contractus aestimatorius*“ нельзя считать лишь видоизмѣненіемъ мандата ³⁾. Если оставаться на твердой почвѣ указаній источниковъ римскаго права, то нельзя будетъ не видѣть, что эстиматорная сдѣлка образуетъ собою совершенно особенное, своеобразное по своему содержанію юридическое отношеніе, имѣющее непремѣннымъ предположеніемъ отсутствіе безмездности.

¹⁾ 1. 13. D. 19, 5.

²⁾ Brinz, Pand., томъ II, стр. 774.

³⁾ Другой взглядъ изложенъ у Муромцева, Гражд. пр. древняго Рима, стр. 521.

Перейдемъ теперь къ вопросу о юридической структурѣ эстиматорной сдѣлки. По мнѣнію Пельса, Эмиля Кунце и нѣкоторыхъ другихъ ученыхъ, этотъ договоръ, по римскому праву, есть безъимянный договоръ, относящійся къ категоріи „do ut des“ или „do ut facias“, такъ какъ суть его сводится къ обязательству получателя вещи къ определенному сроку возвратить вещь или же уплатить стоимость ея по установленной таксѣ (см. выше). Для случаевъ такого рода, когда особеннаго вознагражденія, специальной заработной платы за трудъ продажи вещи не было установлено (*si merces non intervenit*), подведеніе сдѣлки подъ формулу „do ut des aut facias“ не представляетъ никакого затрудненія. Когда же обѣщано было особое вознагражденіе (*si merces intervenit*), то юридическія отношенія между двумя контрагентами А (собственникомъ вещи) и В (получателемъ вещи), послѣ продажи вещи и передачи А лицомъ В вырученныхъ отъ продажи вещи денегъ, очевидно, не прекращаются; а происходитъ, въ нѣкоторомъ смыслѣ, перемѣна ролей. Именно возникаетъ требованіе скрутаріуса или комиссіонера къ первоначальному собственнику вещи (А), по поводу оказанной послѣднему услуги, причемъ это отношеніе юридически представляется, въ свою очередь, инноминатнымъ договоромъ, а именно договоромъ, построеннымъ по формулѣ „*facio (feci) ut des*“. Однако, почему бы самому скрутарію не вычестъ непосредственно изъ вырученной отъ продажи суммы обѣщанной ему заработной платы? Это объясняется слѣдующимъ образомъ. Всякое самоуправство по позднѣйшему праву древняго Рима строго возбранялось. Во второй половинѣ втораго столѣнія по Рожд. Христ. императоръ Маркъ Аврелій издалъ особое постановленіе, извѣстное подъ названіемъ „*decretum divi Marci*“. Декретъ этотъ постановлялъ, что кредиторы обязаны взыскивать долги не

иначе какъ судебнымъ порядкомъ. Въ случаѣ же самовольнаго осуществленія своего права кредиторъ лишался, въ наказаніе, права требованія¹⁾. Вотъ почему комиссіонеру, въ случаѣ неудовлетворенія его со стороны первоначальнаго собственника вещи, оставался лишь одинъ исходъ: обращаться къ судебной помощи. Но въ какомъ видѣ могло быть осуществляемо это обращеніе къ суду? Могла ли тутъ оказать услугу „*contraria actio ex mandato?*“ Разумѣется, что нѣтъ, ибо „*mandatum nisi gratuitum nullum est*“. Но въ такомъ случаѣ положеніе скрутарія было по истинѣ плачевнымъ, безвыходнымъ. Съ одной стороны ему угрожало „*decretum divi Marci*“, съ другой, судъ не находилъ средствъ охранять его интересы. Между тѣмъ, комиссіонерская торговля, какъ это вытекаетъ изъ сообщеній историковъ²⁾, въ эпоху расцвѣта преторскаго творчества производилась въ значительныхъ размѣрахъ, которые обѣщали еще расширяться при постоянномъ возрастаніи торговли и народонаселенія Рима. Мелкія рыночныя дѣла стали регулироваться эдиктами эдиловъ; дѣла же „коробейниковъ“ стояли внѣ круга вѣдѣнія эдиловъ, входя въ компетенцію претора. Послѣдній не могъ не видѣть въ безпомощномъ состояніи скрутаріевъ вопіющаго нарушенія правды и справедливости въ тѣхъ случаяхъ, когда обѣщанное вознагражденіе имъ не выдавалось. Кондикція тутъ, очевидно, не приводила къ желаемымъ результатамъ. Поэтому, чтобы поднять происходящее по изложенной сдѣлкѣ требованіе на первоначальнаго хозяина вещи надъ общимъ

¹⁾ См. I. 13. D. 14, 2. . . *quotiens quis id, quod deberi sibi putat, non per judicem reposcit. quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris vel pecuniam debitam non ab ipso sibi sponte datam sine ullo iudice temere possidere vel accepisse, isque sibi jus in eam rem dixisse: jus crediti non habebit.*

²⁾ Напр. Gellius, книга 3, 14.

уровнемъ естественныхъ обязательствъ, претору оставалось лишь одно средство: для защиты охарактеризованныхъ случаевъ создать какой-либо специальный искъ. Этотъ искъ, какъ указано, и была „actio de aestimato“ или „actio aestimatoria“ — *praescriptis verbis*. Съ момента введенія преторомъ этого иска признанъ былъ юридически весь институтъ безъименныхъ договоровъ, какъ таковой, такъ какъ, по римской юриспруденціи, гдѣ имѣлась возможность примѣнять исковую формулу, тамъ было право. Вотъ почему, кстати замѣтить, центръ трудовыхъ стремленій практической римской юриспруденціи лежалъ въ изученіи исковыхъ формулъ¹⁾. Тоже замѣчается при разсмотрѣніи занимающей насъ темы.

Итакъ, намъ думается, что первоначально „actio *praescriptis verbis*“ примѣнительно къ „*contractus innominati*“ введена была для защиты скрутарія въ изложенныхъ выше случаяхъ. Цѣль этого иска заключается въ принужденіи неисправной стороны къ исполненію обязательства (l. 26. D. 19, 5) или же къ представленію интереса (l. 5 § 1, 2, 5. D. 19, 5 и l. 7, D. 19, 3). Гассе²⁾ составилъ слѣдующую формулу иска „*praescriptis verbis*“:

„*Judex esto. Si paret inter Aulum Agerium et Numerium Negidium de permutatione convenisse ita ut Numerius Negidius Stichum hominem, Aul. Aul. Ager. Pamphilum hominem daret, et Aul. Agerium Pamphilum hominem ex hac conventionе dedisse, si Stichus homo non detur, quanti ea res erit, tantam pecuniam judex Numerium Neg. Aulo Agerio condemnato, si non paret, absolvito*“.

Формула эта несовсѣмъ удачная. Она предусматриваетъ случаи мѣны, тогда какъ положительно доказано,

¹⁾ Дювернуа, Основная форма корреального обяз., стр. 54 Windscheid, Pandecten, I § 44.

²⁾ Rheinisches Museum für Jurisprudenz, томъ VI, стр. 86.

что „*actio praescriptis verbis*“ нашла прежде всѣхъ прочихъ инноминатныхъ договоровъ примѣненіе къ эстиматорной сдѣлкѣ. Слѣдовательно, въ Преторскомъ Эдиктѣ эта формула несомнѣнно была изображена именно въ связи съ только что названною сдѣлкою. Но объ этомъ скажемъ, подробнѣе ниже. Что же касается того, что „*actio de aestimato*“ на первыхъ порахъ была предназначена для процессуальной защиты *scrutarius'a*, то въ подтвержденіе этой гипотезы можно привести слѣдующія соображенія:

1) Безпомощное состояніе *scrutarius'a* до введенія „*actio de aestimato*“ въ случаяхъ заключенія сдѣлки „*cum nominatione mercedis*“.

2) То, что первоначальный собственникъ отчуждаемой вещи до введенія означенной акціи пользовался процессуальною защитою, именно „*condictione causa data, causa non secuta*“ въ тѣхъ случаяхъ, когда скрутарій не успѣлъ еще передать вещи третьему лицу; когда же воспослѣдовала уже уступка вещи, причемъ скрутарій не исполнялъ своего долга по отношенію къ первому хозяину вещи, то послѣдній могъ направить противъ него, какъ обманщика, личный искъ — *actio doli* ¹⁾.

3) То, что вопросъ о томъ, обязанъ-ли получившій вещь озаботиться выгоднѣйшею продажею ея и отвѣчать за причиненный ущербъ, разрѣшается содержаніемъ самой сдѣлки. Мы уже высказались на счетъ возможнаго въ такихъ случаяхъ контроля. Когда же возникаетъ въ этомъ отношеніи какое-либо сомнѣніе, то слѣдуетъ признать, что контрагенты желали установленія такого обязательства, при

¹⁾ D. 4, 3. Verba autem edicti talia sunt: quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et justa causa esse videbitur, iudicium dabo.

которомъ рискъ несетъ самъ хозяинъ вещи, „развѣ передача для продажи произошла исключительно въ интересахъ получившаго вещь“¹⁾. Отсюда видно, что въ случаяхъ разсматриваемой сдѣлки „*si merces intervenit*“ всѣ обязанности — „*omnia onera*“ лежатъ на скрутаріѣ. Полученіе условленнаго вознагражденія составляетъ его единственное право. Вотъ почему на обезпеченіе этого права преторъ обратилъ особое вниманіе. Тутъ-то, мнѣ кажется, и лежитъ зародышъ „*actio praescriptis verbis*“ въ примѣненіи къ безымяннымъ договорамъ. Этотъ искъ, содержащій обстоятельное описаніе сдѣлки, дававшей поводъ къ спору (надобно замѣтить, что Лабелону искъ этотъ хорошо извѣстенъ), получилъ постепенное распространеніе. Должно думать, что первоначальный хозяинъ вещи сталъ пользоваться въ защиту своихъ интересовъ этою „*actio bonae fidei*“²⁾ позже самого скрутарія. Распространеніе этого иска на хозяина вещи составляетъ вторую ступень въ исторіи развитія этой акціи примѣнительно къ безымяннымъ договорамъ. За симъ уже „*actio praescriptis verbis*“ получила еще болѣе широкое примѣненіе³⁾.

Итакъ „*contractus aestimatorius*“ представляетъ собою „*contractus sui generis*“. Если кто передаетъ другому вещь для продажи (*cum res vendenda datur*), то заключаемая при этомъ сдѣлка можетъ быть или порученіемъ или личнымъ наймомъ или договоромъ товарищества: однако, когда вещь передается для продажи по установленной цѣнѣ съ тѣмъ, что принявшій эту вещь освобождается отъ всякаго обязательства уплатою этой цѣны, то рѣчь идетъ объ особаго рода договорѣ — *contractus aestimatorius*. Этотъ контрактъ, какъ

¹⁾ Brinz въ *Kritische Blaetter*, № 1. 1. 5 § 18. D. 14, 4.

²⁾ 1. 1 pr. D. 19, 3; § 28. J. II, 6.

³⁾ Объ этомъ подробнѣе въ раздѣлѣ II.

указано выше, нерѣдко совмѣщаетъ въ себѣ признаки двухъ группъ инноминатныхъ договоровъ, приводимыхъ юристомъ Павломъ, именно: „do ut des aut facias“ + „facio ut des“. Отличительный характеръ этого контракта — его двойственность. Значеніе же его для теоріи о безымянныхъ договоровъ выражается въ томъ, что въ этой сдѣлкѣ находится первичный источникъ общей процессуальной защиты всего института безымянныхъ договоровъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ этотъ контрактъ важенъ еще въ другомъ отношеніи. Дѣло въ томъ, что онъ является связующимъ звеномъ между двумя обширными категоріями безымянныхъ контрактовъ: старѣйшими и новѣйшими, стоя на рубежѣ ихъ. Обратимся, послѣ этого, къ разсмотрѣнію содержанія отдѣльныхъ категорій занимающихъ насъ договоровъ.

II.

Старѣйшіе безъимянные договоры.

Старѣйшіе безъимянные договоры обнимаютъ двѣ группы разсматриваемыхъ контрактныхъ отношеній; построены эти договоры по формулѣ „do ut des“ и „do ut facias“.

Такимъ образомъ ближайшее изложеніе должно заниматься разсмотрѣніемъ cadaго изъ названныхъ двухъ разрядовъ въ отдѣльности.

А) Группа I: Договоры „do ut des“.

Мы уже выше имѣли случай сопоставить главнѣйшія характеристическія черты отдѣльныхъ группъ безъимянно-договорныхъ сдѣлокъ. При этомъ было показано, что суть контрактовъ „do ut des“ заключается въ отдачѣ одной вещи взаменъ какой-либо другой. Чтобы составить себѣ болѣе точное понятіе о содержаніи относящихся сюда контрактныхъ случаевъ, обратимся къ характеристикѣ договора мѣны, о которомъ Пандекты изобилуютъ подробнѣйшими свѣдѣніями. Еще съ давнихъ временъ мѣна интересовала теоретиковъ; но, какъ часто бываетъ по вопросамъ занимательнымъ, и въ данномъ случаѣ представители науки не были согласны относительно структуры договора мѣны и, равнымъ образомъ, мѣста, принадлежащаго ему въ системѣ римскихъ кон-

трактовъ. По этому вопросу мнѣнія двухъ знаменитыхъ школъ юристовъ древняго Рима совершенно расходились. Было естественно, что сабиньянцы въ своемъ реалистическомъ стремленіи сомкнуть, во что бы то ни стало, явленія жизни въ установленныя рамки, точно также и мѣну старались подвести подъ знакомое практикѣ понятіе о продажѣ. Но мѣна и купля-продажа далеко не тождественны. Прокулеанцы не одобряли помянутаго сабиньянскаго воззрѣнія. „Sabinus et Cassius“, сообщаетъ Павель¹⁾, „esse emptionem et venditionem putant: Nerva et Proculus permutationem, non emptionem hoc esse. . . . in permutatione discerni non potest uter emptor, uter venditor sit“. Вообще Пандекты не даютъ никакого основанія къ приведенному отождествленію разсматриваемыхъ двухъ договоровъ. Такъ, напр. l. 2 D. 19, 4 признаетъ, что

„permutatio vicina est emptioni“.

Далѣе l. 1, (тамъ-же) утверждаетъ:

„sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, ita pretium aliud, aliud merx“.

Первая изъ только что выписанныхъ цитатъ заслуживаетъ особеннаго вниманія. Она какъ будто отзывается современностью. Съ точки зрѣнія нынѣшнихъ законодательствъ договоръ мѣны долженъ почитаться консенсуальнымъ²⁾. Мѣна, по духу теперешнихъ законовъ, будетъ фигурировать на ряду съ куплей-продажи. Однако, съ точки зрѣнія римскаго права такое воззрѣніе должно разсматриваться какъ безусловно еретическое. Говоря, что „permutatio vicina est emptioni“ римскій юристъ, очевидно,

¹⁾ Выписаннымъ словамъ предшествуетъ не безынтересный вопросъ: „an sine nummis venditio dici hodieque possit, veluti si ego togam dedi ut tunicam acciperem; l. 1, § 1, D. 18, 1.“

²⁾ Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, томъ III, стр. 69.

имѣеть въ виду не догматическую сторону вопроса, а историческое родство, существующее между мѣною и куплей-продажей. Въ этомъ-же смыслѣ выражается Павель¹⁾ въ ниже указанномъ фрагментѣ:

„origo emendi vendendique a permutationibus coepit. olim enim non ita erat nummus neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat“.

Хотя договоръ мѣны по времени и предшествуетъ договору продажи, но послѣдній постепенно получилъ преобладающее значеніе, такъ что, въ эпоху развитія государственной жизни Рима, законодательство, главнѣйшимъ образомъ, занималось договоромъ купли-продажи. Поэтому обязанности, возникающія изъ мѣновой сдѣлки, за неимѣніемъ специальныхъ указаній, юристами толковались по свободной оцѣнкѣ, какъ и при куплѣ-продажѣ²⁾. Въ этомъ смыслѣ кодексъ Юстиніана³⁾ заявляетъ:

„permutationem re ipsa tunc bonae fidei constitutam, sicut commemoras vicem emptionis obtinere non incogniti juris est“.

Приведенныхъ законовъ совершенно достаточно для того, чтобы пояснить юридическое построеніе и содержаніе разбираемой нами сдѣлки. Пользуясь ими, можно легко вывести и сопоставить характерные признаки мѣны, отличающіе ее, вмѣстѣ съ тѣмъ, отъ договора купли-продажи.

1) Не трудно видѣть, что примѣнительно къ договору купли-продажи не можетъ быть никакого сомнѣнія въ вопросѣ о томъ, кто, въ данномъ случаѣ, является продавцемъ и кто покупателемъ. Между тѣмъ, примѣнительно

¹⁾ 1. 1. § 1. D. 18, 1.

²⁾ 1. 2. C. 4, 64.

³⁾ 1. 3. C. 4, 64.

къ мѣновымъ сдѣлкамъ, нельзя съ точностью рѣшить этого вопроса. Поэтому можно съ полнымъ основаніемъ утверждать, что въ мѣнѣ каждый контрагентъ исполняетъ двѣ функціи: онъ одновременно и продавецъ и покупатель.

2) Permutator (принимая нормальный случай, а не проявленіе злой воли ¹⁾) непременно переноситъ право собственности вымѣниваемой вещи на втораго контрагента. Положеніе это вытекаетъ какъ изъ нѣсколькихъ мѣстъ источниковъ, между прочимъ изъ l. 1 § 3 D. 19, 4 и Basilic. XV, 3, 1, такъ равнымъ образомъ объясняется теоретически. Разсматривая это положеніе, Пельсъ ²⁾ указываетъ на аналогію и въ данномъ отношеніи между мѣною и куплею-продажею, при которой, какъ полагаетъ названный ученый, также наступаетъ переходъ права собственности, какъ только уплачена цѣна. Но уплата денегъ за купленную вещь нисколько не является необходимымъ условіемъ для полноты договора продажи, воспринимающаго юридическую силу, какъ только состоялось между контрагентами соглашеніе. Съ момента изъявленія соглашенія покущикъ пріобрѣтаетъ безусловное право на купленную вещь, которую продавецъ обязанъ выдать, иначе послѣдній можетъ быть принужденъ къ тому судомъ ³⁾).

При этомъ, однако, нельзя не замѣтить, что договоръ купли-продажи расчленяется на нѣсколько видовъ, между которыми особаго вниманія требуетъ различеніе этого договора на такъ наз. реальную продажу ⁴⁾ и 2) продажу въ кредитъ. По договору реальной продажи покущикъ пріобрѣтаетъ только право требовать, чтобы продавецъ пере-

¹⁾ и оставаясь въ предѣлахъ римскаго права.

²⁾ Pöhls, указ. соч. стр. 30.

³⁾ Умовъ, дареніе, стр. 163.

⁴⁾ Brinz, Pandecten, томъ II, § 325.

далъ ему въ собственность опредѣленную вещь, если уплатить выговоренную сумму. Изъ сказаннаго явствуетъ, что право собственности въ вещи остается за продавцемъ до тѣхъ поръ, пока не уплачена будетъ цѣна ея. Поэтому, если бы вещь была передана не представившему цѣны ея покупателю, то продавецъ имѣлъ бы право потребовать ее обратно ¹⁾.

Однако, не эту форму купли-продажи имѣетъ въ виду Пельсъ. Онъ, повидимому, говоритъ о продажѣ въ кредитъ ²⁾, при которой право собственности переходитъ немедленно по передачѣ, а не только по уплатѣ цѣны ея.

Сверхъ того, нельзя не упомянуть еще объ одномъ въ высшей степени важномъ обстоятельстве: продавецъ обязывается лишь къ „*praestare rem habere licere*“ и уже этимъ самымъ роль его совершенно другая сравнительно съ ролью *permutator'a* ³⁾.

3) Если „*permutatio ex re tradita initium obligationi praebet*“ ⁴⁾, то ясно, что мы имѣемъ дѣло съ реальнымъ договоромъ. Напротивъ, въ томъ-же, сейчасъ приведенномъ фрагментѣ мы читаемъ:

„*emptio et venditio nuda consentium voluntate contrahitur*“.

Итакъ относительно мѣста, занимаемаго двумя сравниваемыми сдѣлками, въ системѣ римскихъ контрактовъ, существуетъ также значительная разница. Объ этомъ была рѣчь уже выше.

¹⁾ Мейеръ, русск. гражд. право, стр. 462.

²⁾ Pernice, тамъ-же, т. I, стр. 457.

³⁾ Kuntze *Cursus*, § 713. (нельзя конечно забывать, что мы имѣемъ дѣло съ римскимъ правомъ).

⁴⁾ I. 1 § 1 D. 19, 4.

4) Наконецъ, кромѣ сказаннаго, есть различіе въ юридической защитѣ договоровъ мѣны и продажи. Мѣновая сдѣлка, будучи безъимяннымъ договоромъ, очевидно, построеннымъ по формулѣ „do ut des“, въ судопроизводственномъ отношеніи подчиняется установленнымъ для охраны безъимянныхъ договоровъ означеннаго типа правиламъ¹⁾, тогда какъ „actio praescriptis verbis“ примѣняется къ куплѣ-продажѣ только въ видѣ исключенія²⁾, ибо для нея практика выработала спеціальныя процессуальныя средства.

Разсмотрѣвъ ту форму, въ которую преимущественно облакаются договоры „do ut des“, замѣтимъ, кстати, что эта группа инноминатныхъ контрактовъ представляется безусловно самою древнею. Доказательствомъ тому служатъ не только апріорныя логическія соображенія (см. напр. вышеприведенное мнѣніе Варнкенига), но и доводы процессуальнаго и историческаго свойства³⁾. Какъ о тѣхъ, такъ о другихъ отчасти было изложено выше, отчасти же рѣчь о нихъ еще впереди (см. раздѣлъ второй моихъ очерковъ).

Намъ предстоитъ теперь обратиться къ разсмотрѣнію безъимянныхъ договоровъ, относящихся ко второй группѣ первой нашей категоріи (срв. выше).

В) Группа II: Договоры „do ut facias“.

Какъ въ безъимянныхъ договорахъ первой группы, такъ и здѣсь договоръ начинается съ отдачи извѣстному лицу опредѣленной вещи, такъ что первая часть въ обоихъ поименованныхъ случаяхъ, представляется, повидимому,

¹⁾ l. 5 § 1 D. 19, 5.

²⁾ l. 12 }
l. 20 } D. 19, 5.

³⁾ см. Муромцевъ, Гражд. право древняго Рима, стр. 286, 287.

одинаковою. Тѣмъ не менѣе уже въ этой стадіи сказывается нѣкоторое различіе. Мы говоримъ о юридическомъ значеніи акта передачи. Между тѣмъ, какъ по инноминатнымъ сдѣлкамъ „do ut des“ терминъ „dare“ обозначаетъ непременно переходъ права собственности, „dare“, на основаніи безымяннаго договора: „do ut facias“, имѣетъ не всегда такое значеніе. Являясь отношеніями, юридически похожими на договоръ найма, контракты, построенные по формулѣ „do ut facias“, не имѣютъ необходимымъ предположеніемъ передачу права собственности контрагенту, обязывающемуся къ оказанію извѣстной услуги. См. напр. l. 17 D. 19, 5 и l. 5 § 18 D. 14, 4. То же самое можно вывести изъ представленнаго очерка т. н. эстиматорной сдѣлки, значеніе которой для всей рассматриваемой группы можетъ быть названо первенствующимъ. Конечно, иногда и въ разбираемыхъ случаяхъ могла идти рѣчь о предоставленіи права собственности, но не таковъ по общему правилу, какъ мы видѣли, смыслъ „dare“ въ означенныхъ договорахъ. Поэтому нельзя согласиться съ мнѣніемъ писателей, утверждающихъ, что „dare“ всегда и безусловно обозначаетъ передачу собственности¹⁾. Въ § 1 настоящей главы были приведены взгляды римскихъ юристовъ, высказанные по поводу возбужденнаго здѣсь вопроса; представленные тамъ доводы достаточно комментируютъ наше разногласіе съ нѣкоторыми учеными, понимающими, сколько намъ кажется, слишкомъ односторонне значеніе термина „dare“.

Итакъ матеріальная сторона, значеніе и содержаніе договоровъ, относящихся ко второй группѣ первой категории, выяснились въ предыдущемъ изложеніи. Но особен-

¹⁾ Accarias, *théorie des contracts innom.*

ное вниманіе останавливаетъ на себѣ судопроизводственная сторона этихъ контрактовъ, къ разсмотрѣнію которой, для удобства изложенія, можетъ быть приступлено лишь впоследствии (см. раздѣлъ второй).

III

Новѣйшіе безымянные договоры

(А) Грѣхъ I: Договоры „facio in facias“

Лакъ первая категорія безымянныхъ договоровъ, такъ равно и вторая, одинакова въ грѣхѣ I, на которыхъ прежде всего займемъ одѣлкъ, построеннымъ по формѣ „facio in facias“.

Для долговѣрности опредѣленія сего названнаго контракта обратимся къ знаменитой книгѣ I. § 4. D. 19. 5, которую мы помому и выпишемъ. Вотъ текстъ этого фрагмента, переведеннаго Юрсту Павлу:

„si facio in faciam hanc species recipit. nam si pacti sumus ut tu a meo debitore Carthagine exigas, ego a tuo Romae, vel ut tu in meo, ego in tuo solo aedificem, et ego aedificavi et tu cessas, in priorem speciem mandatum quodammodo intervenisse videtur, sine quo exigi pecunia alieno nomine non potest: parvitas enim et stipendia sedantur, tamen in tantum officium praestantes et potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere... sed tutius erit praescriptis verbis dari actionem, quae actio similis erit mandati actioni.“

На практикѣ въ формѣ безымяннаго договора „facio in facias“ могутъ одѣлаться разнообразнѣйшія одѣлки, сообразно конгъ сводится къ тому, что одно лицо (А) оказываеа дрѣтому (В) опредѣленную услугу (facit) съ

III.

Новѣйшіе безъимянные договоры.

А) Группа I: Договоры „*facio ut facias*“.

Какъ первая категорія безъимянныхъ договоровъ, такъ равно и вторая обнимаетъ двѣ группы, изъ которыхъ прежде всего займемся сдѣлками, построенными по формулѣ „*facio ut facias*“.

Для догматическаго опредѣленія сейчасъ названныхъ контрактовъ первенствующее значеніе имѣетъ l. 5. § 4. D. 19, 5, которую мы поэтому и выпишемъ. Вотъ текстъ этого фрагмента, принадлежащаго юристу Павлу:

„*si facio ut faciam haec species recipit. nam si pacti sumus, ut tu a meo debitore Carthagine exigas, ego a tuo Romae, vel ut tu in meo, ego in tuo solo aedificem, et ego aedificavi et tu cessas, in priorem speciem mandatum quodammodo intervenisse videtur, sine quo exigere pecunia alieno nomine non potest: quamvis enim et stipendia sequantur, tamen mutuum officium praestames et potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere..... sed tutius erit praescriptis verbis dari actionem, quae actio similis erit mandati actioni“.*

На практикѣ въ форму безъимяннаго договора „*facio ut facias*“ могутъ облекаться разнообразнѣйшія сдѣлки, содержаніе коихъ сводится къ тому, что одно лицо (А) оказываетъ другому (В) опредѣленную услугу (*facit*) съ

тѣмъ, чтобы послѣднее въ свою очередь исполнило что нибудь въ пользу перваго (ut faciat). Въ вышеприведенной цитатѣ Павелъ приводитъ два выдающіеся случая, на разборъ которыхъ слѣдуетъ остановиться.

1) Первый примѣръ. А и В условились, чтобы А взыскалъ въ пользу В слѣдуемый В отъ С долгъ; вза-мѣнъ того В обѣщаетъ взыскать съ D деньги (или какой-бы то ни было другой предметъ обязательства), которыя этотъ послѣдній долженъ А. Какова, спрашивается, юри-дическая структура въ приведенномъ договорномъ отноше-ніи? Ближе всего, конечно, мысль о признаніи указаннаго случая особеннымъ видомъ договора мандата. Подмѣченное уже самимъ Павломъ сходство между рассматриваемыми инноминатными сдѣлками и договоромъ препорученія суще-ствуетъ несомнѣнно. Но въ то же время нельзя спорить противъ того, что сообщаемые помянутымъ юристомъ случаи отчасти отличаются отъ мандата. Намъ надлежитъ, поэтому, анализировать представленные примѣры, чтобы провѣрить, на сколько аналогія между ними и мандатомъ уместна и оправдывается юридической ихъ структурой.

2) Второй примѣръ. А обязывается воздвигнуть зда-ніе на участкѣ В, а В беретъ, взаменъ этого, выстроить домъ на участкѣ А. Болѣе подробныхъ опре-дѣленій предстоящаго договора Павелъ не касается, онъ даетъ лишь конструкцію въ ея простѣйшей формѣ. И въ этомъ примѣрѣ, какъ видно, кроется понятіе „порученія“.

Возьмемъ теперь любой изъ приведенныхъ Павломъ случаевъ и разложимъ его на составныя части. Не трудно видѣть, что данныя договорныя отношенія представляютъ изъ себя дуалистическое, двойное построеніе (по нѣмецки „eine Doppelbildung“). Въ нихъ съ самаго начала содержатся два мандата, а между тѣмъ оба они образуютъ собою одно

неразрывно связанное юридическое отношеніе, могущее быть названнымъ „квалифицированнымъ мандатомъ“ (только не въ употребительномъ смыслѣ этого слова: *mandatum qualificatum*), а съ точки зрѣнія системы римскихъ контрактовъ просто безъимяннымъ договоромъ, построеннымъ по формулѣ „*facio ut facias*“. И если принять во вниманіе сравнительно позднее развитіе болѣе свободныхъ договорныхъ формъ, а также, что классическая юриспруденція крайне осторожно устанавливала свои догмы, всегда сообразуясь съ ставшими ходячею монетою положеніями, то совершенно понятно, почему такое сложное контрактное отношеніе, какъ изложенное, могло найти мѣсто только въ системѣ т. н. новыхъ правовыхъ сдѣлокъ. Но, помимо сказаннаго, между мандатомъ и безъимяннымъ договоромъ указаннаго типа имѣется еще и другое различіе. Договоръ довѣренности, по существу, не рассчитываетъ ни на какую имущественную выгоду для мандатарія; это — договоръ по преимуществу безмездный, вытекающій изъ пресловутаго римскаго урбанитета.

Нельзя сказать того же самаго о формѣ безъимянныхъ контрактовъ „*facio ut facias*“, которая, представляясь синаллагмою, исходитъ изъ соображеній торгово-промышленнаго и во всякомъ случаѣ имущественнаго характера и, такимъ образомъ, основывается на совершенно другой почвѣ, какъ договоръ мандата. Наконецъ, дальнѣйшее различіе между рассматриваемыми безъимянно-договорными сдѣлками и приведеннымъ поименованнымъ контрактомъ касается существа и юридической природы ихъ. Мандатъ считается дѣйствительнымъ, если только воспослѣдовало одно простое неформальное согласіе, тогда какъ представленный выше типъ инноминатныхъ сдѣлокъ относится къ реальнымъ договорамъ, которые, какъ извѣстно, устанавливаются и принимаютъ юридическую силу на основаніи передачи вещи

однимъ лицомъ другому (о томъ, что разумѣется подъ „res“ въ безъимянныхъ договорахъ была уже рѣче въ другомъ мѣстѣ).

Во всякомъ случаѣ описанныя договорныя отношенія подчасъ представляютъ для анализа немаловажныя трудности, подмѣченныя уже римскими юристами.

Что касается вопросовъ судопроизводственнаго свойства, имѣющихъ для безъимянныхъ договоровъ „*facio ut facias*“, въ виду особенности ихъ юридической структуры, существенно важное значеніе, то, согласно принятому плану, они будутъ разсматриваться только ниже.

В) Группа II: Договоры „*facio ut des*“.

Причина, почему мы представляемъ очеркъ безъимянно-договорныхъ сдѣлокъ этого типа только послѣ изложенія всѣхъ прочихъ, заключается болѣе въ практическихъ, нежели теоретическихъ соображеніяхъ. Легко, конечно, видѣть, что разсматриваемые договоры по структурѣ, а также по содержанию своему, являются обратной формою сдѣлки „*do ut facias*“. Договоръ: „я даю съ тѣмъ, чтобы ты сдѣлалъ“ вслѣдствіи случайныхъ, но тѣмъ не менѣе практически вполне возможныхъ обстоятельствъ превращается въ договоръ „*facio ut des*“. Это особенно видно на примѣрѣ „*contractus aestimatorius*“.

Близкая связь между обѣими приведенными группами контрактовъ, помимо указаннаго соображенія, вытекаетъ также изъ нижевыписаннаго закона, обращающаго на себя вниманіе и по другой причинѣ¹⁾. Фрагментъ этотъ при-

¹⁾ выше § 1, Глава 5, l. 22 D. 19, 5: *si tibi polienda sarciendave vestimenta dederim, si quidem gratis hanc operam te suscipiente, mandati est obligatio, si vero mercede data aut constituta, locationis, conductionisque negotium geretur, quod si neque gratis hanc operam susceperis neque protinus aut data aut constituta sit merces, sed eo animo negotium gestum fuerit, ut postea tantum, mercedis nomine daretur, quantum inter nos statutum sit, placet, quasi de novo negotio in factum dandum esse indicium, id est praescriptis verbis.*

надлежитъ юристу Гаю и, такимъ образомъ, свидѣтельствуется, что юная догма о безъимянныхъ договорахъ успѣла пустить корни даже въ отдаленной провинціи.

Вопросъ о старшинствѣ разсматриваемыхъ сдѣлокъ въ системѣ безъимянныхъ договоровъ разсмотрѣнъ былъ нами выше. Высказанными предположеніями о старшинствѣ двухъ разрядовъ безъимянныхъ договоровъ, начинающихся оказаніемъ услуги, объясняется отсутствіе какихъ либо спеціальныхъ наименованій, которыхъ не изобрѣтала римская юриспруденція, будучи практической по существу. Но тотъ фактъ, что въ дѣйствительности сдѣлокъ несравненно больше чѣмъ названій, получилъ широкое признаніе.

Итакъ, мы закончили очеркъ матеріальной части ученія о безъимянныхъ договорахъ. Однако прежде чѣмъ перейти къ разсмотрѣнію вопросовъ процессуальнаго свойства, надлежитъ предварительно подвергнуть анализу нѣкоторыя сдѣлки, которыхъ наше изложеніе до сихъ поръ не коснулось, но которыя нѣкоторыми изслѣдователями причисляются къ разряду безъимянныхъ договоровъ. Намъ необходимо представить поясненіе и оправданіе въ томъ, почему мы считаемъ цѣлесообразнымъ, исключить названныя сдѣлки изъ области инноминатныхъ договоровъ въ собственномъ смыслѣ этого слова и отвести имъ вполнѣ обособленное отъ послѣднихъ мѣсто.

ГЛАВА 6-я.

Сдѣлки, имѣющія сходство съ безымянными договорами.

Въ одномъ изъ предшествующихъ настоящей главѣ §§ сопоставлены были всѣ признаки, наличность которыхъ необходима для полноты понятія о безымянномъ договорѣ. Но римское право знакомо съ цѣлымъ рядомъ такихъ контрактныхъ отношеній, которыя лишь отчасти примыкаютъ къ разряду безымянныхъ договоровъ. Говоря иначе, въ должествующихъ быть разсмотрѣнными сдѣлкахъ замѣчается наличность только извѣстныхъ характеристическихъ чертъ инноминатныхъ договоровъ, тогда какъ нѣкоторые изъ приведенныхъ выше признаковъ совершенно отсутствуютъ.

Однако уже раньше было замѣчено, что, коль скоро какая либо юридическая сдѣлка не обнимаетъ совокупности всѣхъ названныхъ въ главѣ 2 признаковъ, она ни коимъ образомъ не можетъ признаваться безымяннымъ договоромъ. На этомъ основаніи не можетъ быть причисленъ къ разряду „contractuum innominatum“ такъ наз. „transactio“, не будетъ имѣть значенія договора безымяннаго и прекаріумъ, такъ какъ сдѣлка эта, хотя и аналогична коммодату, но лишена важнѣйшаго для безымянныхъ договоровъ критерія, именно спеціальнаго средства юридической защиты ихъ, такъ наз. „actio praescriptis verbis“, присущей

всѣмъ безъимяннымъ контрактамъ. По тѣмъ же соображеніямъ мы не рѣшимся признать контрактомъ безъимяннымъ такъ наз. „contractus suffragii“. Въ виду изложенныхъ соображеній не лишне будетъ разсматривать только что названные договоры въ отдѣльности.

Вопросъ о существованіи неполныхъ безъимянныхъ договоровъ возбуждается въ литературѣ не въ первый разъ. Въ учебникѣ Шиллинга ис институціямъ римскаго права встрѣчаются нѣкоторыя указанія, сюда относящіяся. Настоящее же изложеніе должно было, въ особенности, остановиться на этомъ вопросѣ по той причинѣ, что лишь такимъ образомъ возможно опредѣлительное и точное выясненіе того, какъ смотрѣть на юридическую структуру и содержаніе безъимянныхъ договоровъ. Дабы нагляднѣе представить различіе сихъ послѣднихъ отъ неполныхъ безъимянно-договорныхъ сдѣлокъ позволю себѣ установить слѣдующую схему.

Пусть x обозначаетъ полный гражданскій договоръ, y — безъимянный договоръ, z — неполный безъимянный договоръ, a — совокупность реквизитовъ, наличность которыхъ необходима для понятія о гражданскомъ договорѣ.

Если x (гражданскій договоръ) = a , то

y (безъимянный договоръ) = $a - n$ (n — это тотъ минусъ или тотъ порокъ, благодаря которому данная сдѣлка не можетъ быть признана гражданскою)

z (неполный безъимянный договоръ) = $\frac{y}{a - n} - m$

(m = недостающій признакъ безъимяннаго договора).

I.

Есть-ли прекаріумъ — безъимянный договоръ?

Подъ прекаріумомъ, по опредѣленію юриста Ульпіана ¹⁾, разумѣется безвозмездное предоставленіе какой-либо вещи или какого-либо права ²⁾ впредь до перваго востребованія. Опредѣленіе это отличается тѣми выдающимися преимуществами, коими изобилуютъ римскія дифиниціи и о коихъ рѣчь шла во введеніи къ настоящему сочиненію.

Подробное изслѣдованіе этого въ высшей степени занимательнаго института, конечно, не составляетъ задачи настоящихъ очерковъ. Цѣль, къ достиженію которой мы стремимся, совершенно иная. Намъ желательно лишь выяснитъ вопросъ, слѣдуетъ-ли прекарную сдѣлку считать безъимяннымъ договоромъ или нѣтъ.

Исторія развитія прекаріума, какъ и многихъ другихъ юридическихъ институтовъ древняго Рима, понынѣ не получила надлежащаго освѣщенія. Причиною тому безспорно служатъ скудныя данныя, содержащіяся объ этой сдѣлкѣ въ источникахъ римскаго права. Вслѣдствіе этого

¹⁾ l. 1 pr. D. 43, 26. Precarium est quod precibus petenti utendum ceditur famdiu, quamdiu is, qui cessit, patitur.

1. 15 § 2
²⁾ 1. 2 § 3
1. 8 § 5 } D. 43, 26.

попытки, направленные къ разъясненію этого знаменательнѣйшаго вопроса, носятъ и будутъ всегда носить предположительный характеръ ¹⁾. Однако, не подлежитъ ни малѣйшему сомнѣнію, что прекаріумъ встрѣчается уже въ глубокой древности. Именитый историкъ Нибуръ, а вслѣдъ за нимъ величайшій юристъ нашего столѣтія, Карлъ Фридрихъ фонъ Савиньи полагаютъ, что прекарная сдѣлка возникла по поводу кліентства. Подобно тому и Терингъ (въ своемъ Духѣ римскаго права) утверждаетъ, что имущественныя отношенія между патрономъ и кліентомъ, главнѣйшимъ образомъ, выражались въ прекаріумѣ.

Самое названіе „procurator“ или „procurator“, производимое обыкновенно отъ proco — proco — procurator и обозначающее патрона, до извѣстной степени подтверждаетъ указанное предположеніе. Но, сверхъ того, имѣется еще цѣлый рядъ другихъ аргументовъ. Всѣ они приведены въ цитированной уже докторской диссертациі извѣстнаго нашего романиста проф. Азаревича, а потому считаемъ возможнымъ о нихъ не распространяться. Однако, есть и вѣскіе доводы, говорящіе противъ вѣрности гипотезы Савиньи и Нибура. Прежде всего, нельзя не замѣтить, что въ источникахъ права не содержится прямыхъ доказательствъ, подтверждающихъ взглядъ на существованіе тѣсной связи между прекаріумомъ и кліентелою ²⁾. Кромѣ того, далеко еще не выяснено, какимъ образомъ могла возникнуть и какъ развилась прекарная сдѣлка изъ поземельныхъ отношеній кліентовъ и патроновъ.

Во всякомъ случаѣ, въ настоящее время не существуетъ болѣе спора о томъ, что въ древнѣйшемъ рим-

¹⁾ Азаревичъ, Прекаріумъ по римскому праву, стр. 189.

²⁾ Азаревичъ, ук. соч., стр. 197.

скомъ быту прекарная сдѣлка являлась весьма распространеннымъ отношеніемъ, установлявшимся не только между кліентомъ и патрономъ, но вообще между богатыми и бѣдными¹⁾. При этомъ, однако, на первыхъ порахъ сдѣлка эта не могла имѣть юридическаго значенія. Какъ отношеніе чисто соціальное, вызванное потребностями обыденной жизни, сдѣлка эта лишена была государственной регламентаціи. Этотъ характеръ признавался за прекаріумомъ и позднѣйшими юристами. Такъ, наприм., Павелъ (l. 14 D. 43, 26) выражается относительно прекаріума, что институтъ этотъ „magis ad donationes et beneficii causam spectat“.

Новѣйшіе юристы, большею частью, также отрицаютъ чисто юридическую сторону названнаго института²⁾. По ихъ воззрѣнію, вся прекарная сдѣлка основана болѣе на довѣріи, чѣмъ на почвѣ юридической³⁾. Этимъ-то и объясняется правило, что уступка прекаріума на точно определенное время не имѣетъ юридическаго значенія. Цельзъ⁴⁾ говоритъ въ этомъ смыслѣ: „nulla vis est hujus conventionis“. Но какъ же, спрашивается, согласовать это положеніе съ принципами римской обязательственной системы? Вѣдь въ послѣдней дѣйствовало начало: „uti lingua nuncupasset, ita jus esto!“ Поэтому, не ограничивалась-ли частная автономія гражданъ объявленіемъ ничтожною прекарной сдѣлки на срокъ? Словомъ, и въ приведенномъ изреченіи Цельза проявляется не чисто юридическая природа прекаріума. Впрочемъ, вопросъ этотъ не одинаково рѣшается отдѣльными писателями. Напротивъ, существуетъ даже очень большое различіе во взглядахъ, о которомъ нельзя будетъ не упомянуть немногими словами.

1) Dernburg, Pandecten, томъ II, стр. 236.

2) Ihering, Besitzwille, стр. 389 сл.

3) Dernburg говоритъ: „ein Treuverhältniss, nicht ein Rechtsverhältniss“.

4) l. 12 (тамъ же).

Такъ, на примѣръ, есть писатели, которые въ прекаріумѣ видятъ не одно только фактическое отношеніе. Но какое мѣсто слѣдуетъ указать прекарной сдѣлкѣ въ общей системѣ римскихъ контрактовъ, этотъ вопросъ также не одинаково рѣшается учеными. Профессоръ Азаревичъ въ своемъ спеціальному изслѣдованіи прекаріума представилъ сжатый, но полный конспектъ всѣхъ мнѣній, существующихъ въ литературѣ по помянутому вопросу¹⁾.

Такъ 1) Лангсдорфъ и Шиллингъ видятъ въ прекаріумѣ реальный договоръ. 2) Гепфнеръ признаетъ названную сдѣлку за безформенный договоръ, „*actum praetorium*“; 3) Донель полагаетъ, что прекаріумъ слѣдуетъ отнести къ разряду т. н. *quasi contractuum*; 4) наконецъ, Куяцій утверждаетъ, что прекаріумъ есть договоръ безымянный.

Не усматривая въ первоначальной прекарной сдѣлкѣ какого либо опредѣленнаго правоотношенія, мы, слѣдовательно, и не можемъ вдаваться въ разсмотрѣніе вопроса о мѣстѣ, принадлежащемъ прекаріуму въ системѣ римскихъ договоровъ. Правда, юристы императорской эпохи признавали договоромъ каждую двустороннюю сдѣлку. Согласно возрѣнію Педія (2 столѣтіе), нѣтъ обязательства въ которомъ бы договора (*conventio*) не было — независимо отъ способа установленія обязательства. Гай (1. 5 § 1 — 4 D. 4, 47) и Юстиніановскіе юристы (*Inst.* III, 27) подъ понятіе о договорѣ подводили такіа отношенія, которыя ничего общаго не имѣли съ договоромъ. Такимъ образомъ естественно, что позднѣйшая юриспруденція старалась примѣнить ту же точку зрѣнія и къ объясненію прекаріума. Изъ высказанныхъ по этому поводу гипотезъ менѣ всего возможно намъ обойти безъ вниманія мнѣніе Куяція въ

¹⁾ Азаревичъ, тамъ же стр. 30—31.

виду того, что взглядъ этотъ имѣетъ немало поборниковъ въ литературѣ. Такъ, на примѣръ, изъ нѣмецкихъ изслѣдователей Пельсъ, а у насъ Азаревичъ признаютъ прекаріумъ за безымянный договоръ. Совершенно справедливо профессоръ Азаревичъ замѣчаетъ, что вопросъ объ обязательственной силѣ прекаріума разрѣшается вѣрнѣе всего путемъ изслѣдованія средствъ его защиты¹⁾.

Выше уже нѣсколько разъ было указываемо на то, что общимъ и необходимѣйшимъ средствомъ юридической охраны безымянныхъ договоровъ является „*praescriptis verbis actio*“. Иначе говоря, гдѣ это процессуальное средство не находитъ примѣненія, тамъ не можетъ быть рѣчи объ инноминатномъ договорѣ. Поэтому посмотримъ, насколько прекарная сдѣлка соотвѣтствуетъ этому основному процессуальному требованію безымянныхъ договоровъ.

Въ пандектахъ имѣется нѣсколько мѣстъ, въ которыхъ говорится о примѣненіи къ прекарнымъ отношеніямъ „*actionis praescriptis verbis*“. Вслѣдствіе этого все вниманіе должно быть сосредоточено именно на этихъ пандектныхъ указа- ніяхъ. Что же касается до ординарнаго средства процес- суальной защиты прекарія — „*interdictum de precario*“ — то оно, повидимому, не говоритъ въ пользу того, чтобы счи- тать прекаріумъ безымяннымъ договоромъ (l. 14 D. 43, 26), а потому средство это здѣсь совершенно не принимается въ расчетъ.

Приступимъ къ разьясненію относящихся сюда фраг- ментовъ. L. 19 § 2 D. 43, 26 гласитъ:

„*cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et incerti conditione, id est praescriptis verbis*“.

¹⁾ Азаревичъ, тамъ же, стр. 87.

По мнѣнію Граденвица („Интерполяціи“), раздѣляемому также Дернбургомъ, этотъ фрагментъ, принадлежащій юристу Юліану, перешелъ къ намъ въ испорченномъ видѣ. Въ самомъ дѣлѣ, развѣ можно допустить, чтобы знаменитый составитель Преторскаго Эдикта отождествлялъ относящуюся къ суровому праву (*jus strictum*) кондикцію съ упомянутою преторскою акціею? Отвѣтъ не можетъ быть сомнительнымъ. Итакъ мы имѣемъ дѣло съ явною интерполяціею.

Второе пандектное мѣсто, требующее основательнаго разсмотрѣнія, это 1. 2 § 2 D. 43, 26, гдѣ Ульпіанъ выражается слѣдующимъ образомъ: „*et naturalem habet in se aequitatem* (рѣчь идетъ объ интердиктѣ), *namque precarium revocare volenti competit: est enim natura aequum tamdiu te liberalite mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare, cum mutavero voluntatem itaque cum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur*“. И въ этомъ фрагментѣ интерполяція бросается въ глаза. Особенно поражаетъ выраженіе „*praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur*“, эта прибавка настоящаго школьника ¹⁾.

Изъ сказаннаго явствуетъ, что „*actio praescriptis verbis*“ не примѣняется къ прекаріуму. Тѣ немногія пандектныя указанія, которыя говорятъ объ употребленіи при прекаріумѣ „*praescriptis verbis actio*“, обязаны своимъ происхожденіемъ позднѣйшимъ юристамъ, не вникавшимъ съ достаточнымъ умѣніемъ въ своеобразную природу прекарной сдѣлки. Такимъ образомъ поименованная сдѣлка лишена одного изъ самыхъ важныхъ признаковъ безъимяннаго договора ²⁾.

¹⁾ „Ein schülerhafter Zusatz“, какъ говоритъ Берлинскій пандектистъ Дернбургъ.

²⁾ Hasse, Rhein. Museum für Jurisprud. т. VI, стр. 83. Heimbach, Zeitschrift für Civilr. u. Proc. т. 11, отд. 2, стр. 294.

Весьма странно, далѣе, что писатели, признающіе за прекарной сдѣлкой характеръ инноминатнаго контракта, не согласны относительно вопроса, къ какому именно ряду названныхъ контрактовъ слѣдуетъ причислить прекарную сдѣлку. Такъ Аккаріасъ (Accarias, стр. 76) полагаетъ, что прекаріумъ представляетъ собою договоръ, построенный по формулѣ „*facio ut facias*“; Пельсъ же (стр. 54) видитъ въ этой сдѣлкѣ *negotium „do ut facias“*. Наконецъ, проф. Азаревичъ, слѣдуя французскому писателю Машеляру (Machelard, *interdits*, стр. 280) высказывается за наличность въ прекаріумѣ контракта „*do ut des*“ (стр. 156).

Приведенныя воззрѣнія страдаютъ тѣмъ существеннымъ недостаткомъ, что либо исходятъ изъ невѣрнаго анализа понятія о безъимянныхъ договоровъ, либо черезчуръ довѣрчиво принимаютъ за звонкую монету явныя интерполяціи Пандектъ.

Послѣ этого, надлежало бы говорить спеціально о матеріальной сторонѣ разсматриваемой сдѣлки. Въ эпоху расцвѣта римскаго права сдѣлка эта не могла еще называться юридической, представляя собою болѣе фактическое отношеніе. Въ догмѣ права прекаріумъ является институтомъ неготовымъ, остановившимся въ своемъ развитіи. Но безспорно, что уже при Юстиніанѣ замѣтны были нѣкоторые признаки ассимиляціи прекаріума съ коммодатомъ. Эти зачатки процесса ассимиляціи не могутъ быть отрицаемы. Критцъ, какъ извѣстно, выразилъ это самымъ рѣшительнымъ образомъ, говоря, что римское различіе между прекаріумомъ и коммодатомъ покоится исключительно на историческихъ основаніяхъ¹⁾. Это совершенно

¹⁾ См. его *Pandectenrecht*, также *Sammlung von Rechtsfällen*.

вѣрно; но въ Римѣ это уподобленіе двухъ упомянутыхъ институтовъ еще не было проведено.

Поэтому мы не увлечемся, если, согласно принятой системѣ, будемъ утверждать, что прекаріумъ (въ догмѣ римскаго права) есть такая сдѣлка, которая можетъ быть отнесена къ разряду неполныхъ безъимянныхъ договоровъ.



II.

Contractus suffragii.

Договоръ этотъ, судя по отсутствію какихъ либо опредѣленій о немъ въ Нандектахъ, относится къ позднѣйшему періоду императорскаго режима, и, судя по содержанию его, указываетъ на эпоху упадка нравственнаго и общественнаго развитія римскаго государства. На примѣрѣ этого контракта ясно видно, какъ измѣнчивы бываютъ въ различныя времена начала нравственности и права.

Чтобы понять структуру названнаго договора, необходимо, хотя бы бѣгло коснуться также историческаго хода его развитія.

Подъ „suffragatio“ или „suffragium“ разумѣлось въ императорскія времена исключительное право принцепса предлагать кандидатовъ на нѣкоторыя должности. Такъ Моммзенъ ¹⁾ утверждаетъ, что изъ двадцати квесторовъ двое непременно назначались по непосредственному представленію самого принцепса. Это были такъ наз. императорскіе квесторы въ тѣсномъ смыслѣ. Не трудно уловить причинную связь этой кукольной комедіи, которую играли римскіе императоры, предоставляя гражданамъ право на извѣстные выборы. Однако, комедія эта не была безцѣльна. Преимущественная черта римскаго національнаго

¹⁾ Mommsen, röm. Staatsrecht, томъ II, стр. 882.

характера — консерватизмъ, который проглядываетъ на всѣхъ страницахъ римской исторіи. Слѣды его замѣтны также на принципатѣ. Такъ республиканскій образъ правленія не сразу былъ уничтоженъ императорами. Напротивъ, превращеніе римской державы въ ту плачевную монархію, о которой повѣствуютъ историки, совершалось очень медленно. Этимъ-то обстоятельствомъ объясняется также существованіе въ императорскую эпоху института „suffragii“. Ограниченная вначалѣ чрезвычайно узкими рамками, „suffragatio“ римскаго императора съ теченіемъ времени приняла крайне широкіе размѣры.

При христіанскихъ императорахъ терминъ „suffragium“ получилъ особенное значеніе. Подъ этимъ выраженіемъ стали понимать ходатайство кого-либо на пользу третьяго лица предъ особою его величества¹⁾. Такого рода ходатайство порождало между ходатаемъ и его кліентомъ, посредственнымъ просителемъ, извѣстныя обязательственныя отношенія, которыя получили даже законодательную санкцію. Но каковы же были мотивы, руководившіе законодателемъ, признавшимъ юридическую силу за сдѣлками, очевидно, мало оправдываемыми началами нравственности? Къ сожалѣнію, бывають періоды въ исторіи отдѣльныхъ народовъ, когда пользованіе законными интересами предоставляется не всѣмъ и каждому, а обусловливается либо непотизмомъ, либо знакомствомъ съ сильными міра сего. Въ такую грустную эпоху совершилось юридическое признаніе суфрагіальной сдѣлки.

Нѣкоторые писатели въ официальномъ признаніи этой сдѣлки видятъ смягчающее вліяніе христіанской религіи. Однако, мнѣ кажется, что христіанская религія тутъ рѣши-

¹⁾ lex, un. Cod. IV, 3.

тельно не причемъ, а, напротивъ, главнѣйшимъ стимуломъ, вызвавшимъ ауторизацію упомянутого договора, послужилъ всеобщій упадокъ нравственности и полнѣйшая необузданность гражданъ. До узаконенія суфрагіальной сдѣлки цѣлыя шайки аферистовъ, выдавая себя за приближенныхъ ко двору, обирали легкомысленное населеніе самымъ наглымъ и беспощаднымъ образомъ. Дирксенъ ¹⁾ рассказываетъ, что такіе „*fumi venditores*“ преслѣдовались чрезвычайно строго. Однако направленные противъ нихъ мѣры, какъ бы строги онѣ ни были, оставались безъ успѣха. Надлежало, слѣдовательно, найти другой исходъ. Другими словами, политика законодательства должна была выбрать меньшее изъ двухъ золъ: либо узаконить суфрагіальные договоры, либо помириться съ „*fumi venditores*“. Такъ-то и поступили императоры Юліанъ (362) и Θεодосій I (394), узаконивъ суфрагіальныя сдѣлки ²⁾. Разумѣется, плохой миръ всегда выгоднѣе нескончаемой ссоры, и если означенными императорскими постановленіями признаны были суфрагіальныя сдѣлки, то это совершилось въ тѣхъ видахъ, чтобы хотя нѣсколько урегулировать запутанныя отношенія, возникавшія по поводу ходатайствъ предъ государемъ. Однако, будучи меньшимъ изъ двухъ золъ, суфрагіальный договоръ, тѣмъ не менѣе, не переставалъ быть зломъ и какъ „*turpis obligatio*“, по сущности своей, лишень былъ юридической силы (*turpes obligationes nullius sunt momenti*). Поэтому узаконеніе упомянутого договора не могло быть рассчитано на болѣе продолжительное время. Какъ временная мѣра, вызванная особенностями извѣстной эпохи, узаконеніе это имѣло нѣкоторый смыслъ, но вообще оно идетъ въ разрѣзъ съ основными началами всякаго дисциплиниро-

¹⁾ Dirksen, die scriptores historiae Augustae, стр. 219.

²⁾ l. 1 Cod. IV, 3.

ваннаго правопорядка. Юстиніанъ старался, вслѣдствіе этого, нѣсколько сѣузить кругъ примѣненія суфрагіальнаго контракта. Такъ 8-ая Новелла его возбраняетъ ходатайствовать о предоставленіи какой либо судебной или административной должности¹⁾. Запретъ этотъ получилъ дальнѣйшее подтвержденіе въ новеллѣ 161, принадлежащей императору Тиверію II²⁾. Въ такой фазѣ застыла суфрагіальная сдѣлка. Дальнѣйшаго развитія она не получила въ виду позднѣйшей исторической судьбы римскаго права. Приступимъ послѣ этого къ разсмотрѣнію занимающей насъ сдѣлки съ точки зрѣнія догмы.

Что касается, прежде всего, цѣли суфрагіальнаго договора, то она можетъ быть чрезвычайно разнообразна, состоя въ полной волѣ договаривающихся лицъ, лишь бы она не обнимала ходатайства о предоставленіи должности по судебной или административной части.

Условія наличности помянутаго договора слѣдующія:

1) Требуется передача вещи, причемъ

- а) если вещь движимая, достаточно одной неформальной ея передачи (*traditio sola sufficit*).
- б) если вещь недвижимая, необходимо письменное заключеніе сдѣлки, которая удостовѣрена судебнымъ порядкомъ (*gesta testanda*).

Особеннаго вниманія заслуживаетъ второй случай. Для какой цѣли существовали такія строгія формальности? Онѣ далеко не являются безцѣльными, а дѣло вотъ въ чемъ заключалось. Положимъ, проситель обѣщалъ вознаграждать своимъ имѣніемъ ходатая въ случаѣ достиженія цѣли. Допустимъ, ходатайство увѣнчалось полнымъ успѣхомъ. Если

¹⁾ Nov. 8, c I, 12—15.

²⁾ Biener, *Gesch. der Novellen*, стр. 475.

проситель добровольно не уступалъ обѣщаннаго имѣнія ходатаю, то послѣдній, безъ извѣстныхъ доказательствъ объ имѣвшемъ мѣсто соглашеніи, не могъ никоимъ образомъ овладѣть обѣщаннымъ ему недвижимымъ имуществомъ. Займи онъ своею властью обѣщанный участокъ, онъ подлежалъ бы строгому наказанію какъ за самоуправное дѣйствіе. Понятно, что при реализаціи правъ прежде всего необходимо обезпечить доказательства дѣйствительнаго существованія ихъ. Разъ же сдѣлка вносилась въ соотвѣтственныя судебныя книги, она этимъ самымъ получала офиціальное значеніе и, какъ актъ засвидѣтельствованный „крѣпостнымъ порядкомъ“, не подвергалась никакимъ сомнѣніямъ.

2) Требуется фактическое, а не мнимое только ходатайство предъ государемъ.

3) Требуется, чтобы содержаніе ходатайства не противорѣчило новельнымъ постановленіямъ (Nov. 8 и Nov. 161). Въ частности надобно замѣтить, что какъ только ходатайство можетъ быть подведено подъ понятіе о злоупотребленіи (*ambitus et repetundae*), то состоявшаяся по поводу его суфрагіальная сдѣлка лишается юридическаго значенія¹⁾.

4) Ходатайство должно было привести къ желаемой цѣли. Въ этомъ смыслѣ *lex un. Cod IV, 3* выражается, что суфрагіальный договоръ дѣйствителенъ „*cum ea, quae optaverint, consequantur*“. Въ связи съ этимъ находится отмѣченный уже порядокъ внесенія въ судебныя реестры суфрагіальныхъ контрактовъ, касавшихся недвижимостей. Въ заключеніе скажемъ нѣсколько словъ о судебной охранѣ этого договора. Въ литературѣ вопросъ этотъ еще очень мало обработанъ. Даже обширные курсы римскаго права

¹⁾ *l. 6 Cod. IX, 27.*

обходить его молчаніемъ, а монографическіе труды совершенно отсутствуютъ. Нѣкоторые писатели признаютъ суффрагіальный договоръ безъимяннымъ ¹⁾. Это не совсѣмъ точно. Договоръ этотъ можетъ быть названъ лишь неполнымъ безъимяннымъ договоромъ. Особеннаго иска, вытекающаго изъ „contractus suffragii“, не имѣется. Съ другой стороны, сколько намъ кажется, средствомъ защиты названнаго договора не могла быть „praescriptis verbis actio“. Въ то время, когда суффрагіальная сдѣлка получила значеніе признаннаго договора, дѣйствовалъ законъ Констанція и Констанца, воспроизведенный въ Юстиніановскомъ кодексѣ ²⁾: „juris formulae aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicatus amputentur“. Согласно сказанному, къ *contr. suffragii* не могла примѣняться „praescriptis verbis actio“, а искъ, его защищавшій, была „condictio ex lege“ ³⁾.

Конецъ раздѣла I.



¹⁾ Срв. Pöhls, упомянут. сочиненіе.

²⁾ 1. 1 Cod II, 57 (изданіе Крюгера).

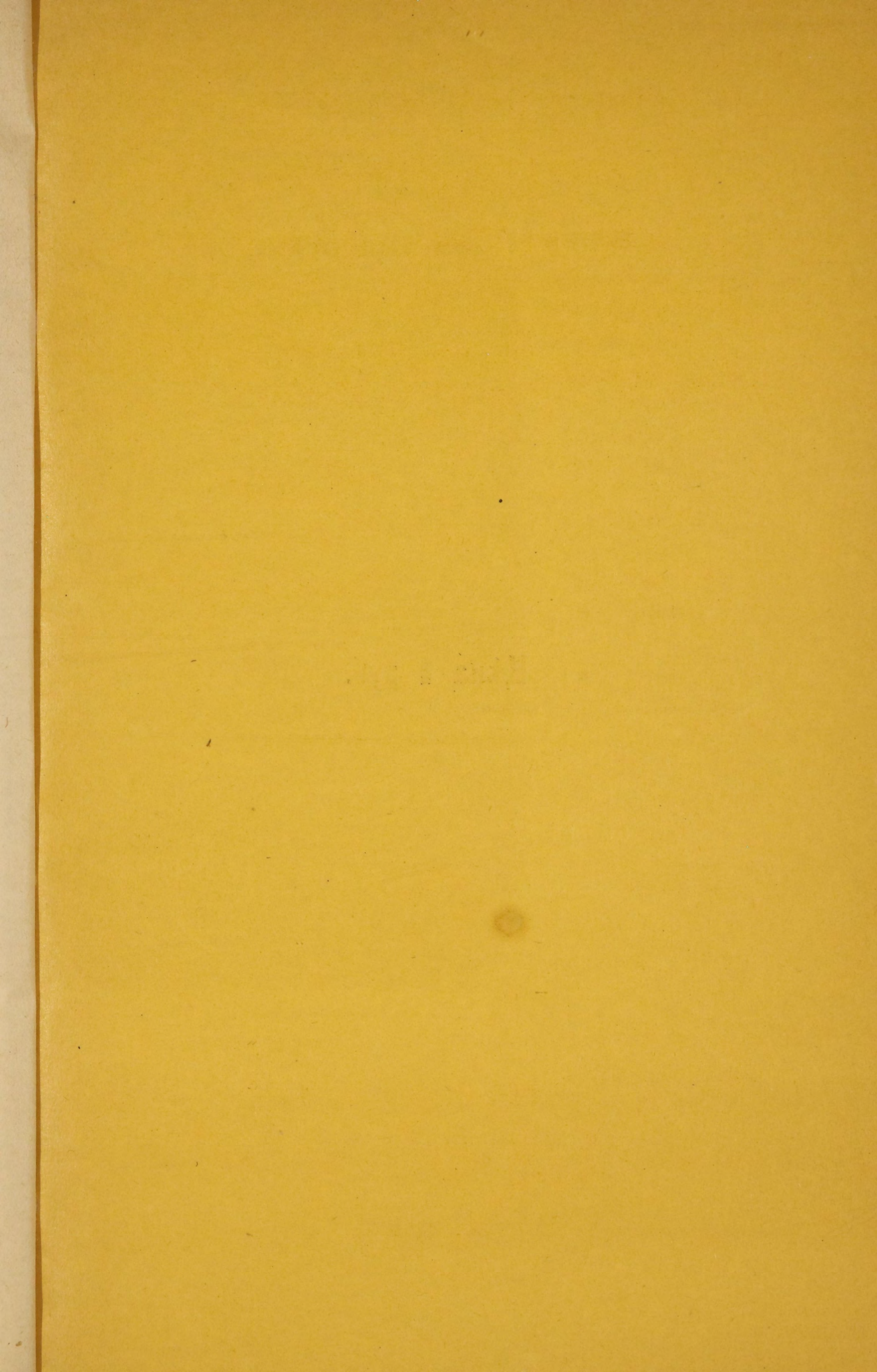
³⁾ Ertleben, тамъ же, стр. 200.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

	<i>Стр.</i>
Введеніе	5
Раздѣлъ I:	
<i>Часть матеріальная:</i>	
Глава 1. Система римскихъ договоровъ:	
I. Система договоровъ въ эпоху расцвѣта класси- ческаго права	15
II. Условія, вызвавшія расширеніе системы цивиль- ныхъ контрактовъ	22
Глава 2. Безъимянные договоры:	
I. Историческій ходъ развитія безъимянныхъ дого- воровъ.	31
II. Юридическая конструкторія безъимянныхъ дого- воровъ.	38
III. Мѣсто безъимянныхъ договоровъ въ системѣ рим- скихъ договоровъ	48
Глава 3. Категоризація безъимянныхъ договоровъ:	
I. Дѣленіе безъимянныхъ договоровъ на <i>contractus</i> <i>regulares</i> и <i>irregulares</i>	59
II. Система Павла	63
Глава 4. Вопросъ о старшинствѣ безъимянныхъ договоровъ	69
Глава 5. Содержаніе безъимянныхъ договоровъ:	
I. Значеніе эстиматорной сдѣлки для рассматри- ваемого ученія	85
II. Старѣйшіе безъимянные договоры.	102
III. Новѣйшіе безъимянные договоры	110
Глава 6. Сдѣлки, имѣющія сходство съ безъимянными договорами	115
I. Прекаріумъ	117
II. <i>Contractus suffragii</i>	125

ВАЖНІЙШІЯ ОПЕЧАТКИ.

<i>Напечатано</i>		<i>Слѣдуетъ читать</i>	
Стр.	Строка (сверху)		
11	8	обязательство	обязательство
27	17	sina	sine
30	14	инструкцію	конструкцію
31	11	минцитацію	манцитацію
39	11	furtum	furtum usus
62	24	innomnies	innommés
90	24	продажу	пропажу
100	6	право	права
103	25	куплей-продажи	куплей-продажею
123	14	договоровъ	договорахъ
128	1	Юстіянь	Юстиніанъ



Цѣна 1 руб.