Новицкая Анна Андреевна. Становление учения о контракте в римской юриспруденции: диссертация ... кандидата юридических наук: 12.00.01 / Новицкая Анна Андреевна;[Место защиты: Институт государства и права РАН www.igpran.ru].- Москва, 2014.- 302 с.

**Содержание к диссертации**

Введение

**Глава 1. Историко-правовой контекст формирования контракта в предклассический период римского права .55**

1. Pactum в свидетельствах республиканских юристов 55

1.1 Использование термина pactum Альфеном Варом 56

1.2. Пакт в свидетельствах Квинта Муция Сцеволы и Требация 60

2. Появление консенсуальных договоров в период между III и I вв. до н.э. 62

2.1. Становление консенсуальных договоров купли-продажи и найма в работах

Марка Порция Катона «De agricultura» и Марка Теренция Варрона «De re

rustica» 64

1) Работа Марка Порция Катона «De agricultura» 64

2) Купля-продажа в трактате Варрона «De re rustica» 76

3. Роль добросовестности (bona fides) в признании консенсуальных соглашений источниками обязательства 78

4. Первая систематика контрактов в учении Квинта Муция Сцеволы 88

Выводы 92

**Глава 2. Учение о контракте Лабеона . 97**

1. Тема 1-й книги комментария к эдикту Лабеона. 98

1.1. Рубрика эдикта городского претора, которой посвящен фрагмент D. 50.16.19. 99

2. Содержание фрагмента 103

2.1. Структура фрагмента 103

1) Понятие actum 106

2) Понятие gestum 110

3) Понятие contractum 111

3. Использование contractum в других фрагментах Лабеона 144

4. Учение о контракте Лабеона в свете проблем контрактной типичности. Иск agere praescriptis verbis 154

Выводы 187

**Глава 3. Становление контракта после Лабеона 191**

1. Восприятие учения Лабеона в прокулианской школе 191

2. Расхождения школ в понимании договора мены 198

3. Проблематика атипичных договоров и учение о контракте Аристона 203

3.1. Учение о контракте Аристона 203

1) Понятие res 205

2) Понятие causa 207

3) Понятие obligatio 211

4) Понятие synallagma 214

3.2. Сопоставление взглядов Аристона и Цельса 219

3.3. Взгляд Маврициана на защиту атипичных соглашений 222

4. Признание договора комиссии и кодификация эдикта Юлиана 227

4.1. Признание договора комиссии 227

4.2. Кодификация эдикта Юлиана 230

5. Систематика Гая 236

6 Утверждение соглашения в свидетельствах Ульпиана и Секста Педия 244

6.1. Система соглашений Ульпиана 244

6.2. Свидетельство Секста Педия 249

Выводы 258

Заключение 262

Список использованной литературы 2

**Введение к работе**

**Актуальность темы исследования.** Согласно п. 1 ст. 420 ГК РФ под договором понимается соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей. При этом договор как соглашение отождествляется с двусторонней или многосторонней сделкой, т.к. в силу п. 2 ст. 420 ГК к договорам применяются правила о двух- и многосторонних сделках. К обязательствам из договоров применяются в соответствии с п. 3 ст. 420 ГК РФ общие положения об обязательствах. Таким образом, договор, с одной стороны, является самостоятельным правовым институтом, с другой стороны, подчиняется положениям о двусторонних и многосторонних сделках и обязательствах.

Сложности вызывает и объем понятия договора с точки зрения его правового эффекта. Если сопоставить п. 1 ст. 420 ГК РФ, где говорится, что договор выступает источником гражданских прав и обязанностей, и п. 3 ст. 420 ГК РФ, в котором сказано о применении к обязательствам из договоров общих положений об обязательствах, складывается впечатление, что обязательство является лишь возможным правовым эффектом договора. Договор как источник гражданских прав и обязанностей является более широким понятием, чем договор - источник обязательства. Понимание договора как соглашения о гражданских правах и обязанностях вообще приводит к утрате им функции источника именно обязательственного правоотношения, что, в свою очередь, ставит под сомнение оценку обязательства как особой субъективной юридической ситуации, возникающей из договора.

Договор, таким образом, остается дискуссионным институтом гражданского права.

Современные теории договора сложились более века назад в доктрину консенсуализма, акцентирующую субъективно-волевую сторону соглашения как источника обязательства и правоотношения, и объективную теорию

договора, которая концентрируется на нормативных аспектах, определяющих фиксацию договорных типов.

Сегодня господствуют теории консенсуализма, которые сводят сущность договора к соглашению сторон. Принцип обязательной силы договора, являющийся результатом реализации максимы pacta sunt servanda, настолько укоренился в сознании юристов, что по справедливому возражению 3. Шлоссманна, одного из первых критиков теории договора, уже никто не требует его доказательств.

В то же время доктрины консенсуализма часто оказываются не способными решить многочие правовые проблемы, что ставит под сомнение их объяснительный потенциал.

Представим для примера лишь некоторые из проблем, с которыми они сталкиваются. Существующие в современной доктрине споры о том, что такое предмет договора, как предмет договора соотносится с объектом и т.д., вытекают из центральной роли договора и производного характера возникающего из него обязательства. Для римского права проблема объекта, или предмета контракта не имела существенного значения. В текстах римских юристов центральное место занимает обязательство по отношению к договору, как акту его установления. Конструкция договора, как описывает 3. Шлоссманн, предполагает схему «субъект - глагол - объект» и не свойственна античному мышлению, не абсолютизирующему субъектно-объектные связи. При понимании контракта как подчиненного по отношению к обязательству явления проблема объекта договора снималась.

Другая проблема, уже обозначенная выше, кроется в подмене понятия договора понятием сделки. Возникает вопрос, насколько необходим договор, если сделкой уже охватываются все правовые инструменты, направленные на установление, изменение и прекращение гражданских прав и обязанностей.

Одной из ценностей современного права является принцип свободы договора. Акцент на нормативном значении соглашения должен ставить под сомнение значение типа договора или типа обязательства из договора. Но

свобода договора на деле часто оказывается декларативной и не умаляет значения договорных типов в гражданском обороте.

Доктрины договора, построенные на консенсуализме, испытывают затруднения и в связи с проблематикой существенно изменившихся обстоятельств после заключения договора. Вначале 20-го в. она вновь вызвала к жизни дискуссии о понятии договора. Влияние изменившихся обстоятельств на юридическую силу и содержание договора ставит под вопрос нормативность соглашения сторон (В доктрине эта проблематика получила наименование clausula rebus sic stantibus). В связи с этим в современных договорных доктринах, основанных на консенсуализме, разрабатываются концепции об объективном содержании договора, независимом от соглашения сторон (в Германии эта теория получает наименование Geschaftsgrundlage, в итальянской доктрине проблематика разрешается через конструкт causa).

Наконец, доктрины консенсуализма обсуждаются в рамках дискуссии о фактических договорных отношениях, также получившей развитие в XX в. прежде всего в немецкой и австрийской цивилистике.

Названные и многие другие проблемы договорных теорий консенсуализма заставляют юристов и сегодня искать сущность договора, разрабатывать новые договорные теории. В последние годы наблюдается тенденция выстраивать теории договора с привлечением экономических, политике-правовых аргументов и т.д., что, по верному замечанию Дж. Гордли, является проявлением кризиса юриспруденции, которая оказывается неспособной создать теорию договора на основе собственных ресурсов и понятийного инструментария.

Дискуссии о природе договора, характерные для актуальной цивилистики, получили сильный отклик в современной романистике. Проблематика развития договора в римском праве составляет объект исследования ведущих европейских романистов в последнее столетие. В условиях догматического кризиса современных концепций договора обращение к концепции контракта,

выработанной в классическом римском праве, способно вывести европейскую правовую науку из лабиринта сомнительных договорных теорий.

**Степень разработанности темы.** В классической римской юриспруденции существовали разные подходы к пониманию сущности контракта1. Главным достижением правовой мысли применительно к опыту римского права является учение о контракте Марка Антистия Лабеона, выдающегося юриста конца І в до н.э. - начала І в н.э. Под контрактом он понимал взаимное обязательство (ultro citroque obligatio) (D. 50.16.19). Развитие учения Лабеона в рамках основанной им прокулианской школы хорошо прослеживается по источникам. В то же время это учение не получило признания в сабинианской школе, верной более древним формалистическим подходам. Так, из систематики контрактов сабинианца Гая, воспринятой в современной правовой догматике, мы узнаем, что юрист подчеркивает в контракте инструментальное значение источника обязательства. Контракты юрист классифицирует по способу установления на их основе обязательства на реальные, вербальные, литеральные и консенсуальные (Gai Inst. 3. 89), воспроизводя восходящую к республиканской эпохе и воспринятую сабинианцами систематику Квинта Муция Сцеволы (D. 46.3.80).

В классической юриспруденции были выработаны и иные подходы к пониманию контракта. Осмысление сущности контракта прослеживается в конце I в. н.э. в учении Секста Педия, возведшего соглашение (consensus) на уровень концептуальной основы и условия действительности контракта (D. 2.14.1.3), и Аристона (D. 2.14.7.2), рассматривавшего в качестве сущности контракта его правовое основание - causa. Разные подходы к пониманию сущности контракта стали основой системы соглашений, выстроенной в конце II - начале III в. н.э. Домицием Ульпианом. Для Ульпиана, рассматривавшего контракт как разновидность соглашений по праву народов, сущностью контракта выступало соглашение, с одной стороны, а с другой -

Далее по тексту мы будем использовать понятия контракт и договор как синонимы.

типизированное содержание и защита на основе признанных исков (nomen contractus) (D. 2.14.7.pr.-l).

Осмысление названных концепций контракта, предложенных римскими юристами, стало предметом пристального внимания отечественной и западной романистики в последнее столетие.

Вопросам становления института контракта в римском праве в отечественной науке посвящены учебные курсы, научные статьи и монографии.

Изложение проблематики развития контракта в римском праве определяется в учебной литературе спецификой двух курсов - по догме и по истории римского права. Каждый из них организует логику анализа становления контракта в римском праве.

В то же время и для институционных курсов римского права, и для курсов по истории характерно использование систематики Ульпиана (D. 2.14.7. рг. - 2) и Гая (Gai Inst. Ill, 89-92) в качестве основы изложения контрактной проблематики. К числу таких учебных курсов относятся учебники Д. В. Дождева, Р.А. Сафарова, В. А. Тархова, А. В. Зайкова, В. М. Строгецкого, М. Н. Прудникова. Из работ советского и дореволюционного периодов на основе концепций Ульпиана и Гая изложение римской контрактной системы строят И. Б. Новицкий и И. С. Перетерский, Д. Д. Гримм, С. Пассек, Рождественский, В. М. Хвостов, С. Ефимов, С. И. Муромцев и др.

В отечественной литературе представлены и отдельные монографии по проблематике контракта в римском праве. Раскрытие отдельных аспектов проблематики контракта представлено в работах прежде всего Л. Л. Кофанова, М. А. Горбунова, Д. Ю. Полдникова и др.. Статьи по проблематике контракта опубликованы Д. В. Дождевым, С. Ю. Седаковым, В. И. Мажугой, Д. Ю. Полдниковым и многими другими.

Тем не менее, отечественные авторы лишь обзорно рассматривают многие аспекты института контракта, часто не идентифицируют правовые проблемы, связанные с историческим развитием контракта. Многие вопросы освещаются ими без учета научных дискуссий в западной романистике.

Распространение договорных доктрин консенсуализма в конце XIX в. привело к усилению в западной романистике дискуссии о сущности римско-правового понимания контракта. Попытки оправдать консенсуализм с привлечением исторической традиции привели к тому, что в романистике под влиянием И. Партша и С. Риккобоно получила признание доктрина, согласно которой римские юристы понимали под контрактом соглашение (consensus или conventio), или согласование воль (voluntas). Вопреки такой радикально консенсуалистской реконструкции А. Пернис предложил концепцию, которая отказывала в какой-либо роли соглашению и абсолютизировала значение правовой нормы, смещая акцент в понимании договора с идеи соглашения на нормативное типизированное содержание обязательства как определяющее характер такого соглашения. Умеренно объективная теория, согласно которой роль соглашения при заключении договора не исключалась, но его сущность тем не менее определялась объективным моментом - способностью стать источником обязательства - была высказана главным образом Э. Бэтти, а также, например, П. Кошакером. Подходы к пониманию контракта, разработанные в период усиленной интерполяционной критики римских источников, часто приводили к тому, что исследователи прибегали к манипуляциям с римскими правовыми текстами, искажая их ради оправдания собственных гипотез. Новый подход к осмыслению истории контракта в римском праве стал возможен во второй половине XX в. после отказа от метода интерполяционной критики источников, благодаря чему мы сегодня можем по-новому взглянуть на развитие института контракта в римском праве. Тем не менее, три названных подхода (консенсуалистский, объективный и умеренно объективный) до сих пор определяют параметры дискуссии о сущности института контракта в римском праве.

Традиционно исследователи возводят появление контракта к предклассическому периоду римского права, в котором появляется эмпирический и концептуальный материал, ставший основой творческого

осмысления для классических римских юристов и прежде всего Марка Антистия Лабеона.

Преувеличенное значение консенсуализма в современной правовой догматике получило отклик в оценке становления контракта в предклассический период как процесса утверждения роли соглашения в свободной форме в качестве источника обязательства, укрепления частной автономии, освобождения от сделочного формализма. К данным вопросам обращаются, К. Феррини, С. Риккобоно, П. Бонфанте, Ф. Галло, Б. Бискотти, А. Магдлэн, Г. Г. Арки, Б. Альбанезе, 3. Вег, Р. Майер-Притцл, А. Бурдезе, Ф. Штурм, Л. Лабруна, А. Д. Манфредини, М. Амбер, О, Берендс, Дж. Никосия, Дж. Пульезе, А. Корбино, Мак Кормак, Ф. Галло, К. Кашоне, и др.

Особое внимание при этом Дж. Гроссо, С. Э. Вуннер, А. Скьявоне, Дж. Меллило, ряд других исследователей уделяют правовой терминологии.

В иной перспективе - через анализ становления договорных типов -становление контракта в предклассический период рассматривают М. Таламанка, Э. Бэтти, С. Перроцци, Л. Амиранте, Дж. Пульезе, У. Бразиелло, П. Вочи, Р. Фьори, М. Сардженти, В. Аранджио-Руиц, Л. Гальярди. Осмыслению нормативной основы признания консенсуальных контрактов в республиканский период в качестве источника обязательства в особом судебном процессе по доброй совести (iudicia bonae fidei) посвящены исследования А. Перниса, М. Влассака, Э. Бетти, В. Аранджио-Руица, Ф. Виакера, М. Казера, Л. Ломбарди, А. Каркатеры, Б. Шмидлина, Дж. Броджини, Э. Столфи.

Синаллагматическую зависимость как особую характеристику взаимных обязательств из контракта в работах римских антикваров Марка Порция Катона и Марка Теренция Варрона до появления учения Лабеона анализируют А. Бехманн, У. фон Любтов, В. Аранджио-Руиц, X. П. Бенёр, А. Чендерелли, М. Таламанка, Р. Фьори, Р. Кардилли и др.

К оценке роли пакта (pactum) в текстах республиканских юристов обращаются Р. Кнютель, Б. Бискотти, Ф. С. Мейссель, О. Берендс, Б. Альбанезе, Ф. Штурм, Ф. Галло, Р. Фьори, М. Амбер. Противоречивые интерпретации

порождает значение пакта в высказывании Квинта Муция Сцеволы (D. 50. 17. 73. 4), где этот термин поставлен в ряду формальных сделок как правовой акт, в отношении которого действует запрет устанавливать обязательство в пользу третьего лица. К интерпретации текста обращаются О. Берендс, А. Бурдезе, А. Скьявоне, М. Таламанка, Ф. Галло и многие другие ученые.

Первую систематику контрактных источников обязательства в понимании Квинта Муция Сцеволы (D. 50.17.73.4), к которой восходит систематика Гая, детально обсуждают Ф. Виакер, М. Сардженти, Б. Альбанезе, Р. Фьори.

Главные научные дискуссии романистов сосредоточены вокруг учения о контракте Лабеона во фрагменте D. 50.16.19. К реконструкции рубрики эдикта, из которой взят данный фрагмент, обращаются О. Ленель, Б. Альбанезе, Р. Санторо, М. Бретоне, Э. Бэтти, А. Скьявоне, К. А. Канната, Ф. Барейро, Дж. Финацци. Интерполяционная реконструкция текста D. 50.16.19 стала предметом исследований О. Граденвитца, И. Партша, Г. Ф. фон Безелера, Б. Бьонди, Ф. Галло, С. Э. Вуннера, и др. Толковать текст, игнорируя интерполяции, предлагают более современные романисты Б. Альбанезе, Дж. Меллило, К. А. Канната, Р. Фьори и другие современные романисты.

К анализу систематики понятий actum, gestum, contractum в учении Лабеона (D. 50.1.6.19) обращаются среди прочих М. Таламанка, Б. Альбанезе, Р. Мартини. Детальный анализ учения Лабеона о контракте проводят А. Пернис, А. Бехманн, Й. Партш, Г. Ф. фон Безелер, Э. Бэтти, Ф. Виакер, X. П. Бенёр, Р. Санторо, Ф. Галло, К. А. Канната, В. Флуме, Э. Шандрелло, П. Грёшлер, Б. Альбанезе, П. Вочи, С. Э. Вуннер, А. Бурдезе, Ф. Хорак, А. Скьявоне, А. Бискарди, Дж. Гроссо, К. Пеллозо, А. Маффи, М. Сардженти, Б. Бискотти, Р. Фьори и др.

Целям исследования соответствует анализ учения о взаимном контракте Лабеона в сравнении с современными доктринами о возмездном договоре. Такой сравнительный анализ позволяет установить, как отличается логика римского юриста от той, которой руководствуется современная правовая догматика при объяснении синаллагматической взаимозависимости

обязанностей. Из современных теорий были проанализированы теории о синаллагматическом договоре X. Хоенигера, В. ван ден Даеле, К. Ларенца, В. Шмидта-Римплера, У. Клинке и др.

Квалификация договора товарищества как синаллагматического в учении о контракте Лабеона и дальнейшей правовой традиции стала предметом историко-правовых и догматических исследований таких авторов, как С. Вьяро, Ф.Виакер, В. Аранджио-Руиц, Ф. С. Майселл, Й. Д. Харке, Р. Мюллер и т.д.

Недостаточно исследована проблематика восприятия учения Лабеона в классический период римской юриспруденции. Отказываются видеть прямое влияние Лабеона такие исследователи, как Р. Циммерманн, М. Казер, Т. Майер-Мали, В. Зельб и X. Хонссель. В то же время разные подходы прокулианской и сабинианской школ к пониманию контракта представляют собой принятие и соответственно отказ от учения Лабеона. Важнейшим проявлением расхождения прокулианцев и сабинианцев по договорной проблематике стал спор вокруг квалификации договора мены как самостоятельного типа или разновидности купли-продажи. К этому вопросу обращаются Э. Дирксен, А. Пернис, Э. Бэтти, Дж. Романо, В. Аранджио-Руиц, Ф. Хорак, Б. Шмидлин, О. Берендс, А. Скьявоне, А. Скакетти, П. Штайн, Д. Либс, А. Маски, Ф. Галло, Г. Гальярди, А. Бурдезе, М. Сардженти, Э. Шандрелло, К. Крампе, С. А. Кристальди и др.

Центральное место в обсуждении восприятия концепции Лабеона последующими поколениями юристов занимает учение Аристона о правовом основании (causa), ставшее предметом исследований, Р. Сотти, А. Э. В. Жиффара, А. Скьявоне, Ф. Галло, Б. Бьонди, Л. Лантеллы, К. А. Каннаты, А. Бурдезе, Э. Шандрелло, М. Артнера, А. Мантелло, Дж. Меллило, А. Бурдезе, М. Таламанки, Т. Далла Массары, К. Пеллозо, П. Грёшлера, П. Ониды и др.

Процесс типизации договора комиссии и приобретение иском actio praescriptis verbis характера абстрактного договорного иска, а также его применение в качестве actio utilis для атипичных соглашений изучается в

работах Л. Ломбарди, Э Шандрелло, А. Кастресаны, М. Артнера, Л. Вакки, Э. Бунда, А. Штайнвертера, П. Грёшлера, Л. Зханга, К. Крампе и т.д.

Корреспондирует проблематике распространения пакта в предклассический период обсуждение утверждения простого соглашения в позднем классическом договорном праве в работах П. Черами, П. Майера-Притцла, Дж. Романо, 3. Вега, А. Мантелло, Т. далла Массара, Б. Бискотти, А. Бурдезе, Ф. Галло, А., Л. Гарофало, К. Джаки, С. Риккобоно, Дж. Романо, Дж. Гроссо, Э. Бунда.

Двухчастную схему источников обязательства у Гая, а также представленную в его «Институциях» систематику контрактов анализирует в самостоятельных исследованиях Э. Бэтти, Г. Дулькгайт, М. Лаурия, Ф. Виакер, М. Казер, У. фон Любтов и др.

Исследования названных авторов образуют догматическую матрицу, определившую цель исследования и его задачи.

**Цель и задачи исследования.** Цель исследования - провести реконструкцию становления института контракта в римском праве и оценить роль учения о контракте Лабеона. Задачи исследования состоят в том, чтобы 1) воссоздать основные вехи становления института контракта в предклассический период римского права; 2) провести детальный анализ учения о контракте Лабеона; 3) проследить основные тенденции в развитии понимания контракта после Лабеона, а также влияние его учения на концепции юристов поздней классики.

В центре нашего внимания находится учение о контракте Лабеона. Оно организует и выстраивает логику работы. Так, отмеченная среди задач исследования реконструкция контракта в предклассический период римского права задана необходимостью установления контекста, определившего концепцию Лабеона. Подобным же образом поиск следов доктринального диалога между Лабеоном и юристами последующих поколений определяет исследование тенденций в развитии института контракта в период поздней классики.

**Объект исследования** охватывает правовое наследие римской юриспруденции. **Предметом исследования** являются концепции контракта, разработанные в римской юриспруденции предклассического и классического периодов.

**Структура работы.** Работа состоит из введения, трех глав, заключения и списка литературы. Первая глава посвящена реконструкции становления института контракта в предклассический период римского права. Вторая глава содержит детальный анализ учения о контракте Лабеона, его применения в договорной практике, а также исследует роль иска agere praescriptis verbis для решения проблем контрактной типичности. В третьей главе исследуется становление контракта в период после Лебеона и восприятие его учения следующими поколениями римских юристов.

**Источники** исследования можно систематизировать в соответствии с его структурой. Для первой главы исследования большую роль сыграли литературные источники: работы Цицерона, сельскохозяйственные трактаты Марка Порция Катона и Теренция Варрона. Основной материал для исследования во второй и третьей главах дают тексты из Corpus iuris civilis. Наряду с ними мы обращались к эпиграфическим источникам, в частности, к Помпеянской табличке (Tab. Pomp. VII), датируемой 52 г. до н.э. Кроме того, для реконструкции иска agere praescriptis verbis во второй главе мы обращались к византийскому праву - Схолиям Стефана, включавшие Индекс к Дигестам (В. 11.1.7).

**Хронологические рамки исследования** заданы его целями и задачами. Реконструкция историко-правового контекста учения о контракте Лабеона охватывает предклассический (367 г. до н.э. - 17 г. н.э.) период римского права. Концепция Лабеона и восприятие его учения обнимаются классическим периодом римского права (17 г. до н.э. — 235 г. н.э.), начиная с периода Принципата, когда жил и творил Лабеон и заканчивая поздней классикой, когда Ульпиан представляет систему соглашений (D. 2.14.7.рг.-2). В работе мы используем традиционную для романистики периодизацию (на архаический,

предклассический, классический, постклассический и юстиниановский периоды), иногда комбинируя ее с периодизацией с акцентом на форме правления (период республики, принципат и т.д.)

**Методология исследования.** В современной романистике господствуют два методологических подхода к изучению римского права: аппликативный и контемплативный. Первый акцентирует значение римского права для понимания современного права, и в то же время использует инструментарий современной правовой догматики для его анализа. Второй рассматривает историю права как самоценное явление и направлен на освобождение исследований в данной области от задач легитимации современных правовых институтов. Он соответственно предполагает отказ от анализа древних правовых систем с использованием инструментария и мировоззрения, актуальных исследователю. Значительное число немецких цивилистов и романистов, такие как В. Флуме, Т. Майер-Мали, Р. Кнютель, X. Коинг и Р. Циммерманн обращаются к римскому праву для осмысления проблем современного гражданского права. Такой подход, как представляется, задан традицией, восходящей к пандектистике. Среди итальянских романистов к адептам апликативного подхода безусловно относятся Р. Фьори, Р. Кардилли, Л. Лантелла и многие другие. Среди сторонников контемплативного подхода следует назвать выдающихся романистов современности Ф. Виакера, который выступил против «околдовывания» истории права правовой догматикой, а также М. Казера и М. Таламанку. В процессе исследования мы пришли к выводу, что основным критерием для оценки применимости каждого из этих подходов (апликативного или контемплативного) является его эвристический потенциал.

В основе использованных при написании работы приемов анализа источников лежит юридическая экзегеза и ее разновидности: мы обращались к лингвистическому, систематическому, логическому и историческому методам толкования.

**Научная новизна исследования.** На основе анализа источников, а также детального исследования литературы, последовательной критики и обобщения выдвигаемых в ней подходов, была предложена новая реконструкция становления контракта в римском праве.

**Основные положения, выносимые на защиту**

1. В предклассический период римского права происходит осмысление объективной структуры контракта, проявляющейся во взаимности возникающих из него обязательств, а также утверждение принципа добросовестности как нормативной основы признания консенсуальных соглашений источником обязательства. Понимание данных концепций, определяющих контракт, хотя и отражено в практике светской каутелярной юриспруденции II в. до н.э. и консультационной деятельности юристов I в. до н.э., но еще не получает теоретической проработки в трудах первых систематизаторов правового знания.
2. Первым юристом, разработавшим самостоятельное учение о контракте, был Марк Антистий Лабеон (I. в. до н.э. - I в. н.э.). На основе правовых концепций, определяющих институты договора в предклассический период, Лабеон разрабатывает систему обязательственных актов, выделяя правовое событие (gestum), правовой акт (actum) и контракт (contractum).
3. Контракт Лабеон определяет как взаимное обязательство. Юрист идентифицирует взаимность обязательства на стадии установления обязательства, т.е. на генетическом уровне, и на стадии исполнения обязательства, т.е. на функциональном уровне. Взаимность обязательства в понимании Лабеона не исчерпывается в обмене предоставлениями. Это подтверждается признанием товарищества контрактом, хотя в нем и не артикулирована идея обмена. Разработав учение о контракте, Лабеон одновременно трансформирует понятие обязательства: обязательство уже не воспринимается им как правовой акт, а приобретает значение обязательственного правоотношения.
4. Нормативной основой контракта выступает для Лабеона принцип добросовестности (bona fides), определяющий синаллагматическую структуру возникающего из него обязательства.
5. Учение о контракте Лабеона носит нормативный характер. Юрист использовал его для решения проблем договорной практики. Через квалификацию атипичных соглашений в качестве контракта и на основании особой композиции исковой формулы (agere praescriptis verbis) юрист обеспечивает исковой защитой также и атипичные взаимные сделки.
6. Концепция Лабеона была воспринята последующими поколениями юристов, что проявилось в признании мены самостоятельным контрактом прокулианцами, включении иска actio praescriptis verbis в вечный эдикт Юлиана и его применении для защиты атипичных соглашений, а также в осмыслении концепции Лабеона в учениях Аристона и Секста Педия.
7. В известной систематике Гая, развивающей подход к пониманию контракта, восходящий к Квинту Муцию Сцеволе, прослеживается в то же время отказ от учения Лабеона и обращение к консенсуализму Секста Педия.
8. В отличие от Лабеона, видевшего сущность контракта во взаимности обязательства, Аристон акцентирует функциональный аспект контракта, называя его признаком правовое основание (causa), структурно реализуемое во взаимности обязанностей и (или) встречности предоставлений.

**Теоретическая и практическая значимость исследования.** Результаты исследования могут быть использованы для дальнейшей теоретической доработки и опубликования монографии. Диссертация может пригодиться в научной и преподавательской деятельности, а также оказаться полезной и практикующим юристам, интересующимся историей права.

**Апробация результатов исследования.** По отдельным проблемам работы были сделаны научные доклады в Институте римского права и новейшей правовой истории Университета г. Кельн: «Учение о контракте Лабеона» (февраль 2012 г.) и «Agere praescriptis verbis и преодоление проблем договорной типичности» (май 2012 г.). По результатам каждого из докладов состоялась

дискуссия с проф. Мартином Авенариусом и докторантами Института. Кроме того, по теме диссертации был сделан доклад на немецком языке на научной конференции «Молодые романисты» на тему «Понятие синаллагматического договора в учениях Лабеона и Аристона» в г. Инсбрук (Австрия) 10 мая 2013 г. Проблематика диссертации была обсуждена также в рамках зимней школы для романистов CEDANT в г. Павия в январе 2013 г. По результатам дискуссий была подготовлен письменный доклад на итальянском языке для обсуждения 2-5 сентября 2013 г. в г. Павия (Италия). В июне 2013 г. работа была обсуждена на заседании Сектора истории государства и права, политических учений Института государства и права РАН.

## Пакт в свидетельствах Квинта Муция Сцеволы и Требация

Амбициозную цель – провести диахронный анализ римского и современного российского гражданского права – ставит в своем учебнике «Древнеримское частное право и современное российское гражданское право» Яковлев В. Н43. Очевидно, что цель автором не достигнута. Так, он ошибочно полагает, что договором римские юристы называли согласованное волеизъявление двух или более лиц о каком-либо правоотношении, которое должно состояться между ними. По неясным причинам, не опираясь на источники, автор полагает, что римские юристы признавали договор совершенным, когда стороны (контрагенты) надлежащим способом выразили свое согласие по всем существенным пунктам сделки.

В отечественной литературе представлены и самостоятельные монографии по проблематике контракта в римском праве. В своей книге «Система римского обязательственного права I –III веков н.э.» М. А. Горбунов выдвигает ничем не подкрепленный тезис о том, что разработка правовой конструкции контракта связана с развитием stipulatio: «Первоначально, как известно, стипуляция понималась как такая сделка, которая требует формального соответствия вопроса и ответа. С течением времени стипуляция начинает мыслиться как содержательное соответствие вопроса и ответа, но не как механическое совпадение слов сторон, но как совпадение их воли и подлинных намерений»44. Любому романисту известно, что проблематика признания роли соглашения и causa в стипуляции является лишь аспектом становления института контракта в римском праве и не исчерпывает развитие данного института45. Далее . исследователь приписывает учение о контракте во фрагменте D. 50.16.19 Ульпиану, а не Лабеону46. Такой вывод ничем не подкреплен и противоречит общепризнанному толкованию, согласно которому автором текста в D. 50.16.19 является именно Лабеон.

Исследователь не оставляет без внимания и тематику непоименованных договоров в римском праве. Он ошибочно полагает, что характеристика таких контрактов как «непоименованных» всего лишь указывает на отсутствие имени. В действительности понятие nomen contractus имело концептуальное значение, т.к. указывает на рубрику эдикта, защищающую конкретный вид договора. Ошибку М.А. Горбунов допускает также, когда приписывает введение иска actio praescriptis verbis юристу II в. н.э. Аристону. Известно, что первые прямые упоминания искового средства agere praescriptis verbis связаны в текстах с Лабеоном, а закрепление actio praescriptis verbis в эдикте – с именем Юлиана, который провел кодификацию эдикта и придал actio praescriptis verbis статус типичного иска. Наконец, не меньше вопросов вызывает попытка автора выделить два вида исков для защиты безымянных договоров – кондикции и договорного иска. Кондикционный иск имел условием отсутствие договора и был направлен на возврат того, что было дано. Предоставление кондикционного иска для безымянных договоров со стороны отдельных римских юристов свидетельствует о том, что они не идентифицировали договорную природу в меновых безымянных сделках, и санкцией за неисполнение встречного обязательства вторым контрагентом видели возврат того, что тот получил от первого.

К числу специальных монографий по проблематике договора в римском праве относится и работа Г. М. Погореловой47. Так, уже начало главы 2 «Источники древнеримского обязательственного права» вызывает вопросы. Автор приводит знаменитое определение обязательства (obligatio est iuris

Далее исследовательница отмечает, что в определении обязательства содержится прообраз понятия «контракт», не учитывая, однако, что Институции Юстиниана датированы серединой 6-го в. н. э., а понятие контракт впервые Лабеон сформулировал уже в I в. н.э. Желание читать работу Погореловой окончательно угасает после следующих слов: «Консенсуальные договоры стали заключаться при сделках по купле-продаже, найму рабочей силы, аренде земли. Договор купли-продажи из реального, каким он был в царский период, превратился в консенсуальный. Обряд манципации утратил свое значение, а ответственность сторон стала наступать при заключении договоров подобного рода. Это означает, что в Древнем Риме уже могли заключаться сделки, которые мы называем фьючерсными (курсив мой – А.Н.)»49. Вопросы вызывает как сравнение договора в римском праве с фьючерсными сделками, так и констатация, что договор купли-продажи был реальным в царский период, о котором у нас нет источников. Исследовательница пытается разработать общую теорию договора в подразделе 2.1.3.1. «Классическая теория договора», воспроизводя при этом теорию сделки. Она обращается к так называемой reliance-based theory, понимая под последней теорию доверия (Vertrauenstheorie), которую среди современных западноевропейских теоретиков разрабытывал Ф. Быдлински50. В целом связь между теорией доверия и пониманием контракта в римском праве остается не слишком понятной и обоснованной.

В монографии «Обязательственное право в архаическом Риме (VI – IV вв. до н.э.): » Л. Л. Кофанов, среди прочего, обращается к анализу работы Катона «О сельском хозяйстве», которая исследуется и в настоящем исследовании. В ней представлена проблематика осмысления синаллагматической структуры контракта. Автор разбирает тексты Катона в контексте распространения сделки nexum в предклассический период и приходит к выводу, что nexum регулировала также чисто обязательственные, договорные отношения, включая аренду и куплю-продажу51. Однако из текста 150, который пристально анализирует исследователь, связь купли-продажи и аренды (Cato De agr. 150) с nexum напрямую проследить не удается. Катон в данном фрагменте говорит именно о консенсуальном договоре. На это указывает как терминология фрагмента, где нет ни малейшего упоминания о nexum, так и обращение к понятию добросовестного мужа (bonus vir) как особого проявления добросовестности как принципа, характеризующего структуру именно консенсуальных договоров.

## Первая систематика контрактов в учении Квинта Муция Сцеволы

В качестве источника обязательства пакт рассматривает Квинт Муций Сцевола, великий понтифик (pantifex maximus) и выдающийся юрист середины II в. до н.э.345 (D. 50. 17. 73. 4): Nec paciscendo nec legem dicendo Нельзя устанавливать обязательство в nec stipulando quisquam alteri cavere пользу третьих лиц ни при заключении potest. пакта, ни в виде оговорки при заключении торжественного акта посредством меди и весов, ни при заключении стипуляции. По мнению О. Берендса, в основе запрета установления обязательства в пользу третьего лица лежит идея имущественного интереса, согласно которой кредитор заинтересован лишь в собственном обогащении, что исключает создание правовых последствий для третьих лиц. Из фрагмента следует, что наряду с lex dictum и stipulatio запрет устанавливать обязательства в пользу третьих лиц распространяется и на pactum. Таламанка отмечает, что понятие пакт является чужеродным явлением в представленном перечне, а потому интерполяцией346. Поскольку пакт не был источником обязательства, на него не распространялся, по мнению ученого, соответствующий запрет. В ответ на оценку М. Таламанки можно выдвинуть возражение, что до появления понятия «контракт» пакт мог бы выступать в роли источника обязательства. Берендс предположил, что pacisci не является интерполяцией при условии, что этот глагол использован в значении заключения мировой сделки, как в законах XII

Сходного взгляда придерживается А. Бурдезе, предположивший, что запрет обязательства в пользу третьих лиц действует не только для ритуальных сделок по установлению обязательства, но и для пакта в значении мировой сделки348. За такое толкование называнные ученые пытаются ухватиться, чтобы согласовать значение пакта с мировой сделкой в традиции законов XII таблиц. Запрет обязательства в отношении третьего лица относится к стадии установления обязательства. Пакт же в значении мирового соглашения распространяется на стадию прекращения правовых последствий. В таком значении он не согласуется с общей концепцией фрагмента. Запрет Квинтом Муцием Сцеволой устанавливать обязательство в пользу третьего лица в отношении pacisci, lex dicere (понятия, охватывающее торжественную сделку), stipulari предполагает, что три названных правовых акта в силу того, что обязательство является институтом ius civile, также являются институтами ius civile. Галло предположил, что pacisci выступает для Квинта Муция Сцеволы надинститутом, т.е. правовым понятием, охватывающим широкую сферу значений, в том числе договор, и включает все возможные источники возникновения обязательства, а потому находится рядом с legem dicere и stipulari349. Порочность такого в целом верного толкования в том, что оно ставит под сомнение необходимость перечисления наряду с пактом lex dictum и stipulatio. Если пакт был надинститутом и охватывал разные формы сделок, в том числе названные во фрагменте, то отпадает необходимость их перечисления. Учитывая, что Квинт Муций, как и Алфен Вар уже идентифицирует консенсуальные договоры, вероятно, что термин пакт в разбираемом фрагменте выражает консенсуальный контракт.

В то же время традиция понимания пакта как мировой сделки сохраняется в республиканской юриспруденции, о чем говорит текст Гая Требация Тесты, учителя Марка Антистия Лабеона (D. 2.14.10.2): 347 Behrends O. berlegungen zum Vertrag zugunsten Dritter im rmischen Recht. S. 855, 863. 348 Burdese A. Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto in diritto romano. P. 50. 349 Gallo F. Synallagma e conventio nel contratto. T.1. P. 38-40. Ulpianus 4 ad ed. Ульпиан, 4-я книга комментария к эдикту … ut puta si procurator meus …к примеру, если мой прокуратор paciscatur, exceptio doli mihi заключит соглашение, то мне поможет proderit, ut Trebatio videtur, qui возражение о злом умысле, как это верно putat, sicuti pactum procuratoris полагает Требаций, который считает, что mihi nocet, ita et prodesse поскольку мне может повредить пакт, постольку эксцепция может мне помочь. Фактический состав спора, о котором Ульпиан приводит суждение Требация, доподлинно неизвестен. В тексте условно разбирается ситуация, когда заключение мирового соглашения было произведено поверенным по злому умыслу. Требаций говорит, что хотя мировое соглашение и прекратило требование доверителя по некоторому обязательству, в его распоряжении остается исковое возражение о злом умысле (exceptio doli), которое отменяет действие мировой сделки.

. Появление консенсуальных договоров в период между III и I вв. до н.э. В социальной практике республиканского периода в качестве самостоятельных правовых фигур утверждаются консенсуальные контракты. Их отличало наличие особого правового основания, формирующего их договорный тип и совпадающего с их наименованием350, синаллагматическая структура возникающего из них обязательства и особая процессуальная защита в судебном процессе по доброй совести (iudicia bonae fidei).

## Использование contractum в других фрагментах Лабеона

Первой из трактовок придерживается М. Таламанка. По его мнению, Лабеон ссылался на параллельную форму взаимных договоров в греческом праве. При этом отсутствие источников, подтверждающих существование синаллагматических контрактов в греческом праве, как считает ученый, не является доказательством того, что параллельная правовая форма в греческом праве не существовала564. Со сходным толкованием недавно выступил П. Грёшлер565. Верным представляется направленное против теорий о рецепции греческого права замечание А. Бискарди, указавшего, что Лабеон не мог ссылаться на греческую концепцию взаимного договора, поскольку в греческом праве отсутствовал институт обязательства как таковой566. Всякая юридическая сделка была для греков актом, направленным на распоряжение, фактический перенос собственности другому лицу.

Толкования об использовании Лабеоном греческого термина из обыденной лексики для объяснения римской концепции договора придерживаются Ф. Галло567, М. Сардженти568, Х.П. Бенёр569. Термин «синаллагма» имел широкую гамму значений и мог обозначать «сделку», «соглашение», «контракт», «согласие», но также «отношение, возникающее из соглашения». Лабеон для прояснения значения термина «контракт» сузил значение греческого термина до идеи взаимности обязательства, придав греческому термину новое технико-юридическое значение взаимности обязательств. С трактовкой о воплощении в синаллагме идеи соглашения выступили, например, Й. Партш570 и Р. Санторо571. Последний отмечает, что термин «синаллагма» в греческом языке претерпел семантическую эволюцию, в результате чего приобрел значение «соглашение». Й. Партш и Р. Санторо в обоснование своего подхода обращаются к тексту Базилик (Bas., 2, 2, 17). В нем цитируется фрагмент D. 50, 16, 19 и приводится определение контракта: «...contractum autem ex utraque parte obligationem, quam Graeci synallagma vocant...»572 («…контракт же – это обязательство каждой из сторон, что греки называют синаллагмой…»). В отличие от текста Дигест, контракт отождествляется в греческом тексте с двусторонней сделкой, или соглашением, а «синаллагма» означает скорее «соглашение». С критикой такой аргументации выступил А. Бискарди, отметивший, что в Базиликах, в отличие от текста Дигест, фрагмент D. 50, 16, 19 умышленно передается неточно, и «синаллагма» переводится как «communi consensu contrahere», чтобы восстановить гармонию с четырехчастным делением Гая, который говорит о консенсуальных, но не о взаимных договорах. С этой целью содержание фрагмента D. 50, 16, 19 было переработано греческими авторами. К этому следует добавить аргумент, вытекающий из буквального толкования текста. Как верно отмечают К.А. Канната573 и Ф. Галло574, выражение «quod Graeci synallagma vocant» стоит после слов «ultro citroque obligatio», а не «contractum». Значит, оно разъясняет «ultro citroque obligatio», а не «contractum».

Наконец, последняя гипотеза исходит из того, что синаллагма у Лабеона является ссылкой на учение о взаимном обмене, сформулированное в 5-й книге «Никомаховой этики» Аристотеля. А. Маффи оценивает учение о синаллагме Аристотеля как генеральную теорию обмена, повлиявшую также на развитие римской правовой мысли19. К числу ученых, видящих в синаллагме Лабеона след учения Аристотеля, относятся, например, А. Скьявоне575, А. Бискарди576. При этом Бискарди добавляет, что выражение «quod Graeci synallagma vocant», возможно, сокращено составителями Дигест и изначально оно выглядело следующим образом: «quod Graeci quidam duce Aristotele synallagma vocant» («то, что греки вслед за Аристотелем называют синаллагмой»)577. С критикой идеи рецепции выступил К. Пеллозо. Исследователь отмечает, что Аристотель говорит о синаллагме как о добровольном обмене, проявляющемся на уровне договора во взаимности предоставлений. Для Лабеона, как следует из приведенных им примеров контракта (купли-продажи, найма и товарищества), прототипом синаллагмы являлись консенсуальные договоры с взаимным характером возникающих обязательств, а не предоставлений578. Если бы Лабеон говорил о синаллагме в значении добровольного обмена Аристотеля, то он отнес бы реальные договоры с меновой структурой также к категории синаллагматического контракта. Но, как видно из фрагмента, реальные сделки охватываются в его понимании понятием «actum». С критикой взгляда о прямой рецепции Лабеоном учения Аристотеля выступил также Дж. Гроссо579. Исследователь подчеркивает, что «синаллагма» у Аристотеля выступает в качестве родового понятия, охватывающего добровольный и недобровольный обмен.

## Взгляд Маврициана на защиту атипичных соглашений

С иным объяснением решения Прокула выступает Ф. Де Робертис. Невиновное неисполнение одного из предоставлений, по мнению исследователя, влечет реституцию полученного контрагентом. Решение Прокула соответствует принципу, выработанному в классический период и воспроизведенному в Кодексе Юстиниана (CI 4.6.10), согласно которому реституция подчинена вине акципиента и в случае отсутствия умысла с его стороны или виновного нарушения им обязательства позволяет удерживать полученное при наступлении невозможности исполнения771. Пропуск срока для манумиссии в 3 фрагмента позволяет предположить, что имела место вина со стороны акципиента денег. Это повлекло использование кондикционного иска. Выбор в пользу кондикционного иска в свою очередь указывает на то, что реальная меновая сделка, в которой в то же время отсутствовала взаимность обязательств, не представляла собой контракт.

Влияние контракта Лабеона на решение Прокула становится еще более очевидным при анализе следующего 4. В нем структура изложения меняется, и Прокул от реальной сделки по модели «do, ut manumittas» переходит к консенсуальному соглашению, из которого возникают взаимные обязательства, что выражено словами: «Quin immo et si nihil tibi dedi, ut manumitteres, placuerat tamen, ut darem...» («Но, однако, даже если я не дал тебе ничего с тем, чтобы ты совершил манумиссию, но мы договорились, что я дам...»). Отличие от предыдущего параграфа состоит и в том, что здесь первым свою обязанность

выполняет лицо, на которое возложена обязанность по манумиссии раба772. Фраза «ultro tibi competere actionem, quae ex hoc contractu nascitur, defuncto quoque eo» («ты можешь выступить со встречным иском из этого контракта») прямо указывает, что причиной предоставления иска являются договорные отношения сторон. Выражение «ultro actio» намекает на то, что у акципиента есть встречный иск об исполнении. Можно предположить, что Прокул под ultro actio понимает иск, придуманный Лабеоном, т.е. agere praescriptis verbis. Иного взгляда придерживается А. Бурдезе, по мнению которого «id est condictionem» в заключительной части не является интерполяцией. В 4 в отличие от 3 (где разбирается сделка по типу do, ut manumittas). Прокул обращается к сделке по модели «manumitto ut des», где вначале произошла манумиссия, а потом передача денег. Такое изменение последовательности предоставлений заставило Прокула выбрать в пользу кондикционного иска с неопределенным содержанием, который он якобы имеет в виду в словах «ultro tibi competere actionem, quae ex hoc contractu nascitur, id est condictionem». При этом иск condictio incerti в этом случае выполняет функцию договорного иска об исполнении договора773. Но даже если воспринять толкование Бурдезе, согласно которому иск condictio incerti являлся договорным иском с неопределенной интенцией, также подтверждает, что Прокул идентифицировал в 4 прежде всего договор774.

О подходе Прокула к квалификации атипичных соглашений мы узнаем также из следующего фрагмента (D. 19.5.12): Proculus 11 epist. Прокул, 11-я книга писем Si vir uxori suae fundos vendidit et in Если муж продал своей жене venditione comprehensum est земельные участки и в договоре convenisse inter eos, si ea nupta ei esse продаже было достигнуто desisset, ut eos fundos si ipse vellet, соглашение между ними, что если eodem pretio mulier transcriberet viro: она перестанет быть его женой, она in factum existimo iudicium esse вернет ему по его требованию эти же reddendum idque et in aliis personis земельные участки по той же цене, observandum. полагаю, что должна быть дана формула по факту и то же следует соблюдать в отношении иных лиц. В тексте разбирается случай, когда между супругами была заключена сделка, по условиям которой муж продает жене земельные участки под условием, что в случае развода жена вернет бывшему мужу их по той же цене. Прокул полагает, что мужу для осуществления требования об обратной продаже следует использовать иск с формулой по факту (in factum iudicium)775. Во фрагменте отсутствует обоснование приведенного Прокулом решения. Артнер предположил, что договор купли-продажи, возможно, включал условие об обратной продаже, и после развода муж мог в действительности выступить против бывшей жены с иском из купли (actio empti). Прокул, тем не менее, обращается к иску по факту. Лабеон для случаев взаимных договоров, включающих элементы купли-продажи, использовал agere praescriptis verbis (D. 18.1.50; D. 19.5.20 pr.). Разгадать решение Прокула можно, обратившись к толкованию выражения in factum iudicium. Оно может указывать на иск по факту, интенция которого носила цивильный характер. Возможно, in factum iudicium означает иск, повторяющий иск praescriptis verbis, т.е. actio in factum civilis776. На это косвенно указывает положение нашего фрагмента в 5-м титуле 19-й книги Дигест «De praescriptis verbis et in factum actionibus», посвященном искам с описанием дела в прескрипции. О восприятии учения Лабеона в прокулианской школе говорит и фрагмент другого ее представителя Нерация (D. 19.5.6): Neratius libro primo responsorum Нераций, первая книга ответов Insulam777 hoc modo, ut aliam insulam Ты продал мне дом таким образом, reficeres, vendidi. Respondit nullam чтобы я отремонтировал другой. esse venditionem, sed civili intentione Нераций отвечает, что продажи нет, но incerti agendum est. следует вчинить цивильный иск с неопределенной интенцией778.

Фрагмент вдохновлен дискуссией прокулианцев и сабинианцев о соотношении мены и купли-продажи779. Из него мы узнаем, что Нераций отказывается видеть куплю-продажу при отсутствии согласованной цены в деньгах. Производность договора от купли-продажи подтверждается использованием глагола «vendere» в первом предложении. В то же время самостоятельность такого соглашения по отношению к договору купли-продажи заставляет Нерация использовать цивильный с неопределенной интенцией, вероятно, обозначающий actio civilis incerti в понимании Лабеона.