

К ВОПРОСУ О КЛАССИФИКАЦИИ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ  
И О ПОИМЕНОВАННЫХ ДОГОВОРАХ  
В РИМСКОМ ПРАВЕ\*

Л. ВИНКЕЛЬ\*\*

Памяти Марио Таламанки

Классификация обязательств является частью системы Институций Гая. Есть сомнения относительно того, берет ли эта институциональная система истоки в греческой мысли. Однако деление обязательств, безусловно, восходит к Аристотелю. Это предполагалось уже Франсуа Коннаном и Гуго Гроцием. В статье анализируются фрагменты Дигест, в которых встречается термин *συνάλλαγμα* (синаллагма). Рассматривается возникновение в римской юриспруденции понятия *contractus*, а также роль консенсуса (*consensus*) в различных типах римского контракта. Высказываются некоторые общие замечания о влиянии греческой философии на римскую юридическую мысль. Показано, как хорошо метод, использовавшийся гуманистами для объяснения путей влияния греческой философии на римское право, может прояснить римский правовой

\* Статья представляет собой переработанный текст вводного доклада, сделанного на коллоквиуме “Discipline contrattuali e forme di tutela” («Договорное регулирование и формы опеки») в Соверато 2 сентября 2005 г. и затем повторенного на французском языке на 59-й сессии Международного общества истории древнего права (SIHDA) в Бо-хуме (сентябрь 2005 г.), а также, в видоизмененной редакции, — на семинаре в Институте римского права Римского университета «Ла Сапьенца», где я был приглашенным профессором (октябрь 2005 г.). В испанской версии доклад прозвучал в Автономном университете Барселоны, в Открытом университете Каталонии и в Университете Ровира и Виргили (Таррагона) в октябре 2006 г. В тексте сохранен стиль устного выступления. Статья посвящена памяти профессора Марио Таламанки, которого я знал более 30 лет. Выражаю благодарность Роберту Феенстре за сделанные им критические замечания. — *Прим. авт.*

Перевод с итальянского выполнен Д. Ю. Полдниковым (МГУ) и Д. О. Тузовым (СПбГУ) по представленной автором рукописи. Итальянская версия опубликована в 2009 г.: Winkel L. Alcune osservazioni sulla classificazione delle obbligazioni e sui contratti nominati nel diritto romano // *Bullettino dell'Istituto di diritto romano “Vittorio Scialoja”*. 103–104 (2000–2001). P. 51–66. Перевод предназначен для опубликования также в специальном выпуске «Цивилистических исследований», посвященном памяти Марио Таламанки, выход которого задерживается. — *Прим. ред.*

\*\* Лауренс Винкель — профессор истории права Университета Эразма, Роттердам, Нидерланды.

Laurens Winkel – professor of legal history at the Erasmus University, Rotterdam, the Netherlands.

© Winkel L. C., 2013

© Полдников Д. Ю., Тузов Д. О., 2013, перевод и примечания

E-mail: dtuzov@mail.ru

эkleктизм и его многообразную и сложную взаимосвязь с историей мысли. На основе полученных результатов критически оцениваются некоторые принципы современного договорного права, такие, как основанный на чрезвычайно размытой формулировке голландского Гражданского кодекса принцип добросовестности, неограниченно действующий не только в договорном, но и во всем частном праве Нидерландов, а также принцип свободы договора, расходящийся с постоянно усиливающейся в европейском частном праве тенденцией защиты более слабой стороны правоотношения.

**КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА:** обязательство, договор, контракт, *obligatio*, *contractus*, синаллагма, греческая философия, римское право, голландское гражданское право, Гай, Гроций, Коннан.

#### WINKEL L. SOME NOTES ON THE CLASSIFICATION OF OBLIGATIONS AND ON CONTRACTUS NOMINATI IN ROMAN LAW

Classification of obligations is a part of the institutional system coined by Gaius. It is questionable whether the institutional system has its roots in Greek thought. The division of obligations, however, certainly goes back to Aristotle. This was supposed already by Connanus and Grotius. The article analyses the passages with *συνάλλαγμα* in the Digest. The author examines the emergence of the concept *contractus* in Roman jurisprudence, as well as the role of consensus in different types of Roman contract. He makes some general observations on the influence of Greek philosophy on Roman legal thought. It is shown that the method used by the humanists to explain the influence of Greek philosophy on Roman law may clarify Roman legal eclecticism and its diverse and complicated relation with the history of thought. Based on the obtained results, the author critically evaluates some principles of the modern contract law, in particular, the principle of good faith which is based on an extremely vague wording of the Dutch Civil Code and which is applicable, without limitations, not only in the contract law, but also in the private law of the Netherlands in general, as well as the principle of freedom of contract which differs from a constantly increasing trend to protect the weaker party of the legal relation in the European private law.

**KEYWORDS:** obligation, contract, *obligatio*, *contractus*, *synallagma*, Greek philosophy, Roman law, Dutch civil law, Gaius, Grotius, Connanus.

1. На первый взгляд избранный предмет кажется довольно элементарным и едва ли заслуживающим нового обсуждения. Однако есть четыре причины, по которым выбор данной темы представляется мне обоснованным.

Первая — из области методологии романистики: я хотел бы показать, что римские юристы разрабатывали свои систематические идеи не независимо от философии, как полагали многие романисты минувшего столетия, а, напротив, приспособляли философские концепции для своих практических нужд. В двух своих недавних статьях<sup>1</sup> я стремился обосновать данный тезис — вопреки позиции Д. Даубе,<sup>2</sup> но соглашаясь

<sup>1</sup> Winkel L. C. 1) *Quintus Mucius Scaevola once again // Ex iusta causa traditum: Essays in Honour of Eric Pool*, [Special Issue of: *Fundamina* 2005]. Pretoria, 2005. P. 425–433; 2) Kübler et Daube sur les mots *ἀδικία* et *ἀδικήμα*, *ἁμαρτία* et *ἁμαρτήμα* // *Fides. Humanitas. Ius: Studi in onore di Luigi Labruna*. VIII. Napoli, 2007. P. 5927–5934.

<sup>2</sup> Daube D. *Roman Law: Linguistic, Social and Philosophical Aspects*. Edinburgh, 1969. P. 131 ss.

с Б. Кюблером<sup>3</sup> — применительно к схеме ответственности *dolus — culpa — casus* (умысел — неосторожная вина — случай. — Прим. пер.\*). Д. Даубе не отрицал влияния греческой философии, но отказывался признать аналогию между *ἀδικία — ἀμαρτία — ἀτυχία* и *dolus — culpa — casus*.<sup>4</sup> Здесь я хотел бы доказать, что тот же самый процесс — приспособление философских концепций к практике — имел место также в очень известном разграничении *obligatio ex delicto* и *obligatio ex contractu* (обязательства из деликта и обязательства из контракта).

Вторая причина связана с недавней кодификацией частного права в Нидерландах, которая вновь привлекла внимание к весьма старой проблеме систематизации источников обязательств. По мнению некоторых современных юристов, и не только голландских, открытая система обязательств ставит под угрозу определенность права — основную цель кодификации.<sup>5</sup> Из-за этой дискуссии, порой острой, процесс кодификации в Нидерландах после Второй мировой войны запоздал более чем на десять лет.<sup>6</sup> Впервые в современной доктрине данная проблема была поставлена в связи с неосновательным обогащением,<sup>7</sup> поскольку его трудно было вписать в рамки старой кодификации XIX в., признававшей лишь два источника обязательств: договор и закон<sup>8</sup> (ст. 1269 ГК Нидерландов 1838 г.). Теперь мы — вполне по-голландски — приняли формулу, представляющую собой результат доктринального компромисса: обязательство должно вытекать

---

<sup>3</sup> Kübler B. 1) Der Einfluß der griechischen Philosophie auf die Entwicklung der Lehre von den Verschuldensgraden im römischen Recht // Rechtsidee und Staatsgedanken: Festgabe für Julius Binder. Berlin, 1930. S. 63–76; 2) Les degrés de faute dans les systèmes juridiques de l'Antiquité // Recueil d'Etudes en honneur d'Edouard Lambert. Paris, 1938. P. 174–184.

\* Здесь и далее заключенный в круглые скобки (как в основном тексте, так и в сносках) перевод фрагментов и отдельных терминов с латыни, немецкого, французского, английского, нидерландского языков, а также данный в параллельном столбце перевод фрагментов римских источников с латыни выполнен переводчиками настоящей статьи и в дальнейшем не оговаривается. — Прим. пер.

<sup>4</sup> См. рецензию на книгу Даубе: Kaser M. // Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. Rom. Abt. 87 (1970). S. 538. — М. Казер также полагает, что нахождение аристотелевской схемы в сфере уголовного преследования делает менее возможным ее влияние в частноправовой плоскости. Представляется, что данный аргумент не может быть принят, учитывая важную роль римских частноправовых деликтов, посредством которых схемы, происходящие из уголовного права, могли проникнуть в римское частное право.

<sup>5</sup> См.: Van Kan J. 1) De rechtsgedachte der codificatiebeweging in Frankrijk // Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. 1 (1918). P. 191–229, особенно p. 193 ss.; 2) Les efforts de codification en France. Paris, 1922. P. 34 ss.; Gagnér S. Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung. Stockholm, 1960. S. 112 ss.; Vanderlinden J. Le concept de code en Europe occidentale du XIII<sup>e</sup> au XIX<sup>e</sup> siècle. Bruxelles, 1967. P. 208 ss.

<sup>6</sup> Ср.: Sütö V. J. Nieuw vermogensrecht en rechtsvergelijking, reconstructie van een wetgevingsproces (1947–1961). Den Haag, 2004. P. 154 ss., 176 ss.; Smits J. M. 1) Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid. Arnhem, 1995. P. 166 ss.; 2) Bronnen van verbintenissen: over pragmatisme en de Anglicisering van het Nederlands verbintenissenrecht // Rechtsfilosofie & Rechtstheorie. 26 (1997). P. 213 ss, особенно p. 218 ss.; 3) Bronnen van verbintenissen. Deventer, 2003. P. 28 ss; Florijn E. O. H. P. Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Maastricht, 1995. P. 190 ss.

<sup>7</sup> Bregstein M. H. Ongegronde vermogensvermeerdering. Amsterdam, 1928; см. также: Unjust Enrichment: The Comparative Legal History of the Law of Restitution / ed. by E. J. H. Schrage. Berlin, 1995. (Passim.)

<sup>8</sup> Ср.: Mayer-Maly Th. Das Gesetz als Entstehungsgrund von Obligationen // Revue Internationale des droits de l'Antiquité. 12 (1965). S. 437–451.

из закона (ст. 6:1 ГК Нидерландов),<sup>9</sup> — выражение, по моему мнению, слишком размытое.

Третья причина связана с моим опытом работы судьей Апелляционного суда Амстердама, где мне приходилось рассматривать дела, в которых главный предмет спора заключался в толковании договора. В одном из таких дел требовалось истолковать договор, который прямо не содержал *clausula rebus sic stantibus*,\* либо согласно английскому праву (где отсутствует легальная ссылка на добросовестность, а потому данная *clausula* не входит в договор), либо согласно праву голландскому (где такая *clausula* связана с ролью добросовестности). По правилам международного частного права мы должны были выбрать для толкования эту последнюю правовую систему.<sup>10</sup> Однако мне не удавалось подавить в себе чувство некоторого скептицизма в отношении весьма вольного толкования, принятого в нашей голландской системе, и я спрашивал себя: согласуется ли эта система с определенностью права? не слишком ли широка в голландском частном праве свобода сторон и, возможно, судьи, который обращается к концепции добросовестности?<sup>11</sup>

Четвертая причина заключается в растущей невозможности классифицировать правоотношения, аналогичные договорным,<sup>12</sup> такие, как заявление в форме *letter of intent* (протокола о намерениях),<sup>13</sup> преддоговорная ответственность в целом<sup>14</sup> или то, что французские юристы называют *un contrat d'adhésion* (договором присоединения).<sup>15</sup>

Все это побудило меня вернуться к проблемам, связанным с классификацией обязательств и договоров в римском праве. Влияние римского права, разумеется, наиболее ощутимо в области обязательственного права. Необходимость выразить мои мысли на итальянском языке

<sup>9</sup> Ст. 6:1 ГК Нидерландов: “Verbintenissen kunnen slechts ontstaan, indien dit uit de wet voortvloeit” («Обязательства могут возникнуть лишь тогда, когда они вытекают из закона»).

\* Оговорку о том, что контракт остается в силе только при неизменности условий, в которых он был заключен. — *Прим. пер.*

<sup>10</sup> См. постановление Апелляционного суда Амстердама, гражданская секция, 5-я палата, 25 ноября 1999 г., № 98/0836 Rainham vs Vezelpers (не опубликовано).

<sup>11</sup> См. постановление Голландского Кассационного суда от 17 февраля 2006 г. (NJ. 2006. P. 378, а также *Ars Aequi*. 56 (2007). P. 360 ss.) с очень скептическим комментарием Т. Hartlief.

<sup>12</sup> *Fögen M. Th. Zufälle, Fälle und Formeln — Zur Emergenz des synallagmatischen Vertrags // Rechtsgeschichte*. 6 (2005). S. 84–100.

<sup>13</sup> *Schut W. S. M. Letters of intent*. Zwolle, 1986; *Lutter M. Der Letter of Intent*<sup>3</sup>. Köln, 1998.

<sup>14</sup> *Medicus D. Zur Entdeckungsgeschichte der culpa in contrahendo // Iuris Professio: Festgabe für Max Kaser* стр. 80. Geburtstag. Wien; Köln; Graz, 1986. S. 169–181; библиографию см. также в: *Winkel L. C. Culpa in contrahendo in Roman Law and in some modern Dutch Court Decisions // Viva vox iuris Romani: Essays in honour of Johannes Emil Spruit*. Amsterdam, 2002. P. 149–157; *Kuonen N. La “culpa in contrahendo”: un colosse aux pieds d’argile? // Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*. 73 (2005). P. 267–278. Применительно к современному европейскому частному праву см. ст. 6–10 «Европейского кодекса договоров» (руководитель проекта — Г. Гандольфи): *Code Européen des Contrats. Avant-projet*. I. Milano, 2004. P. 106–107, где преддоговорная ответственность уподобляется, по-видимому, ответственности договорной.

<sup>15</sup> Первым французским юристом, использовавшим данное выражение, был Р. Салейль: *Saleilles R. De la déclaration de volonté: contribution à l’étude de l’acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116 à 144)*. Paris, 1901 [стереотипное переиздание 1929 г.]. P. 229 ss.

предопределила использование преимущественно итальянской романистической литературы.

2. Здесь я хотел бы представить две возможные формы греческого влияния на систематику институтов римского вещного и обязательственного права. Буду краток в отношении данной систематики в *Institutiones* (Институциях) Гая, поскольку об этом писали многие романисты<sup>16</sup> и эта дискуссия резюмирована в сравнительно недавней монографии Х. Нельсона.<sup>17</sup> Важно заметить, что систематика *ius civile* связана с ростом интереса образованных слоев древнеримского населения к греческой культуре, чему имеется немало подтверждений в литературных и юридических источниках: из произведений Цицерона, например, нам известно название его утраченной работы – *De iure civili in artem redigendo* («О гражданском праве в научном представлении»),<sup>18</sup> можно также сослаться на *Noctes Atticae* («Аттические ночи») Авла Геллия, где виден живой интерес к греческой мысли, или на *Enchiridion* («Пособие») Помпония.

Ф. Шульц пытался возвести систему *Institutiones* к творчеству Квинта Муция Сцеволы, т. е. к началу I в. до н. э. По мнению этого автора, общее деление [гражданского]\* права у Квинта Муция, впоследствии реконструированное Гаем, было следующим: наследственное право, право лиц, собственность и обязательства.<sup>19</sup>

Ф. Виакер,<sup>20</sup> А. Ватсон,<sup>21</sup> Х. Нельсон<sup>22</sup> и многие другие романисты критиковали данную аргументацию, по их мнению, слишком поверхностную. Действительно, книги *De iure civili* («О гражданском праве») в схеме Квинта Муция слишком фрагментарны для того, чтобы позволить подобные выводы, а согласно *Palingenesia*\*\* О. Ленеля, два консенсуальных контракта — *emptio venditio* и *societas* — рассматриваются в них по отдельности в совершенно различных местах.<sup>23</sup> А. Ватсон объясняет это частично связью *emptio venditio* (купли-продажи) с *mancipatio* (манципацией), а *societas* (товарищество) — с *prosortium ercto non cito* (сообществом наследников, имеющих нераздельное право собственности на наследственное

---

<sup>16</sup> См., напр.: *Coing H. Zur Geschichte des Privatrechtssystems*. Frankfurt a. M., 1961; то же в наст. время в: *Coing H. Gesammelte Aufsätze*. I. Frankfurt a. M., 1982. S. 198 ss.

<sup>17</sup> *Nelson H. L. W. Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones*. Leiden, 1981. S. 335 ss. — Здесь не представляется возможным рассматривать проблемы систематики, анализируемые Л. Лантеллой на основе исследований Дж. Гроссо (*Lantella L. Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano*. Torino, 1975. P. 194 ss.).

<sup>18</sup> *Mette H. J. Ius civile in artem redactum*. Göttingen, 1954.

\* Здесь и далее дополнения, заключенные в квадратные скобки, даны переводчиками для лучшего понимания текста. — *Прим. пер.*

<sup>19</sup> *Schulz F. Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*. Weimar, 1961 [стереотипное переиздание: Leipzig, 1975]. S. 111 ss.

<sup>20</sup> *Wieacker F. Griechische Wurzeln des Institutionensystems // Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte*. Rom. Abt. 70 (1953). S. 93 ss.

<sup>21</sup> *Watson A. Law Making in the Later Roman Republic*. Oxford, 1974. P. 143 ss.

<sup>22</sup> *Nelson H. L. W. Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones*. S. 337.

\*\* Известная реконструкция произведений римских юристов по фрагментам, дошедшим до нас через Дигесты Юстиниана и некоторые другие источники. — *Прим. пер.*

<sup>23</sup> *Lenel O. Palingenesia iuris civilis: iuris consultorum reliquiae quae iustiniani Digestis continentur ceteraque iurisprudentiae civilis fragmenta minora secundum auctores et libros*. Lipsiae, 1889. I. P. 757 ss. (фрагменты самого Квинта Муция); II. P. 50 ss. (фрагменты Помпония *ad Quintum Mucium*).

имущество).<sup>24</sup> Система Мазурия Сабина, изученная еще О. Ленелем<sup>25</sup> и Г. Скерилло,<sup>26</sup> а не так давно Р. Астольфи,<sup>27</sup> не может быть принята во внимание по той же причине: она также дошла до нас лишь в небольших фрагментах. Могла существовать ясная связь между структурой правопорядка у Муция и Сабина. М. Вийе пытался установить здесь соотношение с греческой теорией драмы и особо подчеркивал тот аспект, что изначальное значение латинского слова *persona* (лицо) — «театральная маска», тогда как слово *res* (вещь) указывало на сценарий (*le décor*), а *actiones* (иски) — на «театральные акты».<sup>28</sup>

Г. Й. Метте<sup>29</sup> стремился увязать систему Институций с философией стоицизма, И. Штрукс,<sup>30</sup> напротив, — с системой, использовавшейся позднее в грамматике Харизия, а Ф. Виакер в авторитетной статье 1953 г. пришел к следующему выводу: «Будем ли мы связывать систему Институций только со специализированной грамматической традицией или же со всем научным наследием [древнегреческой] философии после Сократа — что методологически нам представляется более верным, — единственным источником римских систематизаций непосредственно или опосредованно является поставленный древними греками вопрос о сущности бытия и истины; в обоих случаях в их плане будет смутно отражаться логическая структура греческого суждения об истине».<sup>31</sup>

Из этого элегантно высказывания видно, что Виакер также не уточняет, какие именно источники использовались Гаем: *unmittelbar* или *mittelbar* (непосредственно или опосредованно) — вот его единственная квалификация. Такая форма аргументации достаточно распространена, поскольку иначе, согласно рассматриваемой точке зрения, было бы необходимо, прежде всего, рассматривать древнегреческую теорию истины во всей ее широте. Я не могу, однако, признать эти аргументы очевидными и убедительными.

<sup>24</sup> Watson A. Law Making in the Later Roman Republic. P. 143 ss., особенно p. 147.

<sup>25</sup> Lenel O. Das Sabinussystem // Strassburger Festschrift für Rudolph von Jhering (опубликовано в качестве отдельного оттиска: Strassburg, 1892); в настоящее время в: Lenel O. Gesammelte Schriften / a cura di O. Behrends e F. D'Ippolito. II. Napoli, 1990. S. 1 ss.

<sup>26</sup> Scherillo G. Il sistema civilistico // Studi in onore di Arangio Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento. IV. Napoli, 1953. P. 445–467, где сравниваются системы Муция, Сабина, Алфена Вара, Лабеоны, Кассия, Яволена, Юлиана и Африкана; очень полезна схема после с. 446. См. также: Schiavone A. La cristallizzazione del "ius civile" da Quinto Mucio a Sabino // Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana all'esperienza moderna. II. Napoli, 1997. P. 253–265.

<sup>27</sup> Astolfi R. I libri tres iuris civilis di Sabino<sup>2</sup>. Padova, 2001. P. 6: структура Институций Гаю далека от структуры *ius civile*; см. p. 229 ss., откуда вытекает, что четыре консенсуальных контракта объединены лишь в Институциях Гаю.

<sup>28</sup> Villey M. Le droit subjectif et les systèmes juridiques romains // Revue historique de droit français et étranger. 4<sup>e</sup> sér. 24–25 (1946–1947). P. 207 ss.

<sup>29</sup> Mette H. J. *Ius civile in artem redactum*. S. 22 ss.

<sup>30</sup> Stroux J. Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik. Potsdam, 1949. S. 95 ss.: автор стремился свести систему грамматики Харизия и систему Гаю к одному источнику.

\* Пер. с нем. ("Ob wir nun das Institutionensystem an die grammatische Fachtradition oder an den gesamten Lehrbestand der nachsokratischen Philosophie anschließen, was uns methodisch zuverlässiger scheint: unmittelbarer oder mittelbarer hat es als einziges der römischen Systeme seinen Ursprung in der so nur von den Griechen gestellten Frage nach dem Wesen des Seins und der Wahrheit; in beiden Fällen würde sich in seinem Entwurf schattenhaft die logische Gestalt der griechischen Aussage über die Wahrheit abbilden"). — Прим. пер.

<sup>31</sup> Wieacker F. Griechische Wurzeln des Institutionensystems. S. 93–126, особенно с. 120.

Х. Нельсон писал, что Гай первым из юристов дал общую картину *ius civile* и *ius honorarium*, а не только того или другого в отдельности, как делали почти все предшествующие юристы. По мнению этого автора, данное обстоятельство представляет собой решающий аргумент в пользу тезиса о том, что система Гая основывается исключительно на юридической традиции.<sup>32</sup>

Я несколько более скептичен, чем Нельсон: склоняясь в пользу древнегреческого влияния, мне хотелось бы подчеркнуть, что латинская риторика получила окончательную систематизацию чуть меньше чем за столетие до Гая, в *Institutiones Oratoriae* («Наставлениях оратору») Квинтилиана, после длительного процесса, начавшегося с греческой риторики Аристотеля в IV в. до н. э. и проходящего через Гермагора из Темноса во II в. до н. э.<sup>33</sup> Того же взгляда придерживается М. Фурман в своей монографии о системе преподавания в Античности. По его мнению, пример риторики был воспринят в области юриспруденции, учитывая, что речь идет о близких друг другу дисциплинах.<sup>34</sup> П. Биркс и Г. МакLeod в своем издании Институций Юстиниана, напротив, вновь подчеркивают, что система Институций обязана своим возникновением одному Гаю, не имея прецедентов в предшествующей литературе.<sup>35</sup> П. Г. Штайн ясно показывает, что системе Институций Гая предшествовали иные попытки систематизации [права], но и ему не удается выявить новаторство этой последней.<sup>36</sup> Мой вывод относительно системы Институций Гая определенно сводится к следующему. Разумеется, древнегреческая культура влияла на мышление римских юристов, что нашло выражение, в первую очередь, в использовании схемы *genus — species* (род — вид) и во вторую — риторики, однако о конкретных путях этого влияния мы до сих пор можем сказать лишь: “*non liquet*”.\*

<sup>32</sup> Nelson H. L. W. Überlieferung, Aufbau und Stil von *Gai Institutiones*. S. 337.

<sup>33</sup> Matthes D. Hermagoras von Temnos // *Lustrum*. 1958. Band 3. Göttingen, 1959. S. 107 ss.

<sup>34</sup> Fuhrmann M. Das systematische Lehrbuch: Ein Beitrag zur Geschichte der Wissenschaft in der Antike. Göttingen, 1960. S. 183 ss., особенно S. 184–185: “...im Ganzen bezeugen die gajanischen Institutionen denselben Synkretismus heterogener Bildungselemente, wie er sich bereits in den beiden spätrepublikanischen Rhetoriklehrbüchern oder in der Einteilung des augustäischen Werkes über die Baukunst feststellen läßt.” («...в целом Институции Гая отражают синкретизм гетерогенных элементов, который проявился уже в обоих позднереспубликанских пособиях по риторике или в подразделении сочинений по архитектуре периода правления Августа.»). Данное замечание усиливает впечатление, что римские юристы были эклектичны, когда речь шла о применении теоретических концепций. По мнению М. Фурмана, деление источников обязательств восходит к республиканскому периоду или к началу Принципата (S. 185 n. 3; S. 186). *Fragmentum Dositheanum* (т. е. извлечения из сборника учебных текстов для упражнении в переводе с латинского и греческого языков, составленного, предположительно, в конце IV в. грамматиком Досифеем, автором *Ars grammatica*. — Прим. пер.) имел систему, сравнимую с Институциями Гая (S. 104 ss.).

<sup>35</sup> Birks P. H., McLeod G. *Justinian's Institutes*. Translation with an Introduction. Ithaca, 1987. P. 16.

<sup>36</sup> Stein P. G. The Development of the Institutional System // *Studies in the Institutes of Justinian in Memory of J. A. C. Thomas*. London, 1983. P. 151–163, особенно p. 154 ss. См. также: Vander Waerdt P. *Philosophical Influence on Roman Jurisprudence: The Case of Stoicism and Natural Law* // *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*. II. 36–37. Berlin; New York, 1994. P. 4866 n. 59.

\* Не ясно, воздерживаюсь (лат.). — Прим. пер.

3. Возможно, более определенные результаты мы можем получить в области *divisio obligationum* (деления обязательств). В своей книге об *error iuris* (ошибке в праве)<sup>37</sup> 1985 г. я попытался предложить методологию исследования влияния греческой философии на римское право, а позднее, в статье в честь Рауля ван Канегема, опубликованной в *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* в 1997 г.,<sup>38</sup> разработал и, надеюсь, усовершенствовал эту методологию.<sup>39</sup>

В литературе греческая философия часто рассматривается как источник идей [римских] юристов, однако почти всегда отсутствуют доказательства как в отношении источников, через которые произошло это опосредованное влияние, так и в отношении того, каким образом римский юрист мог ознакомиться с соответствующей темой. Действительно, представить бесспорное доказательство греческого влияния вообще невозможно, но вероятность того, что это влияние имело место, заслуживает более пристального внимания. В особенности это касается учения Аристотеля, до сих пор актуального для нас. История аристотелевской традиции, особенно этики, весьма сложна. На протяжении столетий — с 300 г. по 50-е гг. до н. э. — мы не встречаем никаких следов «Никомаховой этики» (*Ethica Nicomacheia*), ставшей позднее самым влиятельным этическим трактатом. Второй период забвения начинается уже после правления императора Августа и завершается в 30-е гг. II в. н. э. деятельностью философа Аспасия, о котором я еще скажу далее.<sup>40</sup>

Другим инструментом, позволяющим выявить влияние греческой философии на римское право, является исследование произведений гуманистов: они владели знаниями об античной литературе, которые нами, несомненно, утрачены.

Но вернемся к *divisio obligationum*, первоисточник которой Ф. Шульц обнаружил во фрагменте V, 1131 а 1–9 «Никомаховой этики» Аристотеля, где философ говорит о *συνάλλαγμα* (синаллагма) *ἐκούσια* и *ἀκούσια*, т. е. произвольных и непроизвольных отношениях [обмена] или сделках.<sup>41</sup>

<sup>37</sup> Winkel L. C. *Error iuris nocet*. Rechtsirrtum als Problem der Rechtsordnung. I: Rechtsirrtum in der griechischen Philosophie und im römischen Recht bis Justinian. Zutphen, 1985. (*Passim*.)

<sup>38</sup> Winkel L. C. Le droit romain et la philosophie grecque, quelques problèmes de méthode // *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*. 65 (1997). P. 373–384.

<sup>39</sup> В рецензии на мою книгу М. Хербергер решительно поддержал подобный подход к изучению вопроса о влиянии философии (см.: *Herberger M.* // *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte*. Rom. Abt. 104 (1987). S. 745 ss.); тем не менее данная тема в целом заслуживает нового и еще более обширного исследования после опубликования в «Aufstieg und Niedergang der römischen Welt» (II. 36–37. 1994) фундаментальных статей Ф. Митсиса (*Mitsis Ph.* *Natural Law and Natural Rights in Post-Aristotelian Philosophy. The Stoics and Their Critics*. P. 4812–4850), П. Вандер Вердта (*Vander Waerd P.* *Philosophical Influence on Roman Jurisprudence...* P. 4851 ss.) и М. Дукоса (*Ducos M.* *Philosophie, littérature et droit à Rome sous le Principat*. P. 5134 ss.), которые я еще не мог ни учесть, ни процитировать в своей публикации 1997 г. То же самое касается критической статьи А. Мантелло (*Mantello A.* *De iurisconsultorum philosophia*. Spunti e riflessioni sulla giurisprudenza nel primo principato // *Studia et documenta historiae et iuris*. 67 (2001). P. 1–58).

<sup>40</sup> См. § 4.

<sup>41</sup> *Schulz F.* *Classical Roman Law*. Oxford, 1951 (стереотипное переиздание: Aalen, 1992). P. 468. Ф. Шульц критикует позицию Й. Парча (*Partsch J.* *Das Dogma des Synallagmas im römischen und byzantinischen Rechte* // *Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften*. Berlin, 1931. S. 3–95, особенно S. 12), а также интерполяционистские гипотезы Г. Беселера и Г. Бортоллуччи (*Beseler G.* *Einzelne Stellen* // *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte*. Rom. Abt. 52 (1932). S. 293–294; *Bortolucci G.* *Note sul*



В данном различии между произвольным и непроизвольным состоит сущность аристотелевской теории моральной ответственности, используемой Стагиритом для того, чтобы объяснить межличностные взаимоотношения. Но в связи с этим обнаруживаются некоторые серьезные проблемы. Прежде всего, существует ли в работах Аристотеля само понятие воли? Этому посвящена известная монография Э. Кенни,<sup>42</sup> которая начинается с утверждения: «У Аристотеля не было теории воли».<sup>43</sup> Данной позиции вполне соответствует мнение немецкого философа А. Диле, который писал, что современная концепция воли появляется только в работах Блаженного Августина, но в то же время отмечал влияние римских юридических текстов, в особенности по наследственному праву, где учитывалась *voluntas testatoris* (воля завещателя).<sup>44</sup> Следовательно, возводить понятие воли от римской юриспруденции к Аристотелю — довольно рискованный шаг, хотя, возможно, и допустимый.<sup>45</sup>

Второе затруднение могло бы быть вызвано предположением, что речь идет о влиянии не какого-то особого философского учения, а *locus communis* (общего места), как предложил считать П. Вандер Вердт,<sup>46</sup> критикуя Онорé, который проявлял нерешительность в вопросе о влиянии стоицизма вообще,<sup>47</sup> но применительно к *divisio obligationum* предположил влияние в первую очередь перипатетики, хотя и без учета опосредующих источников.<sup>48</sup> Действительно, мы также еще не обнаружили источников, посредством которых идеи Аристотеля оказали влияние [на римское право]. Однако следует помнить, что абстрактное понятие *delictum* (деликта) еще явно не присутствует в произведениях Сабина и, как отметил П. Г. Штайн, было разработано лишь после него, в течение I в. н. э.<sup>49</sup> Если бы Вандер

---

contratto romano // *Acta Congressus Iuridici Internationalis*. I. Roma, 1935. P. 261–276). В недавней литературе мне не представляются точными замечания Л. Дюванеля (*Duvallet L. La justice contractuelle dans la philosophie antique et le droit romain*. Zürich, 2004. P. 106 ss., 276). См., наконец: *Immenhauser M. Das Dogma von Vertrag und Delikt*. Köln; Weimar, 2006. S. 80.

<sup>42</sup> Kenny A. *Aristotle's Theory of Will*. Oxford, 1980.

\* Пер. с англ.: (“There is no theory of the will in Aristotle”). Цитируемый фрагмент из книги Кенни звучит, однако, несколько иначе: “It is a commonplace of Aristotelian scholarship that Aristotle had no theory of the will”, т. е. автор не высказывает утверждения о том, что у Аристотеля не было теории воли, а приводит «расхожее мнение исследователей [наследия] Аристотеля». — Прим. пер.

<sup>43</sup> Kenny A. *Aristotle's Theory of Will*. P. VII.

<sup>44</sup> Dähle A. *The Theory of Will in Classical Antiquity*. London; Los Angeles, 1980. P. 135 ss.

<sup>45</sup> Ср.: *Hoetink H. R. Les notions anachroniques dans l'historiographie du droit // Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*. 23 (1955). P. 1–20; переиздано: *Hoetink H. R. Opera Selecta*. Amsterdam, 1985. P. 216–237.

<sup>46</sup> *Vander Waerdt P. Philosophical Influence on Roman Jurisprudence...* P. 4882 n. 122.

<sup>47</sup> *Honoré T. Gaius*. Oxford, 1962. P. 108 и особенно ход рассуждений в сн. 1: “I do not deny the possibility of Stoic influence on Gaius: but in view of the fact that Aristotle's influence has been demonstrated in other respects, it seems more likely that Gaius' use of natural law is derived from him too” («Я не отрицаю возможного влияния стоицизма на Гаю; но учитывая тот факт, что влияние Аристотеля доказано в других отношениях, кажется более вероятным, что использование Гаем [понятия] естественного права также происходит от него»).

<sup>48</sup> *Ibid.* P. 100 ss.

<sup>49</sup> *Stein P. G. The Development of the Institutional System*. P. 152–163, особенно p. 153: “[In Sabinus' scheme] concepts like delicts are beginning to emerge” («[В схеме Сабина] начинают появляться такие понятия, как деликты»). Ср.: *Lenel O. Das Sabinussystem*. S. 70 s.

Вердт был прав в том, что речь здесь идет о *locus communis*, то невозможно было бы объяснить, почему данное понятие не встречается в сохранившихся фрагментах [произведений римских] юристов, предшествовавших Гаю. Тезис Вандер Вердта неточен еще и по другой причине, которую можно обнаружить в австрийской [гражданско-правовой] кодификации, составленной под влиянием идей естественного права: в § 1295 ABGB прямо уравниваются *obligatio ex delicto* и *obligatio ex contractu*.<sup>50</sup> Нельзя, таким образом, утверждать, что различие между ними внутренне присуще юридической мысли. Итак, *exit locus communis!*\*

Важно отметить, что в «Никомаховой этике» речь идет не только об этическом, но одновременно и о логическом [дихотомическом] делении, поскольку в той же самой плоскости «произвольного» и «непроизвольного» невозможно выявить иные классы.<sup>51</sup> Изложив в третьей книге «Никомаховой этики» понятие воли, в пятой книге Аристотель перешел к рассмотрению двух категорий справедливости (*δικαίον διανεμητικὸν* и *διορθωτικὸν*), используя при этом примеры из греческой юридической практики: вторая форма справедливости (*δικαίον διορθωτικὸν*) связана с *συνάλλαγμα ἐκούσια* и с *συνάλλαγμα ἀκούσια*.<sup>52</sup> Среди первых синаллагм перечислены некоторые договоры, известные греческому праву, среди вторых — некоторые деликты, также согласно греческому праву (Arist. *eth. Nicom.*V, p. 1131 a, lin. 1–9). В статье Г. Ли (Ф. Шульц на нее не ссылается) выражена позиция, противоположная точке зрения Шульца: оперируя римско-правовыми понятиями контракта и деликта, автор ставит вопрос о том, в какой мере Аристотель действительно следовал греческой юридической практике, проводя различие между *συνάλλαγμα ἐκούσια* и *συνάλλαγμα ἀκούσια*.<sup>53</sup>

Теперь обратимся к Гаю, который в свою очередь различает два типа обязательств: *ex delicto* и *ex contractu*. Это деление уже не логическое\*\* (как деление на произвольное и непроизвольное): оно оставляет место для третьей категории — [обязательств] *ex variis causarum figuris* (из оснований различного рода) (Gai. 2 *aur. D.* 44, 7, 1 pr.), а в юстиниановской компиляции — [обязательств] *quasi ex delicto* и *quasi ex contractu* (как бы из деликта и как бы из контракта) (I. 3, 13, 2).<sup>54</sup>

<sup>50</sup> ABGB, 1295, Abs. 1: “Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; *der Schaden mag durch Übertretung einer Vertragspflicht, oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein*” («Каждый вправе требовать от причинителя возмещения вреда, причиненного виновно; [подлежащий возмещению] вред может быть причинен нарушением договорной обязанности или независимо от договора»).

\* Общее место отпадает! (лат.) — Прим. пер.

<sup>51</sup> Я оставляю здесь в стороне тонкости аристотелевской аргументации и различия между *ἐκούσιος*, *οὐχ ἐκούσιος* и *ἀκούσιος* (подробнее см.: Winkel L. C. *Error iuris*. S. 28 ss.).

<sup>52</sup> Разбор текстов см.: Maffi A. “Synallagma” e obbligazioni in Aristotele: spunti critici // Atti del II Seminario Romanistico Gardesano. Milano, 1980. P. 13–35; ср. также: Salomon M. (*Shellens*). *Der Begriff der Gerechtigkeit bei Aristoteles*. Leiden, 1937 (стереотипное переиздание: New York, 1979). S. 150 n. 2; более полную библиографию см.: Biscardi A. *Diritto greco antico*. Milano, 1982. P. 133 ss.

<sup>53</sup> Lee H. D. P. *The Legal Background of Two Passages in the Nicomachean Ethics* // *Classical Quarterly*. 1937. P. 129–140.

\*\* В смысле: не дихотомическое. — Прим. пер.

<sup>54</sup> Lantella L. *Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano*. P. 231 ss.; Grosso G. *Problemi sistematici nel diritto romano (cose – contratti)* / a cura di L. Lantella. Torino, 1974. P. 111 ss.

4. Здесь я хотел бы сделать одно отступление: категория *obligatio quasi ex contractu* не была, как мы часто думаем, изобретением Юстиниана. Впервые ее использует Гай. Речь идет о классификации обязательств, вытекающих из опеки.

Gai. 3 *aur.* D. 44, 7, 5, 1 (= I. 3, 27, 3): Tutelae quoque iudicio qui tenentur, non proprie ex contractu obligari intelleguntur (nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur): sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur...

Также те, кто отвечают по делам об опеке, считаются обязанными не собственно из договора (ведь никакой сделки между опекуном и подопечным не заключается). Однако поскольку обязаны они, очевидно, не вследствие правонарушения, но считаются обязанными как бы из договора...

Для юристов I в. до н. э. обязательства, вытекающие из опеки, напротив, охватываются [немецким юридическим понятием] *Herrschaftsrecht* (право господства) обязательственного характера,<sup>55</sup> что видно из следующего фрагмента.

Paul. 38 ad ed. D. 26, 1, 1 pr. (= I. 1, 13, 1): Tutela est, ut Servius definit, vis\* ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa.

Опека, как [ее] определяет Сервий, это предоставленная и разрешенная гражданским правом сила\* и власть над свободным лицом для защиты того, кто ввиду возраста не в состоянии защищаться самостоятельно.

Вероятно, Гай иначе рассматривал данную ситуацию, стремясь включить обязательства опеки в разработанную им систему обязательств. А. Бискарди приводит другие примеры отношений, которые схожи с договорными, но таковыми не являются: *negotiorum gestio* (ведение [чужих] дел [без поручения]), легат, *condictio indebiti* (кондикция в отношении недолично уплаченного), общая собственность без *societas* (товарищества).<sup>56</sup>

5. Завершим, однако, это отступление и вернемся к обоснованию возможного влияния идей Аристотеля на *divisio obligationum*. Среди возможных гипотез прежде всего рассмотрим ту, согласно которой Гай мог непосредственно прочесть текст Аристотеля. В плане языковых познаний эта версия не может быть исключена. Гай, несомненно, знал греческий и иногда приводил цитаты из греческих произведений, например, во фрагменте Gai. 3, 141, где делается ссылка на Гомера в связи с разграничением между куплей-продажей и меной.<sup>57</sup> Возможное непосредственное знакомство представляется, впрочем, несколько более вероятным, если учесть, что текст пятой книги «Никомаховой этики» дошел до нас также в качестве четвертой книги «Эвдемовой этики» (*Ethica ad Eudemum*) — другого

<sup>55</sup> Kaser M. Das römische Privatrecht<sup>2</sup>. I. München, 1971. S. 352.

\* *Ius*? (В Институциях Юстиниана вместо *vis* написано *ius* — право. — Прим. пер.). С палеографической точки зрения, в I. 1, 13, 1, видимо, сложно различить написание слов *vis* и *ius*. В Дигестах же, напротив, вариант «*vis*» представляется единственно возможным.

<sup>56</sup> Biscardi A. Some critical remarks on the Roman law of obligations // The Irish Jurist. 12 (1977). P. 371–383, особенно с. 381.

<sup>57</sup> См.: Mayer-Maly Th. Homer in römischen Rechtstexten // Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. 72 (2004). S. 231 ss.

этического трактата Аристотеля, получившего большее распространение в Античности, и именно в тот период (II в. н. э.) обе книги изучал Аспасий.<sup>58</sup> Напротив, в третьем этическом трактате Аристотеля, самом кратком и, возможно, оттого самым популярном в Античности, — «Большой этике» (*Magna Moralia*), понятия *συνάλλαγμα ἀκούσια* и *ἐκούσια* не обсуждаются.

Рассмотрим также вероятность косвенного влияния. Опосредованное знакомство с аристотелевскими идеями могло быть возможным через комментарии философа-перипатетика Аспасия, жившего в Афинах ок. 135 г. н. э. или, согласно исследованиям Ф. Бекки,<sup>59</sup> ок. 100 г. н. э., т. е. как минимум за 25 лет до составления Институций Гая. Ибо несомненно, что он комментировал определенную часть «Никомаховой этики». К сожалению, его комментарии к пятой книге трактата не сохранились, но он, вероятно, комментировал и ее, как и все остальные книги этого произведения.<sup>60</sup> По мнению же Г. Готшалка, в латиноязычной литературе влияние идей Аристотеля и его комментаторов на римский мир не прослеживается с очевидностью: лишь у Сенеки встречаются прямые цитаты из произведений Аристотеля и Теофраста. И все же он допускает, что аристотелевская философия предоставила также и римским юристам по крайней мере “*ready-made set of components*” («готовый набор компонентов»)<sup>61</sup>.

Возможность аристотелевского влияния находит еще более широкое подтверждение в юридической литературе XVI–XVIII вв. Французский гуманист Франсуа Коннан (*Franciscus Connanus*, 1508–1551 гг.), который, как и все представители правового гуманизма, был прекрасным знатоком древнегреческого литературного наследия, уже ссылаясь на Аристотеля, объясняя *divisio obligationum*.<sup>62</sup> То же самое делал Гуго Гроций в своем

<sup>58</sup> Об этом рассказывает Порфирий: *Porphyrius. Vita Plotini*. 14, 13 (см.: *Dörrie H. Aspasios // Der kleine Pauly*. I. München, 1975. S. 650; *Gercke A. Aspasios // Pauly-Wissowa Realencyclopädie der Classischen Altertumswissenschaft*. II. 2. Stuttgart, 1896. Col. 1722–1723; *Sharples R. W., Krafft F. Aspasios // Der neue Pauly*. II. Stuttgart, 1997. Col. 104–105; *Becchi F. Aspasio commentatore in Aristotele // Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*. II. 36–37 (1994). P. 5365–5396: по мнению последнего автора, аристотелевская традиция после Андроника Родосского и до Александра Афродисийского не прерывалась; то же мнение см.: *Gottschalk H. B. Aristotelian Philosophy in the Roman World // Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*. II. 36–37. P. 1079–1174, особенно P. 1121 ss.; *Kenny A. The Aristotelian Ethics*. Oxford, 1978; *Moraux P. Der Aristotelismus bei den Griechen*. II. Berlin; New York, 1984. S. 226–293. P. Шарплс допускает возможность того, что именно Аспасий включил в «Эвдемову этику» книги, общие с «Никомаховой этикой» (*Sharples R. W., Krafft F. Aspasios*. Col. 104–105). Иного мнения придерживается А. Кенни (*Kenny A. The Aristotelian Ethics*. P. 29–36).

<sup>59</sup> *Becchi F. Aspasio commentatore in Aristotele*. P. 5365 s.

<sup>60</sup> См.: *Moraux P. Der Aristotelismus bei den Griechen*. II. S. 250; *Becchi F. Aspasio commentatore in Aristotele*. P. 5367; *Gauthier R. A. L'Éthique à Nicomaque*. I.1. Louvain; Paris, 1970. P. 100; *Commentaria in Aristotelem Graeca / Hrsg. G. Heylbut [далее — CAG]*. XIX. 1. Berlin, 1889. P. 122–126 (libro IV); P. 127 ss. (libro VII). Анонимный комментарий к книге V (CAG. XX. Berlin, 1892. P. 205 ss.) нельзя приписывать Аспасию (см.: *Moraux P. Der Aristotelismus bei den Griechen*. I. Berlin; New York, 1973. S. 136 ss.; II. S. 249 ss.; *Kenny A. The Aristotelian Ethics*. P. 29 ss.). Кроме того, данный комментарий не раскрывает смысл аристотелевского фрагмента, где употребляются термины *συνάλλαγμα ἀκούσια* и *ἐκούσια*. И, самое главное, там не встречается термин *συνάλλαγμα*, а вместо *ἀδικήμα* употребляется *ἀδικία* (см.: CAG. XX. P. 215).

<sup>61</sup> *Gottschalk H. B. Aristotelian Philosophy in the Roman World*. P. 1174; см. также: *Dalla Massara T. Alle origine della causa del contratto*. Padova, 2004. P. 269 n. 77.

<sup>62</sup> *Connanus F. Commentariorum juris civilis libri decem*. Hanoviae, 1609. P. 397. V. 1. 1.: V [De pactis, transactionibus et donationibus], 1 [Quid proprie contractus, quod pactum & an

раннем трактате «О праве добычи» (*De iure praedae*), где он дает достаточную точную отсылку к фрагменту «Никомаховой этики». <sup>63</sup> Странно отсутствие таковой в его произведении «О праве войны и мира» (*De iure belli ac pacis*), где имеется менее точная ссылка не на Аристотеля, а на Платона (*Ieg.* 9, 862 b). <sup>64</sup> Неясно, в какой мере Гроций в трактате «О праве добычи» следовал за Коннаном, однако их позиции заметно различались относительно близкого к рассматриваемой теме вопроса о статусе простого обещания, к чему мы еще вернемся позднее. <sup>65</sup> У представителей голландской правовой школы XVIII в. мнение о связи *divisio obligationum* с учением Аристотеля находило всеобщее признание. Арнольд Винний (*Arnoldus Vinnius*, 1588–1653 гг.) также высказывается в ее пользу, хотя и с некоторой долей

---

*ex pacto nascatur naturalis obligatio*], 1 [*De iustitia distributiva & geometrica proportione*]. См. также: *Bergfeld Chr. Franciscus Connanus* (1508–1551). Köln; Graz, 1968. S. 166; о роли гуманистической юриспруденции в целом см.: *Troje H. E. Arbeitshypothesen zum Thema "Humanistische Jurisprudenz" // Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*. 38 (1970). S. 519–555, переиздано *Troje H. E. Humanistische Jurisprudenz: Studien zur europäischen Rechtswissenschaft unter dem Einfluß des Humanismus*. Goldbach, 1992. S. 77–113.

<sup>63</sup> А именно, ссылка дана на: *Aristoteles. Ethica Nicomacheia*. 5 (p. 1131 a, lin. 1 ss.): *Grotius H. De iure praedae commentarius* / ed. H. G. Hamaker. Hagae Comitum, 1868. Cap. II. P. 15 и п. 2. В настоящее время ведется подготовка новой электронной версии трактата «О праве добычи», разделенной на параграфы: [http://textlaboratorium.com/\(08.11.2009\)](http://textlaboratorium.com/(08.11.2009)). См. также: *Molhuizen P. C. De bibliotheek van Hugo de Groot in 1618*. Amsterdam, 1943; *Straumann B. Caesariani aliquot Iurisconsulti veteres: Römisches Recht, römische Ethik und natürliche Rechte in Hugo Grotius' naturrechtlichem Werk* [Dissertation]. Zürich, 2005.

<sup>64</sup> *Grotius H. De iure belli ac pacis*. II. 1. 2. 1: "Dantur autem actiones aut ob iniuriam non factam, aut ob factam. Ob non factam, ut qua petitur cautio de non offendendo, item damni infecti, et interdicta alia ne vis fiat. Factam, aut ut reparetur, aut ut puniatur: quos duos obligationum fontes recte distinguit Plato nono de legibus. Quod reparandum venit, aut spectat id quod nostrum est vel fuit, unde vindicationes et conditiones quaedam; aut id quod nobis debetur sive ex pactione, sive ex maleficio, sive ex lege, quo referenda quae ex quasi contractu et quasi maleficio dicuntur, ex quibus capitibus nascuntur conditiones caeterae. Factum ut puniendum parit accusationem et iudicia publica" («Иски же даются или в связи с еще не совершившимся, или в связи с уже совершившимся правонарушением. В связи с еще не совершившимся — когда, например, предъявляется требование обеспечения против возможного правонарушения или против еще не произошедшего вреда [который может произойти от грозящих обвалом дома или стены], а также при interdixta "о том,] чтобы не совершалось насилие"». В связи с уже совершившимся — [требование] или о восстановлении, или о наказании. Оба эти источника обязательств правильно различает Платон в девятой [книге] «Законов». Восстановлению подлежит то, что или принадлежит либо принадлежало нам, в связи с чем представляются виндикации и некоторые кондикции; или же то, что нам причитается либо по [простому] соглашению, либо вследствие правонарушения, либо на основании закона; сюда должны быть отнесены те [иски], что называются «как бы из договоров» и «как бы из правонарушений», из этих оснований возникают прочие кондикции. Деяние, подлежащее наказанию, влечет обвинение и уголовные процессы»). Ясно, что деление обязательств стало намного более тонким и что Платон не процитирован применительно к делению *ex pactione sive ex maleficio*. Данная ссылка на Νόμοι («Законы») имеется лишь во втором (1631 г.) и последующих изданиях, но отсутствует в *editio princeps* (первом издании) 1625 г. О системе Гроция см. также мою публикацию: *Winkel L. Problems of legal systematization from De iure praedae to De iure belli ac pacis. De iure praedae Chapter II and the Prolegomena of De iure belli ac pacis compared // Grotiana, New Series*, 26–28 (2005–2007) [опубликовано в 2008 г.]. P. 61–78.

<sup>65</sup> См. далее, § 8.

скепсиса, критикуя деление Аристотеля и указывая на непоследовательность его терминологии.<sup>66</sup>

Как я уже сказал, все эти проблемы текстологической традиции романисты почти всегда игнорируют. Так, Ф. Шульц лишь лаконично заметил: «Гай, вероятно, читал аристотелевский текст либо непосредственно в произведении Аристотеля, либо опосредованно в ином источнике»,<sup>67</sup> в то время как Г. Коинг писал полвека назад, что влияние Аристотеля проявилось сначала в период поздней республики, но более сильно в IV и V вв. и, позднее, в XII и XIII вв.<sup>68</sup> Так философское влияние могло бы использоваться в качестве признака интерполяций, и в том числе даже в Институциях Гая!<sup>69</sup> Р. Орестано,<sup>70</sup> Т. Онорé<sup>71</sup> и Дж. Гроссо,<sup>72</sup> со своей стороны, тоже были убеждены в аристотелевском влиянии, не устанавливая, однако, в чем конкретно оно проявлялось и не обращая внимания на соответствующие проблемы. Наконец, в авторитетном учебнике по римскому праву М. Казера находим простую фразу: «...на нее (т. е. на *divisio obligationum*. — Л. В.) повлияли философские учения<sup>73</sup>». \*\*<sup>74</sup> Я тоже убежден,

<sup>66</sup> Wille K. Arnold Vinnius, Institutionenkommentar Schuldrecht: Text und Übersetzung. Heidelberg, 2005. S. 21 (ad Inst. lust. 3, 13–14): “Aristoteles 5 ethic. 2 uno verbo συναλλάγματα haec omnia comprehendit. Duo enim ille genera συναλλάγματα facit, ἐκούσια et ἀκούσια, voluntaria et involuntaria: ἐκούσια appellat commercia, conventiones, contractus: ἀκούσια maleficia et delicta. Verum enim vero si vox graeca συναλλάγματα respondet verbo latino commercii aut contractus valde abusive delictum. Dicitur species συναλλάγματα: ipseque Aristoteles cap. 5. eiusdem libri negat correctionem delictorum ad iustitiam συναλλακτικῆν pertinere. Utut est, in iure nostro συναλλάγμα tantum ad commercia refertur” [D. 50, 16, 19] («Аристотель во второй главе пятой книги Этики все это охватывает одним словом “синаллаγμα”. Он же разделяет ее на два рода — произвольную и непроизвольную. Произвольной он называет торговлю, соглашения, договоры, а непроизвольной — преступления и деликты. В действительности греческое слово “синаллаγμα” соответствует латинскому “торговля”, “договор”, и лишь чрезмерно обобщая, в него включают “деликт”. Говорят, это разновидность синаллагмы, но сам Аристотель в пятой главе той же книги отрицает, что возмещение причиненного деликтом [вреда] является видом синаллагматической справедливости. В нашем праве синаллаγμα также относится только к торговым сделкам»). Ср. перевод К. Вилле (Wille K. Arnold Vinnius, Institutionenkommentar Schuldrecht. S. 19–21: “...aber nur im ganz uneigentlichen Sinn wird das Delikt eine Unterart des Synallagma genannt. Und Aristoteles selbst sagt im 5. Kapitel desselben Buches, daß die Bestrafung der Delikte nicht zu der austauschenden Gerechtigkeit gehöre” («...но лишь в весьма специфическом (несобственном) смысле деликт назван разновидностью синаллагмы. И сам Аристотель в пятой главе той же книги утверждает, что наказание за совершение деликта не относится к компенсаторной справедливости»).

\* Пер. с англ. (“Gaius probably read Aristotle’s text either in Aristotle’s work or in an intermediate source”). — Прим. пер.

<sup>67</sup> Schulz F. Classical Roman Law. P. 468.

<sup>68</sup> Coing H. Zum Einfluß der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts // Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. Rom. Abt. 69 (1951). S. 24 ss.

<sup>69</sup> Ср.: Nelson H. L. W. Überlieferung, Aufbau und Stil von *Gai Institutiones*. S. 320 ss.

<sup>70</sup> Orestano R. *Obligaciones e dialettica // Droits de l’antiquité et sociologie juridique: Mélanges Henri Lévy Bruhl*. Paris, 1959. P. 445–458.

<sup>71</sup> Honoré T. *Gaius*. P. 100–110.

<sup>72</sup> Grosso G. *Influenze aristoteliche nella sistemazione delle fonti delle obbligazioni nella giurisprudenza romana // La filosofia greca e il diritto romano: Atti dell’Accademia dei Lincei*. 221.I. Roma, 1976. P. 139–148.

<sup>73</sup> Обратим внимание на множественное число!

\*\* Пер. с нем. (“sie ist von philosophischen Lehren beeinflusst”). — Прим. пер.

<sup>74</sup> Kaser M. *Das römische Privatrecht*<sup>2</sup>. I. S. 522.

что в рассматриваемом вопросе философия оказала влияние на идеи Гая, однако найти окончательные доказательства этому невозможно. Тем не менее любопытно, что использование указанных философских концепций позволило Гаю даже в языковом отношении отступить от жесткой логической схемы [дихотомического деления] и добавить в сочинении «Повседневные дела» (*Res cottidianae*) еще одну категорию обязательств — *ex variis causarum figuris* («из различных оснований»)<sup>75</sup>.

Здесь мне хотелось бы сделать еще одно замечание по поводу знаменитого текста Секста Педия.

Ulp. 4 *ad ed.* D. 2, 14, 1, 3: <...> Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius, nullam esse contractum, nullam obligationem quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat, nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.

<...> Слово же «соглашение» является настолько общим, что, как элегантно заметил Педий, нет ни одного договора, ни одного обязательства, которое не содержало бы в себе соглашения, заключается ли оно посредством [передачи] вещи или [произнесения определенных] слов: ведь и стипуляция, заключаемая посредством [произнесения определенных] слов, не имеет места, если она не содержит соглашения.

Я спросил себя, может ли данный текст служить доказательством того, что деление обязательств на две группы возникло еще до Гая благодаря Сексту Педию и не является ли понятие *consensus* у Секста Педия отзвуком аристотелевской *συνάλλαγμα ἐκούσια*. Мой ответ был бы следующим: данный приоритет имеет весьма относительное значение, [ибо] Секст Педий был, согласно В. Кункелю, по-видимому, современником Сальвия Юлиана и, следовательно, жил всего за 30 лет до Гая.<sup>76</sup> При этом проблемы передачи философских идей остаются по-прежнему нерешенными.<sup>77</sup> Не исключено, однако, что Секст Педий, как и Гай, был знаком с произведениями Аспасия.

6. Но, видимо, можно вернуться еще на шаг назад по хронологической лестнице и обратиться к одному тексту Лабеола (современника императора Августа), в котором использована концепция *συνάλλαγμα*. При этом оставим пока в стороне деление обязательств и поговорим о делении договоров. Речь идет об очень известном фрагменте.<sup>78</sup>

---

<sup>75</sup> Wołodkiewicz W. *Obligationes ex variis causarum figuris*. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano // *Rivista italiana per le scienze giuridiche*. 14 (1970). P. 77 ss.; о проблеме авторства сочинения *Res cottidianae* см. из недавних работ: Falcone G. «*Obligatio est iuris vinculum*». Torino, 2003. P. 30 ss.

<sup>76</sup> Kunkel W. *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*<sup>2</sup>. Köln; Graz, 1967. S. 168–170.

<sup>77</sup> См.: Giachi C. Per una biografia di Sesto Pedio // *Studia et documenta historiae et iuris*. 62 (1996). P. 69–123, здесь же приводятся ссылки на предшествующую литературу; см. также: Giachi C. *Studi su Sesto Pedio*. Milano, 2005.

<sup>78</sup> См.: Tondo S. *Classificazione delle fonti d'obbligazione* // *Labeo*. 41 (1995). P. 371–386, особенно p. 375 ss. с дальнейшими ссылками; Guzmán Brito A. *Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del derecho europeo e iberoamericano*. Madrid, 2005. P. 40 ss.; из последнего: Cannata C. A. *La nozione di contratto nella giurisprudenza romana dell'epoca classica* // *Autour du droit des contrats. Contributions de droit romain en l'honneur de Felix Wubbe* / éd. P. Pichonnaz. Genève; Zurich; Bâle, 2009. P. 10–48, особенно p. 30 ss.

Ulp. 11 ad ed. D. 50, 16, 19: Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam 'agantur', quaedam 'gerantur' quaedam 'contrahantur': et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agitur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci *συνάλλαγμα* vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.

Лабеон в первой книге [комментариев к эдикту] городского претора определяет, что некоторые [дела] «совершаются», некоторые «ведутся», некоторые «заключаются»; слово же *actum* является общим, [независимо от того,] совершается ли что-то посредством [произнесения определенных] слов или [передачи] вещи, как при стипуляции или при уплате денег; *contractum*\* же — это взаимное обязательство, которое греки называют синаллагмой, как, например, купля-продажа, наем, товарищество; *gestum* означает дело, совершенное без слов.

Первое замечание. Данный текст мог бы означать, что выражение *contractus* при Лабеоне превратилось в *terminus technicus* (технический термин). Эта точка зрения обусловлена, однако, переводом *contractus* как существительного, а не как причастия. Глагол *contrahere* (заключать, совершать), напротив, продолжал употребляться в нетехническом значении, учитывая, что даже у более поздних юристов мы встречаем выражения *delictum* или *crimen contrahere* («заключать» деликт или преступление) (Pap. 1 def. D. 1, 3, 1; 26 ad ed. Ulp. D. 12, 5, 2, 2). Иными словами, Педий использует термин *conventio*, а не *contractus* для обозначения более общего понятия, как мы видели в Ulp. 4 ad ed. D. 2, 14, 1, 3.

Второе замечание. Цитирование греческого слова *συνάλλαγμα* можно лучше понять в свете биографии Лабеона, который ощущал себя преданным последователем греческой философии, и прежде всего учеником Аристотеля. Я попытался доказать это применительно к *error iuris* — теме, при рассмотрении которой Лабеон использует лексику, восходящую к аристотелевской. Применительно к случаю *metus* (страх, угроза) встречаем в D. 4, 2, 5 выражение *timor maioris malitatis* (страх большего зла), т. е. почти что перевод фразы *φόβος μαιζόνων κακῶν* из «Никомаховой этики» (III, р. 1110 a, lin. 4–5). По сравнению с 1985 г., когда я писал свою книгу, сейчас я более убежден в том, что двукратное использование Лабеоном аристотелевских оборотов из той же (третьей) книги «Никомаховой этики» не является простым совпадением. Другое *circumstantial evidence* (косвенное доказательство) аристотелевского влияния на Лабеона можно, вероятно, обнаружить в теории отношений каузальности, изученных еще Д. Нёрром.<sup>79</sup>

Но вернемся к выражению *συνάλλαγμα*. Является ли оно типично аристотелевским? Доказательство здесь может быть только негативным: *συνάλλαγμα*

\* Слово двусмысленно, на что ниже указывает автор: в зависимости от того или иного толкования фрагмента, *contractus* (в тексте употреблен аккумулятив *contractum*) может означать и существительное «контракт», и причастие прошедшего времени «заключенный» от глагола *contrahere* (заключать [соглашение]). — Прим. пер.

<sup>79</sup> Nörr D. Kausalitätsprobleme im klassischen römischen Recht: ein theoretischer Versuch Labeos // Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag / Hrsg. Okko Behrends. Göttingen, 1978. S. 115–144. См., однако: Vander Waerdt P. Philosophical Influence on Roman Jurisprudence... P. 4864 n. 53. Согласно П. Вандер Вердту, Д. Нёрр утверждал в своей книге, посвященной *causa mortis*, о незначительности влияния философии на анализ каузальности римскими юристами. И это несмотря на весьма взвешенную оценку автора (см.: Nörr D. *Causa mortis*. Auf den Spuren einer Redewendung. München, 1986. S. 210 ss.).



отсутствует в «Индексе фрагментов древних стоиков»,<sup>80</sup> в то время как из «Аристотелевского индекса», составленного Г. Боницем, следует, что *συνάλλαγμα* двенадцать раз встречается в «Никомаховой этике» и «Политике».<sup>81</sup> Согласно словарю Лиддла и Скотта, *συνάλλαγμα* также используется в папирусах и надписях, например, в Гортинских законах\* (*Iex Gortyn*. 9, 44).<sup>82</sup>

Третье замечание по фрагменту Ulp. 11 *ad ed.* D. 50, 16, 19. Полагаю, что мой тезис о приспособлении греческих философских понятий римскими юристами для своих практических потребностей находит подтверждение в использовании Лабеоном термина *συνάλλαγμα*, который для этого юриста является в той или иной мере синонимом слова *contractus*. Взаимность играет в его доктрине роль главного элемента для разграничения *agere, gerere* и *contrahere*. По мнению юриста, консенсус и взаимность необходимы для существования подлинного контракта. И лишь Педий позднее стал рассматривать *consensus* также в качестве элемента отношений, впоследствии описанных Гаем как *contractus re, verbis* и *litteris*.\*\*

Деление Гая стало настолько употребительным, что было использовано для описания других правовых систем, таких, как древнегреческое право или английское *common law*. Г. Ю. Вольф уже предостерегал от подобной абсолютизации в использовании романистических концепций.<sup>83</sup>

Имеется еще один текст, в котором выражение *συνάλλαγμα* использовано юристом Аристоном также в качестве синонима *contractus*.

Ulp. 4 *ad ed.* D. 2, 14, 7, 2: Sed et si in alium res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. Ut puta dedi tibi rem, ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc *συνάλλαγμα* esse et hinc nasci civilem obligationem. Et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas, manumisisti, evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum quod Aristo *συνάλλαγμα* dicit, unde haec nascitur actio.

Но и если то, что совершенно, не подпадает под иной [контракт], однако есть кауза, Аристон элегантно ответил Цельсу, что обязательство имеет место. Например, я дал тебе вещь, чтобы ты дал мне другую, я дал, чтобы ты что-нибудь сделал: это является sinalлагмой, и отсюда рождается гражданское обязательство. И поэтому полагаю, что Юлиан был правильно опровергнут Маврицианом в следующем [казусе]: я дал тебе [раба] Стиха, чтобы ты отпустил на свободу [раба] Памфила; ты [его] отпустил, а Стих стал предметом эвкции. Юлиан пишет, что претор должен дать иск по факту, а он [Маврициан] утверждает, что достаточно гражданского иска с неопределенным предметом, т. е. начинающегося со слов [описывающих спорное отношение]: ведь есть контракт, именуемый Аристоном sinalлагмой, из которого и возникает данный иск.

<sup>80</sup> Von Arnim J. *Stoicorum Veterum Fragmenta*. IV. Lipsiae, 1924 [стереотипное переиздание: Stuttgart, 1964]. Index. P. 138.

<sup>81</sup> Bonitz H. *Index Aristotelicus*<sup>2</sup>. Graz, 1955. P. 722.

\* Гортинские законы — составленное в V в. до н. э. собрание древнегреческих законов, высеченных на каменной стене на о. Крит. — *Прим. пер.*

<sup>82</sup> Benöhr H. P. Das sogenannte Synallagma in den Konsensalkontrakten des klassischen römischen Rechts. Hamburg, 1965. S. 8.

\*\* Установленные посредством передачи вещи, произнесения определенных слов и письма или, иными словами, реальные, вербальные и литеральные контракты. — *Прим. пер.*

<sup>83</sup> Wolff H. J. Der Rechtshistoriker und die Privatrechtsdogmatik // Festschrift für Fritz von Hippel: zum 70. Geburtstag / Hrsg. J. Esser, H. Thieme. Tübingen, 1967. S. 687–710; переиздано: Wolff H. J. *Opuscula dispersa*. Amsterdam, 1974. S. 41–64.

На всякий случай я проверил по *Littera Florentina*\* конец данной фразы.<sup>84</sup> Если бы было возможно прочесть там “Aristotele” вместо “Aristo”, это было бы поистине эффектным открытием, однако подобное прочтение не поддается никакому обоснованию. Данный текст важен с точки зрения не только использования слова *συνάλλαγμα*, но также развития учения о *causa*.<sup>85</sup>

7. Мнение о том, что четырехчленное деление контрактов на заключаемые *re, verbis, litteris, consensu* было придумано Гаем, уже вполне обоснованно критиковалось К. А. Каннатой.<sup>86</sup> Ключевым при этом является следующий фрагмент Помпония:

Pomp. 4 ad Q. Muc. (D. 46, 3, 80): Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tandundem solvi debeat. Et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet, verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum solvit quod promisit. Aequae cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest.

Смотря по тому, как тот или иной [договор] был заключен, так он и прекращаться должен: так, если мы заключили [договор] посредством [передачи] вещи, он должен прекращаться посредством [возврата] вещи, например, когда мы дали займы с тем, чтобы [нам] обратно было выплачено столько же денег. И когда мы заключили [договор] посредством [произнесения определенных] слов, обязательство должно быть прекращено посредством либо [передачи] вещи либо [произнесения определенных] слов: посредством слов — в случае, например, формального освобождения должника по стипуляции от обязательства (акцептиляция); посредством [передачи] вещи — когда, например, [должник] исполняет то, что пообещал [по стипуляции]. Равным образом, когда заключена купля, или продажа, или наем, то поскольку [такой договор] может заключаться одним лишь соглашением, также и расторгнут он может быть обратным соглашением [о расторжении].

Данный текст, подвергнутый глубокому анализу К. А. Каннатой и многими другими учеными,<sup>87</sup> представляет трудность, поскольку в его первой

\* Флорентийская рукопись, старейшая из известных рукописей Дигест, датируемая между 533 и 557 гг. Названа «флорентийской» по месту своего постоянного хранения с 1406 г. Явилась основой критического издания Дигест Т. Моммзена и П. Крюгера, общепринятого в современной романистике. — *Прим. пер.*

<sup>84</sup> Теперь это несложно сделать по репринтному изданию: *Iustiniani Augusti Pandectarum Codex Florentinus*. I–II / a cura di A. Corbino, B. Santalucia. Firenze, 1988.

<sup>85</sup> См.: *Dalla Massara T.* Alle origine della causa del contratto. P. 243 ss.

<sup>86</sup> *Cannata C. A.* La “*distinctio*” *re – verbis – litteris – consensu* et les problèmes de la pratique // *Sein und Werden im Recht: Festgabe für Ulrich von Lübtow*. Berlin, 1970. S. 431–455.

<sup>87</sup> См., напр.: *Sargenti M.* La sistematica pregaiana delle obbligazioni e la nascita dell’idea di contratto // *Prospettive sistematiche nel diritto romano*. Torino, 1974. P. 457–493, особенно p. 461 n. 9.

части, где, несомненно, переданы слова Квинта Муция Сцеволы, не упомянуты консенсуальные контракты. По мнению К. А. Каннаты, консенсуальные контракты добавил лишь Помпоний.<sup>88</sup> Однако подобное разделение внутри текста неубедительно. Канната, конечно, полагает, будто во всех фрагментах комментариев Помпония к Квинту Муцию можно выделить одну часть, принадлежащую Квинту Муцию, и другую — Помпонию. Мне же подобное разделение каждого фрагмента кажется маловероятным, учитывая весьма сжатые сроки составления Дигест Юстиниана. Гораздо более вероятно, что имеются некоторые тексты с высказываниями только одного из юристов и тексты, которые могут быть «поделены» между Помпонием и Квинтом Муцием. Скорее всего, в D. 46, 3, 80 Квинт Муций является автором также и последней фразы, хотя Ленель поместил данный текст только среди фрагментов Помпония, а не Квинта Муция.<sup>89</sup> В то же время не подлежит никакому сомнению факт включения консенсуальных контрактов в *ius civile* уже во II в. до н. э.<sup>90</sup> Возможно ли, в самом деле, чтобы такой юрист, как Квинт Муций, предпринявший первую попытку систематизации [цивильного права], просто-напросто забыл о консенсуальных контрактах? Мне определенно думается, что нет.<sup>91</sup>

8. Рассмотренная нами до сих пор эволюция *contractus* ограничивается классическим римским правом. В праве Юстиниана или — что гораздо более вероятно — уже в позднеклассическую эпоху<sup>92</sup> [к упомянутым выше] добавляются безимянные контракты *do ut des* и т. д., а в позднем средневековом праве сливаются *contractus* и *pactum*. На рубеже Средних веков и Нового времени это объединение разрабатывается голландской (элегантной) школой юриспруденции.<sup>93</sup> Известный нам сегодня принцип договорной свободы не является логическим следствием описанной истории договоров. Он возник, по сути, в полемике между Гроцием и Коннаном. В то время как последний еще отрицал, что любые обещания имеют обязывающую силу, следуя в этом романистической традиции и основывая свое мнение, как представитель школы гуманистов-правоведов, на исторических источниках, Гроций, напротив, в своем трактате *De iure belli ac pacis* утверждал, по примеру Ш. Дюмулена и Везенбека,<sup>94</sup> что все обещания

---

<sup>88</sup> М. Казер также занимался проблемой авторства данного текста, но в результате последовал мнению К. А. Каннаты, приписывая часть, начинающуюся фразой “*Et cum verbis...*”, Квинту Муцию, а последнюю фразу — Помпонию (Kaser M. *Divisio obligationum* // *Studies in Justinian's Institutes in memory of J. A. C. Thomas*. London, 1983. S. 77–78).

<sup>89</sup> Lenel O. *Palingenesia*. II. P. 64 (Pomponius, nr. 239); фрагмент D. 46, 3, 80 отсутствует в указателе текстов Квинта Муция (см.: *Ibid.* I. P. 264).

<sup>90</sup> См.: Wieacker F. *Zum Ursprung der bonae fidei iudicia* // *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte*. Rom. Abt. 80 (1963). S. 1–41, особенно S. 10 ss., 37 ss.; о *status quaestionis* (состоянии вопроса) см.: Kaser M. *Ius gentium*. Köln; Weimar; Wien, 1993. S. 143 ss.

<sup>91</sup> Ср.: Watson A. *Law Making in the Later Roman Republic*. P. 147.

<sup>92</sup> Вывод зависит от принадлежности Paul. 5 *quaest.* D. 19, 5, 5 классическому периоду, в чем я твердо убежден.

<sup>93</sup> См.: Feenstra R. *Die Klagbarkeit der pacta nuda* // *Das römisch-holländische Recht. Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert* / Hrg. R. Feenstra, R. Zimmermann. Berlin, 1992. S. 123 ss.; см. также: Feenstra R. *Pact and Contract in the Low Countries from the 16<sup>th</sup> to the 18<sup>th</sup> Century* // Feenstra R. *Legal Scholarship and Doctrines of Private Law, 13th–18th Centuries*. Aldershot, 1996 (nr. VIII); ср. *addenda* в конце книги (p. 9 s.).

<sup>94</sup> См.: Feenstra R. 1) *Die Klagbarkeit der pacta nuda*. S. 124 ss. (Wesembecius), 131 (Dumoulin); 2) *Pact and Contract in the Low Countries from the 16<sup>th</sup> to the 18<sup>th</sup> Century*.

обязывают, цитируя тексты из Библии и канонического права. Правило *pacta servanda sunt* (пакты следует соблюдать) нередко представляют как цитату из римского права, однако каждому романисту известно, что это возможно лишь в контексте одного из установлений преторского эдикта с ограниченной сферой действия: *pacta conventa servabo* (я буду защищать заключенные пакты). Позиция Гроция стала общепринятой доктриной, закрепленной во всех частноправовых кодификациях XVIII–XIX вв., а также в последующих, принятых в XX в.

Сравнимая эволюция наблюдается и в том, что касается роли добросовестности. В классическом римском праве требование доброй совести брало начало в консенсуальных контрактах, а затем претор включил ссылку на нее в формулу [исков из] некоторых реальных договоров. В эпоху правового гуманизма (прежде всего в произведениях Донелла) все договоры превратились в *contractus bonae fidei* (контракты доброй совести).<sup>95</sup> Например, в современном голландском праве добросовестность, переименованная в «разумность и справедливость», дабы отличать ее от добросовестности в сфере [приобретения права] собственности, не ограничивается областью договоров: все частноправовые отношения (включая семейное право) рассматриваются судами с учетом критерия доброй совести. Это означает, что обязательства могут быть предметом как ограничительного, так и расширительного толкования на основе принципа добросовестности. Полагаю, что в указанном отношении голландское право является необоснованным исключением в то время, когда мы стремимся к унификации европейского частного права.

Возможно, нам необходима более жесткая структура по сравнению с той, что предлагает сегодня современное частное право. Отличительная черта ныне действующего договорного права состоит в том, что имеется не только ограниченное количество поименованных договоров, но также существуют договорная свобода и «общая часть» договорного права, нормы которой не всегда имеют обязательный характер. Т. Майер-Мали показал, что указанная черта современного договорного права диаметрально расходится с постоянно усиливающейся тенденцией защиты более слабой стороны.<sup>96</sup> Примерами могут служить нынешнее трудовое право и некоторые договоры, как, например, купля-продажа, с участием потребителя. Но не исключено, что речь идет о более общей тенденции: возможно, на европейском уровне мы вернемся к системе с меньшей договорной

P. 203 s. Согласно автору, учение Гроция в *De iure belli ac pacis* менее ясно, чем в его работе *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid*. Полемике с Коннаном см. в начале *De iure belli ac pacis* (II, 11), где упомянута *συνάλλαγμα*.

<sup>95</sup> Feenstra R. De oorsprong van Hugo de Groot's leer over de dwaling // Met eerbiedigende werking: Opstellen L. J. Hijmans van den Bergh. Deventer, 1971. P. 87–101, особенно p. 99 ss.; Coing H. *Europäisches Privatrecht*. I: 1500–1800. München, 1985. S. 410; Winkel L. Die Irrtumslehre // *Das römisch-holländische Recht. Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert* / Hrsg. R. Feenstra, R. Zimmermann. Berlin, 1992. S. 232. В этом контексте данное Гроцием в *De iure belli ac pacis* (II, 11, 6) толкование — “*quaedam distinctiones etiam non satis verae aut accuratae sunt*” («некоторые различия [т. е. между исками строгого права, *stricti iuris*, и доброй совести, *bonae fidei*. — Л. В.] не вполне правильны и точны») — и его связь с произведениями Донелла заслуживали бы еще большего внимания. Согласно С. ван Грёневегену ван дер Маде, в Голландии различие между двумя [видами исков] было устранено (*Groenewegen van der Made S. Tractatus de Legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque Regionibus*. Lugdunum Batavorum, 1649. Fol. 52, ad l. 4, 6, 28).

<sup>96</sup> Mayer-Maly Th. *Wiederkehr des schuldrechtlichen Typenzwangs? // Festschrift Fur Dieter Medicus: zum 70. Geburtstag*. Köln, 1999. S. 383 ss.

свободой. Тот же Т. Майер-Мали уже писал о *Wiederkehr des schuldrechtlichen Typenzwangs* (возвращении принципа *numerus clausus* в обязательственном праве).<sup>97</sup>

9. Подведем итоги. Прямое влияние греческой философии на систематику Институций Гая недоказуемо, в то время как влияние аристотелевского учения на *divisio obligationum*, напротив, представляется по крайней мере вполне вероятным. Во времена Квинта Муция термин *contractus* еще не имеет технического смысла, и поэтому в D. 46, 3, 80 мы встречаем не существительное *contractus*, а лишь глагол *contrahere*. У Лабейона, хотя он и не использует это понятие в сохранившихся фрагментах, *contractus* стал синонимом *συνάλλαγμα*. Именно таким развитием объясняется, вероятно, также то, что *contractus* и *obligatio* еще не разграничиваются в произведениях Секста Педия, который, в свою очередь, исходя из аристотелевского учения, хорошо видел имплицитное присутствие элемента соглашения в договоре любого типа. В Институциях Гая мы впервые встречаем более современное понятие *contractus*, но и Гай порой все еще смешивает термины *contractus* и *obligatio*, как, например, следует из фрагмента Gai. 3, 88: “*aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu*” («ведь обязательство заключается или вещью, или словами, или письмом, или соглашением»). При Юстиниане, наконец, данная трудность была преодолена: в I. 3, 13, 2 разграничение между двумя категориями проводится так, как это имеет место в современной доктрине, вследствие введения категории *quasi ex contractu*, впервые использованной в качестве догматического понятия для таких [правовых] ситуаций, как *solutio indebiti* и *negotiorum gestio*. С учетом изложенного объяснимы также достаточно странные выделения — *delictum* или *crimen contrahere*.

Мы пришли к выводам, которые немногим отличаются от сделанных Бенёром<sup>98</sup> и [некоторыми] другими учеными. Тем не менее надеемся, что нам удалось показать, как хорошо метод, использовавшийся гуманистами для объяснения путей влияния греческой философии на римское право, может прояснить римский правовой эклектизм и его многообразную и сложную взаимосвязь с историей мысли.<sup>99</sup>

<sup>97</sup> Ibid.; см. также: *Mayer-Maly Th. Natura contractus // Collatio iuris romani. Études dédiées à Hans Ankum à l'occasion de son 65<sup>e</sup> anniversaire.* Amsterdam, 1995. I. S. 291 ss.

<sup>98</sup> *Benöhr H. P.* Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts. S. 114 ss.

<sup>99</sup> В то же время это может стать отправной точкой для ответа на критические замечания А. Мантелло (*Mantello A. De iurisconsultorum philosophia. Spunti e riflessioni sulla giurisprudenza nel primo principato.* P. 1 ss.).