

## г) владение и держание

1. Владение в смысле фактического обладания вещами является тем отношением, на почве которого складывался исторически институт права собственности. Не забывая этой исторической связи «владения» и «права собственности» (оставившей свой след на разговорной речи, нередко отождествляющей эти два понятия), необходимо иметь в виду, что в более развитом римском праве «владение» и «право собственности» — различные категории, которые могли совпадать в одном и том же лице, но могли принадлежать и разным лицам.

Владение представляло собой именно фактическое обладание, однако, связанное с юридическими последствиями, прежде всего снабженное юридической защитой. Для юридической защиты владения характерно то, что она давалась вне зависимости от того, имеет ли данный владелец вещи право собственности на нее или нет.

2. Однако не всякое фактическое обладание лица вещью признавалось в римском праве владением. Проводилось различие между владением в точном смысле (*possessio*) и простым держанием (*detentio*).

Для наличия владения (*possessio*) необходимы были два элемента: *corpus possessionis* (буквально «тело» владения, т.е. само фактическое обладание) и *animus possessionis* (намерение, воля на владение). Однако не всякая воля фактически обладать вещью признавалась владельческой волей. Лицо, имеющее в своем фактическом обладании вещь на основании договора с собственником (например, получивший ее от собственника в пользование, на хранение и т.п.), не признавалось владельцем, а было держателем на чужое имя. Между тем нельзя сказать, что пользователь или хранитель вещи не имеет воли обладать вещью, воля у него есть, но воля обладать от имени другого. Для владения же в юридическом смысле была необходима воля обладать вещью самостоятельно, не признавая над собой власти другого лица, воля относиться к вещи как к своей (*animus domini*). Такая воля есть у подлинного собственника; у лица, которое в силу добросовестного заблуждения считает себя за собственника, хотя на самом деле таковым не является (так называемый добросовестный владелец); наконец, у незаконного захватчика чужой вещи, прекрасно знающего, что он не имеет права собственности на данную вещь, и все-таки проявляющего волю владеть вещью как своей.

Напротив, такой владельческой воли, именно в смысле намерения относиться к вещи как к собственной, нет, например, у арендатора: он обладает вещью, обладает в своем интересе, но самим фактом платежа арендной платы он уже признает за собой юридическое господство собственника (лицо, относящееся к вещи как к своей, не станет платить кому-то за пользование этой вещью). Поэтому арендатор в римском праве считался держателем арендованной вещи на имя ее собственника.

Таким образом, владение (*possessio*) можно определить как фактическое обладание лица вещью, соединенное с намерением относиться к вещи как к своей (обладать независимо от воли другого лица, самостоятельно); держание же (*detentio*) — как фактическое обладание вещью без такого намерения (обладание на основе договора с другим лицом, вообще несамостоятельное, а также и обладание ненамеренное, бессознательное и

т.д.).

Практическое значение различия владения и держания выражалось в том, что в то время как владельцы (*possessores*) защищались от всяких незаконных посягательств на вещь непосредственно сами, арендатор как «держатель от чужого имени» мог получить защиту только через посредство собственника, от которого получена вещь. Этим вскрывается социальное значение такого построения: отсутствие собственной владельческой защиты арендатора, необходимость для него обращаться за помощью к собственнику позволяли собственнику сильнее эксплуатировать арендатора, принадлежавшего обычно к малоимущим слоям населения.

3. Что касается *corpus possessionis*, то в более отдаленную эпоху в малоразвитом праве этот элемент владения понимался в грубом физическом смысле обладания (в руках, в доме, во дворе).

В дальнейшем *corpus possessionis* стали понимать не так грубо, а более тонченно: стали признавать, что *corpus possessionis* имеется во всех случаях, когда при нормальных условиях для лица обеспечена возможность длительного беспрепятственного проявления своего господства над вещью. Такую общую формулировку позволяют дать многочисленные конкретные примеры, имеющиеся в источниках римского права. Так, римские юристы считали, что дикие звери и птицы лишь до тех пор остаются в нашем владении, пока они состоят под нашей охраной (в клетке и т.п.) и не вернулись в естественное состояние свободы; прирученное (домашнее) животное не выходит из нашего владения, даже если оно уйдет со двора, лишь бы оно не потеряло привычку возвращаться обратно; если передаются товары, находящиеся в кладовой, то достаточно простого вручения ключей от этой кладовой, чтобы получить *corpus possessionis* в отношении передаваемых товаров и т.д.

Классический юрист Павел не связывает *corpus possessionis* непременно с физическим держанием вещи:

для наличия владения нет необходимости взять вещь в кулак. По отношению к некоторым вещам (например, зданию, колоннам и т.п.) это вообще немыслимо; в таких случаях достаточно охватить вещь глазами и намерением. Так, римские юристы говорили, что, если кто хочет приобрести владение земельным участком, ему не нужно обходить каждую пядь земли, достаточно явиться хотя бы на одно место участка, лишь бы было намерение владеть всем участком. Юрист Цельз признавал достаточным для приобретения владения, чтобы передающий участок показал его приобретающему с какого-нибудь высокого места, например с башни и т.д.;

Богатая казуистика, содержащаяся в Дигестах, позволяет определить *corpus possessionis* как такое положение лица в отношении вещи, в каком нормально находятся собственники в отношении своих вещей.

4. Владелец фактически проявляет вовне (законно или незаконно) собственническое отношение к вещи. Равным образом и предметом владения по римскому праву могли быть те же самые вещи, на которые возможно право собственности. Ввиду изложенного соотношения между владением и правом собственности в литературе римского права

предлагалось определить владение как «видимость собственности».

#### **д) понятие и виды сервитутов**

1. Необходимость этой категории прав была в особенности очевидна ввиду существования права частной собственности на землю. Дело в том, что нередко случаи, когда определенный земельный участок не имеет всех тех свойств и качеств, какие необходимы для нормального его использования; например, на данном участке нет воды или нет пастбища и т.п. Для того чтобы пользование данным земельным участком было возможно и хозяйственно целесообразно, возникает потребность в пользовании (в соответствующем отношении) соседней землей. Такого рода вопросы были легко разрешимы в то время, когда земля находилась в общественной собственности (племени, рода, общины). Но с возникновением права частной земельной собственности собственник земельного участка не обязан был помогать соседу, не имеющему на своей земле воды, пастбища и т.п. Стала настоятельной потребностью в закреплении за собственником одного земельного участка права пользования в известном отношении чужой землей, обычно землей соседа.

2. Подобного рода потребности в римском праве удостоверялись двумя путями. Можно было договориться с соседом о том, чтобы он принял на себя определенное обязательство в пользу данного собственника земли; например, чтобы он обязался давать собственнику данного участка выход и выезд через свою землю на общественный проезд или чтобы он обязался давать ему ежедневно по 10 ведер воды и т.д.

Однако этот путь был не вполне надежным, потому что такое обязательство имело личный характер; стоило тому собственнику земли, который принял на себя подобного рода обязательство, продать свой участок, и пользование этой землей со стороны соседа могло продолжаться только при условии согласия нового собственника.

Для этой цели и была введена такая категория прав, как сервитута (от слова *servire* — служить: один земельный участок в этом случае служит потребностям другого участка). Прочность удовлетворения потребности посредством такой правовой формы состояла в вещном характере сервитутного права: предметом сервитутного права являлся сам земельный участок, а не действие определенного лица, обязавшегося допускать пользование его земельным участком со стороны соседа. Поэтому субъект сервитутного права сохранял свое право пользования соседним участком независимо от того, остается ли его собственником тот, кто установил на свою землю сервитут в пользу соседа, или же произошла смена собственника. Сервитут являлся обременением самой земли и вместе с ней переходил к новому собственнику.

Таким образом, можно определить сервитут как вещное право пользования чужой вещью в том или ином отношении. Такое право вызывается необходимостью сгладить неудобства и затруднения, возникающие вследствие неравномерности распределения естественных благ между отдельными земельными участками.

3. Позднее наряду с сервитутами, возникшими на почве соседских поземельных отношений, появилась другая категория сервитутных прав, уже не обязательно в пользу соседа и не обязательно на пользование

землей, а на любое имущество (например, на стадо коров) и в пользу какого-либо другого лица, не являющегося соседом: например, завещатель, оставляя имущество наследнику, одновременно предоставлял другому лицу право пожизненного пользования этим же имуществом (так называемый узуфрукт). Узуфрукт появился, несомненно, позднее. Однако классические юристы, как правило, термином «сервитут» охватывают и узуфрукт. Другой личный сервитут — *usus*, т.е. право пользоваться вещью, но без права пользования ее плодами; впрочем, в пределах личных потребностей субъект этого права может пользоваться и плодами. В остальном сервитут *usus* сходен с узуфруктом. В форме специального личного сервитута можно было предоставить право жить в доме, право пользоваться рабочей силой раба или животного.

Отсюда деление сервитутов на две категории: так называемые предиальные (от слова *praedium* — имение), или земельные, и личные. Это различие проводилось по субъекту права. Личный сервитут принадлежал определенному лицу персонально; предиальный сервитут принадлежал лицу как собственнику земельного участка. Этот участок, т.е. тот, в интересах пользования которым устанавливался сервитут, назывался господствующим участком; земельный участок, пользование которым в том или ином отношении составляло содержание сервитута, назывался служащим участком.

Так как предиальный сервитут принадлежал лицу не персонально, а как собственнику господствующего участка, то смена собственника господствующего участка автоматически вызывала и смену субъекта предиального сервитута. Предиальные сервитуты делились на сельские и городские.

4. Установление на вещь сервитутного права не означает непременно отстранения собственника от пользования вещью. Однако в тех случаях, когда одновременное пользование и собственника, и субъекта сервитутного права невозможно (например, собственник предоставил соседу сервитутное право пастбища на своем пастбище стадо до 20 голов, а его пастбище больше 20 голов и не может прокормить), преимущественное право пользования принадлежит субъекту сервитутного права.

5. Собственник служащей вещи должен лишь терпеть совершение субъектом сервитута тех или иных действий, не мешать ему в осуществлении пользования и т.п., но сам ничего делать не обязан. Если по характеру отношения от собственника вещи требовались какие-то положительные действия, такое отношение рассматривалось как обязательственное.

6. Сервитутное право обозначалось римским юристом Гаем как нетелесная вещь (Гай называл телесными вещами такие, которые можно осязать, до которых можно коснуться, а нетелесными — такие, которых нельзя коснуться). Нетелесная вещь есть не вещь в указанном выше смысле, это лишь составная часть имущества.

## **6. ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОЕ ПРАВО В РИМЕ**

### **А) понятие договоров**

Если в сделке выражается воля двух сторон (продавца-покупателя; подрядчика-заказчика и т.д.), то сделка называется двусторонней, или

договором. Дог-р в кач-ве основания для установления обяз-ва имеет место только тогда, когда воля сторон, вступающих в дог-р, направлена на установление обязательственных отнош-й. Дог-ы делятся на:

1. Пакты – неформальные соглашения, не пользующиеся исковой защитой.
2. Контракты – соглашения, пользующиеся исковой защитой в гражданском праве. Первон. этим термином обознач. узкий круг обяз-в (ссуда, заем, поклада). Постеп. идет расширение за счет обяз-в *ius gentium*. К концу класс. периода склад. представление о том, что любое соглашение лиц м. породить обяз-во. Но перечень контрактов в РП всегда был закрытым.

Виды договоров:

1. Дог-ы цивил. \ преторского права.
2. Каузальные \ абстрактные
3. а) Односторонние – наличие прав у одной, обязанностей у другой сторон (займ, стипуляция)  
б) двусторонние (наличие прав и обяз-тей у обеих сторон). Делятся на:  
\*сино ллагматические - права и обяз-ти носят взаимный, встречный, эквивалентный хар-р, их нельзя исключ. из дог-а.  
\*где м. выделить осн. и второстеп. обяз-ть  
\*дог-ы с незавершенной сино ллагмой (поклада-безвозмездная) – м. возникнуть встречные обяз-ва.

### **Предмет и содержание договора**

1. В отрывке из сочинений юриста Павла содержание обязательства (прежде всего договорного) определяется тремя терминами: *dare, facere, praestare*. *Dare* означает дать, в смысле передать право собственности, *facere* — сделать, понимая под этим как положительное действие, так и воздержание от действия, несовершение действия; *praestare* — предоставить, смысл этого термина понимается не всеми одинаково; его передают словами: оказать личные услуги, принять ответственность за другого и т.д.
2. В содержании договора можно различать отдельные элементы, имеющие неодинаковое значение для каждого данного договора. В договоре есть пункты, части, без которых данный договор не может существовать; например, нельзя заключить договора купли-продажи, не договорившись так или иначе относительно предмета и цены. Это — существенные (необходимые) части договора купли-продажи. Другие части, не будучи необходимыми, все же обычно бывают в договоре данной категории. Например, в Риме было принято, что наемная плата за взятую в пользование по договору найма вещь вносится по истечении той единицы времени (года, месяца), за которую наемная плата причитается; однако по соглашению сторон можно было установить, чтобы наемная плата вносилась вперед. Следовательно, данный пункт договора не является безусловно необходимым, он только обыкновенный, обычно бывающий в договоре найма. Наконец, могут быть такие части договора, которые не являются ни необходимыми, ни обычными для данного договора, а случайными, включаемыми в договор только в том случае, если стороны того пожелают. Примерами таких случайных элементов служат условия и сроки.
3. Условием (*condicio*) называется такая оговорка в договоре, посредством

которой юридические последствия договора ставятся в зависимость от наступления или ненаступления в будущем события, относительно которого неизвестно, наступит оно или нет. Если юридические последствия договора находятся в зависимости от какого-то обстоятельства, предуказанного законом, нельзя говорить об условии; например, дееспособность лиц, заключающих договоры, нельзя назвать (в техническом смысле) условием договора.

Вводя в договор условие, стороны могут поставить в зависимость от наступления условия возникновения юридических последствий данного договора; стороны, таким образом, откладывают возникновение этих последствий, а потому условие в этом случае называется отлагательным, или суспензивным. Например, продается обстановка при условии, если состоится переезд продавца на жительство в другой город.

При отлагательном условии до его наступления имела место так называемая *pendentia*, неопределенность.

Некоторое значение заключенный договор имел и в течение периода *pendentia*, например, право по условному договору могло перейти к наследнику уполномоченного лица, но все-таки до наступления условия право не считалось существующим окончательно. Если условие не исполнялось, отпадала надежда на возникновение юридических последствий; если условие наступало, наступали все юридические последствия договора. При этом во многих отношениях юридические последствия рассматривались так, как будто они возникали в момент заключения договора.

В других случаях в зависимость от условия может быть поставлено не возникновение, а прекращение юридических последствий договора, так что с наступлением условий возникшие последствия отменяются; поэтому такие условия называются отменительными, или резолютивными.

Например, в договор купли-продажи вводится условие, что, если в течение месячного срока покупная цена не будет уплачена, вещь считается непроданной.

При отменительном условии юридические последствия наступали с момента заключения договора, но с наступлением условия отпадали.

4. Срок (*dies*) сходен с условиями в том отношении, что включение в договор срока также ставит юридические последствия договора в зависимость от известного события; различие же между сроком и условием в том, что при сроке событие, в зависимость от которого поставлены юридические последствия, непременно должно наступить, хотя может быть неизвестно, когда оно наступит (например, смерть лица). Вообще различали: а) срок, при котором известно, что он наступит и когда именно (например, заключен договор сроком на два месяца); б) срок, при котором известно, что событие наступит, но неизвестно когда (например, договор о пожизненном пользовании).

Бывали сроки, связанные с условием: а) неизвестно, наступит ли событие, но если наступит, то время наступления известно (например, обязательство содержать лицо до его совершеннолетия); б) не известно ни наступление, ни время наступления события (например, обязательство передать имущество при вступлении данного лица в брак). В последнем случае

оговорка имела только формулировку срока, но по существу являлась условием. Сроки, как и условия, различались отлагательные (срок, с которого начинается действие договора) и отменительные (срок, до которого продолжается действие договора).

## **Б) классификация обязательств в классическую эпоху и виды контрактов**

1. В источниках римского права обязательство *obligatio*, определяется следующим образом:

1) «Обязательство представляет собой правовые оковы, в силу которых мы принуждаемся что-нибудь исполнить согласно законам нашего государства».

2) «Сущность обязательства состоит не в том, чтобы сделать нашим какой-нибудь телесный предмет или какой-нибудь сервитут, но чтобы связать перед нами другого в том отношении, чтобы он нам что-нибудь дал, сделал или предоставил».

В обязательстве заключается, с одной стороны, «право требовать», с другой стороны, соответствующая этому праву «обязанность исполнить требование», или «долг».

2. Противопоставление (в приведенном выше отрывке из сочинений классического юриста Павла) передачи права собственности или установления сервитута принятию лицом на себя обязательства передать вещь в собственность или исполнить иное действие имеет тот смысл, что обязательство, даже если оно состоит в обязанности одного лица предоставить другому в собственность известную вещь, не создает непосредственно для другого лица права собственности на данную вещь; только в результате исполнения такого обязательства (при наличии других необходимых условий) лицо, получившее вещь, станет ее собственником; непосредственно же из обязательства возникает только право требования (передачи вещи). Поэтому лицо, купившее вещь, еще не становится ее собственником (хотя бы и была уплачена покупная цена); это лицо имеет лишь право требовать передачи вещи; собственником же ее оно станет только после фактической передачи вещи (при условии, если передавший вещь имел на нее право собственности).

3. Приведенные выше два отрывка из источников римского права свидетельствуют, что по представлению римских юристов в обязательстве заключается известная связанность. В древнейшую эпоху «оковы», «связанность» не были только фигуральными выражениями. В законах XII таблиц содержалось постановление, из которого видно, что неоплатного должника связывали веревками или цепями, причем предусмотрительно нормировался даже вес надевавшихся цепей (15 фунтов). Должника, не уплатившего в срок своего долга, кредитор мог захватить (даже без суда), а затем убить или продать в рабство. В IV в. до н.э. законом Петелия кредиторам было запрещено убивать или продавать должника.

Возможность личного задержания должника осталась и в дальнейшем, но с конца республиканского периода должник мог избежать личной ответственности, передав кредиторам свое имущество: за долги лица стало отвечать его имущество. Оковы из физических, какими они были по законам XII таблиц, превратились в юридические: «связанность» стала

выражаться в имущественной ответственности должника по обязательству.

4. Как отношение, рассчитанное на будущее время (при установлении обязательства действие обязанного лица еще не совершено), обязательство по своей природе представляет собой отношение, основанное на доверии, кредитное (от *credo* — верю). Поэтому сторона в обязательстве, имеющая право требования, именуется кредитором; сторона, на которой лежит обязанность исполнить требование кредитора, называется должником. Обязательственное правоотношение с самого начала рассчитано на прекращение (нормально — путем исполнения); этим оно отличается от права собственности, устанавливаемого на неопределенное, длительное время.

5. Натуральные обязательства. Первое упоминание о таких обязательствах встречается у Сенеки (при Нероне). Бывают суммы, говорит Сенека, которые «*debentur non exiguntur*», т.е. следуют, причитаются (кредитору), а принудительно взысканы быть не могут. Обязательства, не пользующиеся исковой защитой, но имеющие все же юридическое значение, называются натуральными. Примером натурального обязательства может служить денежный заем, совершенный подвластным сыном без согласия домовладыки.

6. Правовые последствия натуральных обязательств были не для всех их видов одинаковы.

Но одно юридическое последствие всегда имело место: именно платеж по натуральному обязательству признавался действительным, и обратное истребование уплаченного не допускалось, хотя бы платеж был произведен при незнании того, что иска кредитор не имеет. Это доказывает, что за натуральным обязательством признавалось юридическое значение; ибо когда кто-нибудь по ошибке платил по несуществующему обязательству, уплаченное можно было истребовать обратно.

7. В отдельную категорию выделяют:

\*родовые обяз-ва. Их особ-ть в том, что они не прекращаются с гибелью вещи.

\*альтернативные обяз-ва. Есть неск. предметов и есть возм-сть выбора м\у ними. Пр-о выбора решается по согласию, если оно не достигнуто, то это пр-о принадлеж. должнику. С гибелью одного из предметов обяз-во сосредотачивается на остальных.

\*Факультативные обяз-ва. С одним предметом, но сущ. возм-сть замены исп-я. Гибель предмета прекращ. обяз-во.

8. Каузальные и абстрактные обяз-ва:

\* Кауза — гл. и существ. форма дог-а. Бол-во дог-в явл. каузальными.

\*Абстр. — дог-ы, где цель формально не присутствует и не влияет на их действ-ть (стипуляция).

**Про контракты.** Приступая к рассмотрению вопросов контрактного права в Древнем Риме, следует иметь в виду, что римская юриспруденция исходила из нецелесообразности создания «общей части обязательственного права». Поэтому в источниках не идет речь о возникновении или прекращении обязательств вообще, ответственности за нарушение обязательств вообще, но сделано это применительно именно к контрактам. Значение контрактов в римском частном праве классического и



постклассического периода сложно переоценить. Интересно отметить, что сначала термин *contractus* использовался для обозначения не только соглашений, договоренностей, но и обязательств вообще. Уже позднее под этим начали понимать соглашение сторон, обеспеченное исковой защитой. В классическом праве уже была предпринята попытка создать более общее, нежели *contractus*, понятие, поскольку под последний не попадали договоренности, не обеспеченные исковой защитой. Так появилась категория «*conventio*» — согласие, договоренность, которая распадалась на «*contractus*» — договоры, обеспеченные исковой защитой, и «*tractum*» — неформальные соглашения, которые такой защиты не.

Со временем некоторые пакты получили защиту, как правило, производного характера — присоединением к основным договорам и т.д. и стали называться «*tracta vestita*» — пакты «одетые». Другие так и остались обеспечены лишь совестью, честью сторон. Поэтому они и были «*tracta nuda*» — пактами «голыми».

Итак, контракт — это договоренность, соглашение двух или более сторон, обеспеченное исковой защитой. Контракты всегда представляют собой двустороннее соглашение, ибо речь идет о согласовании волеизъявлений как минимум двух сторон, направленное на установление той правовой связи, которая составляет содержание обязательств.

Но в зависимости от распределения между сторонами прав и обязанностей различали контракты односторонние (одна сторона имеет только право, другая — только обязанность, например, заем) и дву- и многосторонние, где каждая из сторон имеет как права, так и обязанности.

Двусторонние контракты еще называли взаимными, или синалагматическими (с греч. «*synnalagma*» — мена). При этом синалагма могла быть как совершенной, так и несовершенной. При совершенной синалагме контракты были двусторонними с самого начала, с момента заключения соглашения (например, купля-продажа). Несовершенная синалагма имела место тогда, когда контракт сначала был односторонним, но потом стал обоюдным (например, поручение, в процессе исполнения которого поверенный произвел какие-либо затраты в интересах доверителя). Синалагматические контракты, сильнее связывающие стороны, создающие корреспондирующие интересы, больше подходят для обслуживания торгового оборота. Поэтому и появились они позднее, чем строго формальные контракты старого гражданского права. Именно вследствие своей прогрессивности они постепенно вытеснили из юридической практики односторонние контракты. Последние встречаются в праве Юстиниана скорее как исключение (заем, дарение).

Важное значение имела классификация контрактов в зависимости от характера действий, которыми устанавливаются обязательства. По этому признаку Гай различал четыре вида контрактов:

1. *Verbis* — вербальные; обязательства устанавливаются путем провозглашения участниками будущего договора определенных словесных формул;
2. *Litteris* — литеральные; обязательства устанавливаются в результате осуществления определенной записи, а позже путем выдачи долговой

расписки;

3. *Re* — реальные; обязательства возникают вследствие передачи вещи;

4. *Consensus*—консенсуальные; для установления обязательств достаточно простого соглашения (договоренности) сторон.

В свою очередь названные виды контрактов подразделялись на разновидности.

Так, основным видом вербального контракта была *stipulatio*, которая состояла в торжественном провозглашении вопроса будущим кредитором к будущему должнику: «Обещаешь ли торжественно сделать...?» Последний должен был ответить: «Обещаю», после чего контракт считался заключенным. Нарушение порядка слов, несоответствие ответа вопросу в каких-то деталях влекли недействительность стипуляции.

Позднее, кроме стипуляции, появились такие виды вербальных контрактов, как *adpromissio* — поручительство, *adstipulatio* — введение дополнительного кредитора, *dotis dictio* — соглашение о приданом, *jurata operatum promissio* — торжественное обещание вольноотпущенным услуг своему патрону.

Литеральные контракты сначала заключались в форме *expensilatio*, представляющий собой запись фиктивного, «как бы из договора займа», долга в кассовую книгу кредитора с согласия должника, вследствие чего и возникало обязательство. Со временем эта форма вытесняется долговыми расписками от третьего лица (синграф), а потом — от первого лица (хирограф).

Поскольку вербальные и литеральные договоры относились к строго формальным, могли заключаться только при условии соблюдения довольно сложных процедур, то со временем они утратили свое значение в качестве самостоятельных видов контрактов, а все более играли роль долговых расписок, письменной формы других видов контрактов, служили основанием для векселя и т.д.

В отличие от них реальные и консенсуальные контракты, как более гибкие, основанные на *bona fides*, в большей мере отвечали потребностям торгового оборота и со временем приобретали все большее значение. Они оказались настолько жизнеспособными, что и в современном частном (гражданском) праве существует такое деление.

### **В) правовые последствия неисполнения обязательных условий договора**

1. По своей природе обязательство — отношение временное, нередко кратковременное, которое должно прекратиться. Нормальный способ прекращения обязательства — исполнение (применительно к денежным обязательствам употребляется также термин «платеж»). В эпоху господства формализма одного исполнения обязательства было недостаточно для его прекращения: проводился принцип, что обязательство погашается актом, противоположным тому, с помощью которого оно установлено (*conturarius actus*); например, обязательство, установленное путем обряда с помощью меди и весов, погашалось таким же образом, но в обратном порядке, с произнесением противоположных формул. В классическую эпоху требование «обратного акта» уже отпало.

2. Для того чтобы исполнение привело к освобождению должника от

обязательства, необходимо было соблюдение ряда условий.

Во-первых, исполнение (платеж) должно быть произведено лицом, способным распорядиться своим имуществом (по римскому выражению, способным ухудшать свое имущественное положение). Личное исполнение должника требовалось только по тем обязательствам, содержание которых имеет строго личный характер (например, обязательство художника написать картину). Если личные свойства должника не имели существенного значения, исполнить обязательство мог не только должник, но и любое третье лицо (если третье лицо платит чужой долг по ошибке, ему давался иск для истребования уплаченного обратно).

Во-вторых, исполнение должно быть произведено лицу способному его принять. Таким лицом является: кредитор (если он признается способным распорядиться своим имуществом), его законный представитель, поверенный, лицо, специально указанное в договоре как имеющее право принять исполнение.

В-третьих, исполнение должно строго соответствовать содержанию обязательства. Во всяком случае без согласия кредитора должник не имеет права исполнять обязательство по частям. По соглашению сторон взамен предмета обязательства можно было предоставить для погашения обязательства что-либо иное; это называлось *datio in solutum* (предоставление вместо платежа или замена исполнения). В связи с экономическим, в частности аграрным, кризисом позднейшей императорской эпохи Юстиниан разрешил должнику и без согласия кредитора погашать денежные долги путем передачи кредитору земельных участков соответствующей стоимости.

В-четвертых, примерно со II в. до н.э., когда с развитием средиземноморской торговли в практику вошли договоры между лицами, живущими в разных местах империи, и в отношении товаров, находящихся не там, где заключается договор (например, в Риме продается африканская пшеница), причем цены на продаваемые товары в разных местах были различны, получило важное значение место исполнения. Как правило, место исполнения определялось по тому месту, где можно предъявить иск из данного обязательства, а таким местом считалось местожительство должника или (по желанию одной из сторон) Рим.

В-пятых, обязательство должно быть исполнено в срок, предусмотренный в договоре или вытекающий из характера договора и обстоятельств его заключения (например, при продаже товара, находящегося в другом месте, должник, естественно, имел в своем распоряжении время, нормально необходимое для перевозки товара, и т.п.). Если ни содержанием договора, ни его характером срок исполнения не определялся, должник обязан был исполнять обязательство по первому требованию кредитора.

Досрочное исполнение обязательства допускалось только в том случае, если это не нарушало интересов кредитора; так, можно было досрочно вернуть вещь, полученную в бесплатное пользование, но досрочное возвращение вещи, принятой на бесплатное хранение, допускалось с согласия кредитора.

## **7. СУДЕБНЫЙ ПРОЦЕСС И ИСКОВАЯ ЗАЩИТА В ДРЕВНЕМ**

## **РИМЕ**

### **А) виды судебного процесса**

Гражданский процесс Рима поэтапно прошел в своем развитии три формы: легисакционную, формулярную и экстраординарную. Первой формой римского процесса был легисакционный процесс.

Легисакционный процесс – это процедура судебного разбирательства споров, имевшая место в республиканском Риме, на раннем этапе формирования римского права. Суть данного процесса состояла в совмещении строго регламентированного архаичными ритуалами состязания сторон и рассмотрения дела профессиональным судьей (магистратом).

Легисакционный процесс состоял из следующих стадий: • истец сам доставлял в суд ответчика; • на первой стадии между истцом и ответчиком проходил словесный поединок, во время которого каждая сторона обосновывала свою точку зрения; • поединок был строго формализован и регламентировался древними обычаями (например, стороны в торжественной обстановке произносили древние правовые формулы, совершали ритуалы – дотрагивались до спорной вещи специальной палочкой “виндиктой”, и т.д.); • ошибка, допущенная той или иной стороной в ритуале или произнесении правовой формулы, приводила к автоматическому проигрышу спора; • в случае, если стороны безошибочно выполняли все ритуальные действия и не приходили к согласию, спор по существу разрешал профессиональный судья (магистрат).

Таким образом, легисакционный процесс был смесью ритуальных поединков (в древности известных как “ордалии”) и официального суда. По мере развития римского общества он стал громоздким и неудобным и был вытеснен более простым формулярным процессом.

Формулярный процесс – это процедура судебного разбирательства споров имевшая более упрощенный порядок. Отличительные черты: • более простая система; • иск не должен был быть изложен в точных словах закона, т. е. свободная форма иска, но, правда, некоторые формальности остались; • претор, осуществляя свою деятельность, мог признать новые отношения; • кондемпнация (требование истца) определялась в денежной форме. С течением времени городской претор стал практиковать этот упрощенный порядок. Претензия истца и возражения ответчика заявлялись без каких либо трудностей и обрядов, и все это заканчивалось вручением истцу записки, адресованной судье, в которой указывались те предположения или условия, при которых судья должен был удовлетворить иск, либо отказать в нем. Таким образом, эта записка — приказ. В начале данный процесс действовал параллельно с легисакционным, а позднее законом Августа был утвержден и стал действовать один.

Экстраординарный процесс - это рассмотрение споров граждан магистратом без передачи решения присяжному судье. Отличительные черты: • судебную власть осуществляли административные органы, но иногда дела принимали к рассмотрению сами императоры. • рассмотрение дел утратило публичный характер и происходило лишь при сторонах. • появилось апелляционное обжалование. Осуществлялось перенесением дела в более высшую инстанцию. • решение исполнялось государством,

если не было добровольного исполнения. Данный процесс произошел из-за недоверия императоров к судьям. Такой особый порядок стал применяться при чрезвычайных условиях и где раньше давалась формула. К концу III в. до н. э. данный вид процесса без деления на *ius* и *iudicium* вытеснил формуляционный процесс и занял господствующее место.

18 Салическая правда: общая характеристика, преступления и наказания, судебный процесс. Салическая правда, принятая у франков; её самая ранняя часть относится к концу V в. (486 – 496 гг.). Салическая правда была прежде всего сводом уголовных наказаний. Наказание по варварскому праву преследовало двойную цель, что соответствовало двойному характеру предписаний и запрещений уголовного характера в законах: оно должно было искупить вину преступника в удовлетворение сородичей потерпевшего, также оно должно охранить соблюдение «королевского мира», т. е. установленного и признанного властью общественного порядка. Поэтому главенствующим видом наказания становился выкуп (определенный как судебный штраф). Выкуп за убийство носил название вергельд.

Виды преступлений: 1) Государственные – злоупотребление государственной должностью (смертная казнь только за это преступление) 2) против личности - членовредительство, избиение, оскорбление(штраф) 3) Имущественные - кружа, разбой, грабеж, поджог, конокрадство, вторжение в чужое имущество (штраф) 4) против нравов – изнасилование, прелюбодеяние, сожительство с рабыней (штраф), вступление в явный брак с рабом или рабыней влекло потерю свободы. 5) против правосудия: незаслуженное обвинение перед королевским судом, неявка по вызову истца, лжесвидетельство. Судебный процесс. Процесс по всем делам был иском, возбуждение жалобы или обвинения было частной инициативой общинника. Вызов в суд происходил при свидетелях. За отказ от явки угрожал штраф. Явка в суд истца и ответчика, обвинителя и обвиняемого должна была быть личной, суть жалобы или обвинения формулировал сам истец. После возражений ответчика собственно вершился суд. Суд шел в две условные стадии: вначале рахинбурги провозглашали обычаи (право) к делу, потом выносили суждение (приговор или решение). На суждение можно было возражать, но тотчас, «не переминая ноги». Собрание народа подтверждало криком суждение. Предполагалось, что это должно быть единогласно, но, разумеется, недовольное меньшинство заставляли умолкнуть. Исполнение судебного решения было делом истца. В случае отказа виноватого добровольно исполнить постановленное судом, можно было обратиться к помощи короля. Крайним средством принуждения было лишение виноватого «королевского покровительства». Решения по имущественным делам (изъятие вещи и т. п.) исполнялись графами, которые также несли личную ответственность за справедливость исполнения.

Наличие или отсутствие реальных доказательств существенно влияло на ход разбирательства. Были безусловные доказательства, которые не подлежали оспариванию (поличное или королевская грамота при земельных спорах). Были условно-объективные доказательства: жребий или присяга (соприсяжничество). В делах против несвободных или рабов

доказательства исчерпывались показаниями под допросом (пыткой).

Одним из распространеннейших доказательств был Божий суд – главным образом в виде ордалии. Важное место занимали свидетельские показания.

## **Б) гражданско-правовая защита собственности и виды исков**

В римском праве существовало множество способов защиты права собственности, но наиболее распространенными были виндикационный, негаторный, прогибиторный, публицианов и личный.

Виндикационный иск (*rei vindicatio*) – иск невладельца собственника к владеющему несовладельцу об истребовании вещи.

На истца возлагалась обязанность по доказыванию своего права собственности на истребуемую вещь, а также требовалось доказать аналогичность вещи, указанной в иске, вещи, которая находится во владении ответчика.

В связи с этим истец, прежде чем подать виндикационный иск, подавал ответчику личный иск об осмотре спорной вещи. После того как истец признавал свою вещь, он подавал виндикационный иск.

Если истец не мог доказать свое право собственности на спорную вещь, то вещь оставалась у ответчика.

В вв. н. э. собственник вещи не мог истребовать ее из чужого владения без согласия на то владельца вещи. Если владелец отказывался вернуть вещь, он должен был уплатить определенную денежную сумму, после выплаты которой становился полноправным собственником данной вещи. Но уже в период правления Юстиниана принятое судебное решение по виндикационному иску подлежало принудительному исполнению.

Виндикационный иск подлежал предъявлению независимо от того, каким являлось владение – добросовестным или недобросовестным.

Владение является добросовестным, если лицо приобрело вещь в добросовестном заблуждении, причем отвечает за вещь с момента предъявления иска. Потребляемые плоды владелец не возвращал собственнику, а возвращал только наличные плоды. Собственник вещи в свою очередь должен был возместить владельцу понесенные затраты и издержки по содержанию вещи.

Недобросовестный владелец вещи отвечал за ее гибель до подачи иска и после вынесения решения независимо от формы вины (если не докажет, что гибель вещи произошла бы и у собственника). Недобросовестный владелец должен был возместить все плоды, полученные при пользовании вещью.

Негаторный иск предъявлялся, когда собственник вещи, не утрачивая владения, встречал некоторые ограничения по использованию данной вещью (например, при прогоне скота через земельный участок соседа). Если иск удовлетворялся, то ответчик должен был возместить истцу причиненные убытки.

Прогибиторный иск по своему содержанию схож с негаторным.

Прогибиторный иск предъявлялся, когда третьи лица, не нарушая права собственности, своим поведением создавали помехи по его использованию.

Иск публицианов защищал право бонитарной собственности и

добросовестного владельца.

Личный иск предъявлялся непосредственно против нарушителя, если правонарушение носило особый характер

Иск — обращенное в суде требование истца к ответчику. «Иск есть не что иное, как право лица осуществлять судебным порядком принадлежащее ему требование» (Дигесты). Римляне полагали, что только судебная защита права придает этому праву ценность и завершение.

Материально-правовая сторона иска — требование истца к ответчику, а процессуальная — требование к претору.

Число исков было ограниченным.

Классификация римских исков:

1) по личности ответчика:

— вещные (*actiones in rem*) — требование признать право истца на определенную вещь. Ответчиком могло быть любое лицо, нарушившее право истца;

— личные (*actiones in personam*) — требование исполнения обязательства конкретным должником. Обязательства всегда предполагают наличие одного или нескольких должников, только они могли нарушить право истца и только против них давался личный иск;

2) по объему:

— иски для восстановления нарушенного состояния имущественных прав (возмещения ущерба) (*actiones rei persecutoriae*) — истец требовал имущественную вещь, находящуюся у ответчика;

— штрафные (*actiones poenalis*), направленные на частное наказание ответчика. Посредством таких исков взыскивали частный штраф;

— смешанные (*actiones mixtae*), осуществляющие и возмещение убытков, и наказание ответчика;

3) по основанию:

— основанные на законе (*actiones in jus*);

— основанные на действиях (*actiones in factum*);

4) по содержанию:

— если по образцу уже существующего и принятого в практике иска принимался аналогичный ему иск, то первый — прямой иск (*actio directa*), а второй — производный от него (*actio utilis*);

— встречный иск (*actio contraria*) — иск, предъявленный ответчиком истцу для совместного рассмотрения с первоначальным иском;

— фиктивный иск (*actio ficticia*) — иск, формула которого содержит фикцию, т. е. указание судье присоединить к наличным фактам определенный несуществующий факт;

— иски из доброй совести (*actiones bonae fidei*) — судья должен был выносить решение, руководствуясь принципом «доброй совести», но не выходя из предписаний права; и иски строгого права (*actiones stricti juris*);

— арбитражные иски (*actiones arbitrariae*) — если судья не мог добиться от ответчика выдачи или предъявления предмета спора, то он выносил особое решение, в котором определял размер ущерба, причиненного истцу, руководствуясь принципом «доброй совести и справедливости»;

— популярные иски (*actiones popularis*) — мог предъявить любой

гражданин;

— иски о притязаниях; преюдициальные иски; иски о разделе.

(Современная классификация: исполнительные, установительные и преобразовательные.) Иски о притязаниях, или исполнительные;

— ответчик присуждался к реальным действиям (например, вернуть долг).

Самая распространенная группа исков. Преюдициальные (или установительные) — констатируется лишь наличие права у истца. (Раб данного господина, сын данного отца и т. д.). Особенность: требование материально-правовое обращалась не к ответчику, а к суду. Иски о разделе, или преобразовательные, — когда возникало совместное имущество, а потом нужно было разделять. Суд должен был установить, какую часть должен получить истец. Особенность: до суда — одно право, после вынесения решения — два права собственности.

### **В) док-ва в древнеримском суде и правовое обоснование судебных решений**

Доказывание проходило в процессе рассмотрения дела судьей. Бремя доказывания возлагалось на обе стороны следующим образом: истец должен был доказать те факты, на которых он обосновывал свои требования, а ответчик — те, которые лежали в основе его возражения. *Actori incumbit probatio, reus excipiendo fit actor* — доказывание ложится на истца, ответчик, возражая, становится в положение истца. Суд сам не собирал фактических данных по делу, а выступал в роли принудительного посредника.

Доказыванию подлежал, например: факт наличия обычая ссылающимся на него; право собственности на вещь подлежало доказыванию со стороны истца; добросовестность приобретения или владения вещи.

В качестве доказательств рассматривались: свидетельские показания, показания сведущих лиц, осмотр на месте, документальные данные, присяга. При этом не существовало обязанности свидетелей являться в суд для дачи показаний (исключение — свидетели формальных юридических сделок), а вместо отсутствующих добровольно представленных свидетелей могли учитываться их письменные показания. Под сведущими лицами понимали людей, по роду деятельности разбирающихся в тех или иных вопросах.

Присяга как отдельный вид доказательства не применялась, но для установления некоторых обстоятельств судья обязывал одну из сторон принести ее (кроме этого, все свидетельские показания давались под присягой). В процессе доказывания использовались также письменные доказательства, получившие в то время достаточно широкое распространение, но все еще не считаемые вескими доказательствами. В общих чертах процесс доказывания имел все основные особенности открытого состязательного процесса.

В экстраординарном процессе рассмотрение дела судьей изменилось. Оно стало более детальным. В судах стало превалировать письменное ведение и закрепление основных судебных процедур, т. е. записывались все действия суда, истца и ответчика. Составление судебных протоколов представляло новый своеобразный элемент судопроизводственных действий, важный для соблюдения интересов сторон. Изменилось и



средство доказывания. Свидетели стали подвергаться некоторому сомнению, даже сложилось, что один свидетель — не свидетель и получили большее распространение письменные доказательства. Если раньше истец доказывал свой иск, а ответчик — свои возражения, то в экстраординарном процессе появилось уже такое понятие, как презумпции.

Презумпции — предположения, высказанные в законе, которые освобождали от доказывания некоторых фактов (например, если рождался ребенок в законном браке, то появлялась презумпция отцовства и материнства).

При презумпции *iuris tantum* некоторые факты считались судьей несуществующими, если заинтересованная сторона не докажет обратного, а при презумпции *iuris et de iure* было невозможным отрицание факта, установленного на основании другого факта.

При оценке доказательств судья должен был руководствоваться только официальными нормами, причем ответственность судьи за вынесенное решение увеличивалась. Последнее привело к тому, что судья мог требовать предоставления дополнительных доказательств для оценки всей ситуации дела с целью вынесения неопровержимого решения.

Одной из важнейших задач сторон в судебном разбирательстве было доказывание своей правоты. Предметом доказывания служили только спорные факты. Но в римском праве суд сам не собирал доказательств. Это должны были делать сами стороны. При этом общим правилом считалось, что бремя доказывания лежит на том, кто утверждает. В Дигестах Юстиниана приводятся многочисленные мнения римских юристов по этому поводу. «Необходимость доказывания всегда возлагается на того, кто предъявляет иск» (Марциан D. 22.3.21) или «Доказывание возлагается на того, кто утверждает, а не на того, кто отрицает...» (Павел D. 22.3.2).

Римское право допускало широкий круг доказательств. В Дигестах Юстиниана приводится определение Павла: «Под доказательствами понимается все то, с помощью чего может быть объяснено дело» (D. 22.4.1). Анализируя содержание источников можно выделить следующие виды доказательств: признание и объяснения сторон, показания свидетелей, письменные документы, заключение экспертов, клятва, осмотр на месте (обнаружение улики). Но ордалии, широко известные многим архаичным правовым системам, римским правом не использовались.

Наибольшее значение среди доказательств отводилось признанию. Считалось, что если лицо само признавало факты, подтверждающие требования истца или возражения ответчика, то такое признание имело решающее значение для суда и не требовало ни каких других доказательств.

Объяснения сторон — это показания, которые давали истец и ответчик по обстоятельствам дела.

Довольно подробно в римском праве были разработаны вопросы связанные с свидетельскими показаниями. Римское право разрешало отводить свидетелей, определяло категории лиц, которые не могли быть свидетелями или могли отказаться от дачи показаний, выделяло

свидетелей под сомнением. Нельзя было свидетельствовать по собственному делу. Римский юрист Модестин писал: «При показаниях свидетелей следует исследовать достоинство, честность, нравственность (свидетелей), и потому свидетели, которые вопреки честности колеблются в своих показаниях, не должны быть выслушиваемы» (D.22.5.2). Для признания необходимы были совпадающие показания как минимум двух свидетелей (D. 22.5.12). Их общее количество в большинстве случаев определял претор. Свидетели несли строгую ответственность за дачу ложных показаний. По законам XII таблиц уличенный в лжесвидетельстве сбрасывался с Тарпейской скалы

Письменные документы подразделялись на публичные (*public tabulae*) и частные (*instrumenta privata*). Публичные документы имели безусловную силу, согласно постановлению сената, частные получали силу судебного доказательства, если соответствовали определенным условиям.

В частности, это должен быть оригинал документа, снабженный подписями семи свидетелей и скрепленный печатью.

Показания экспертов использовались при установлении каких-либо фактических вопросов, например, стоимости вещи, материала, из которого она изготовлена, определения границ участка.

Осмотр на месте имел целью обнаружение улик, например обыск при подозрении в совершении кражи.

Если доказательства, представленные стороной процесса казались недостаточными, ему могли предложить принести клятву и тем самым дополнить доказательства. Клятва (присяга) давалась по соглашению сторон или по предложению суда. Отказ принести предложенную клятву свидетельствовал о признании своей вины.

При недостаточности представленных доказательств в судебном процессе часто прибегали к презумпциям. Презумпции были законные, т.е. прямо или косвенно закрепленные в законе имеющие юридическое значение.

Например, презумпция добросовестности (каждый предполагается добросовестным, пока не будет доказано обратное) или презумпция знания закона (никто не может отговариваться незнанием закона). Фактические презумпции — это предположения не закрепленные в праве и потому не имеющими юридического значения. Однако не редко со временем фактические презумпции приобретали статус законных и даже неопровержимых. Так, например законы XII таблиц установили, что ребенок рожденный на одиннадцатом месяце после прекращения брака незаконнорожденный, и поэтому ссылка на законность его рождения не допускается.

## **8. ПУБЛИЧНОЕ ПРАВО**

Публичное право (*jus publicum*) – совокупность норм, регулирующих вопросы религиозного характера и вопросы управления. Это право, которое «*ad statum rei Romanae spectat*» (относится к положениям Римского государства). Публичное право включало в себя святыни, служение жрецов, положение магистратов (Ульпиан). К нему относились нормы, определяющие правовое положение государства и его органов и регулирующие их отношения с частными лицами. Римское публичное право содержало нормы о судопроизводстве: формах судебного процесса, вызове в суд, доказывании и доказательствах, процессуальном

представительстве; уголовного права: о преступлениях и наказаниях, об ответственности за преступления; о законах, сенатус-консультах и долговременном обычае; о порядке похорон и церемоний; о правоспособности и дееспособности лиц, о структуре власти, о занятии государственных должностей. Нормы публичного права носили повелительный характер (императивные) и не могли быть изменены. Применялись методы власти и подчинения. Публичное право неразрывно связано с обязанностями.

К публичному праву относились нормы, которые определяли правовое положение государства, государственных органов, регулирующие и контролирующие взаимоотношения с частными лицами.

Римское публичное право включало нормы о судопроизводстве:

1. процессуальное представительство, формы судебного процесса, доказывание и доказательства, вызов в суд;
2. уголовного права (преступления и наказания, ответственность за преступления);
3. законы, сенатус-консульт, долговременный обычай;
4. о государственных должностях и о структуре власти;
5. о дееспособности и правоспособности лиц;
6. о порядке церемоний и похорон.

Нормы публичного права имели императивный (повелительный) характер и не могли быть изменены. Использовались методы власти и подчинения.