

нормы нельзя понять из анализа самой нормы. Чтобы прогнозировать развитие правовых норм, необходимо исследовать правовые средства, в которых нормы находят выражение, и их функции.

Хабиров А.И.

аспирант кафедры гражданского и предпринимательского права
Казанского федерального университета

Историческая правовая традиция заемного обязательства

Римское право до сих пор является непревзойденным по своей сути историческим и правовым явлением, подтверждением чему служит новое обращение к его основным институтам. Так, в принятой Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации¹ разработчики предлагают законодательно закрепить в Гражданском кодексе расширенный перечень сервитутов, а так же такие традиционные институты римского права как режимы ограниченных вещных прав – эфитевзис, суперфиций, узуфрукт. Данные факты свидетельствуют о непреходящем значении римского права, в том числе и на современном этапе развития отечественного права.

Влияние римского права на современное российское право верно отмечено ученым К.М. Арслановым: «... Не случайно то обстоятельство, что в своем анализе особенностей российских и германских правовых норм о возмещении морального вреда мы обращаемся прежде всего к римскому праву. Германская и российская гражданско-правовые системы имеют общие римско-правовые традиции. Но если германское право непосредственно берет свои начала в римском праве, то с российским правом дело обстоит несколько сложнее. В России не произошла рецепция римского права в том объеме, в каком она имела место в Германии»².

Важность и необходимость изучения, осмысления римского права, его «теоретического освещения» подчеркивал виднейший ученый правовед начала двадцатого столетия И.А. Покровский в своем ключевом труде «Основные проблемы гражданского права»: «... нельзя разделять непреходимой стеной историю римского права и историю отечественного гражданского права...». Изучение римского права И.А. Покровский называет «необходимой предварительной школой цивилиста»³. Эта необходимость вызвана главным образом тем, что «римское право при существующей постановке цивилистического преподавания заменяет для нас общую теорию гражданского права»⁴. Таким образом,

¹ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации // Вестник ВАС РФ. №11. 2009. СПС «КонсультантПлюс».

² Арсланов К.М. Функции правового института возмещения морального вреда при ответственности на честь, достоинство, словую репутацию и сферу частной жизни гражданина по законодательству России и Германии: дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 1999. С. 73.

³ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 2001. С. 10.

⁴ Там же. С. 11.

римское право со всей справедливостью можно рассматривать в качестве догмы, то есть теории, а не истории¹.

Одним из древнейших институтов частного права всех народов, в том числе римлян, является договор займа. Как справедливо отмечает *М.К. Абдуллаев* «именно в римском праве заемные отношения впервые подверглись правовому регулированию и приобрели почти все те черты, которыми характеризуется договор займа в современных правовых порядках (курсив мой - А.Х.) многих стран мира, в том числе и России»².

Древнейшая форма договора займа в римском праве – *nexum*, сложилась еще до законов XII таблиц и представляла собой сделку в форме особого обряда, проводимого с помощью куска меди и весов (*gestum negotium per aes et libram*). До появления чеканной монеты данный обряд имел непосредственный характер – сторонам нужно было отвесить действительное количество слитков металла, выполнявшего в то время функцию денег³. С введением чеканных монет стороны соблюдали процедуру, отдавая дань традиции.

Заключение займа в форме *nexum* носило сложный громоздкий характер, однако сохраняло свою привлекательность для кредиторов в связи с возможностью применения чрезвычайных мер взыскания: закабаления должника, продажи в рабство и даже расчленения на куски.

Форма *nexum* потеряла свою привлекательность для кредиторов, а чрезмерный формализм заключения данной сделки привели к тому, что заем стал облекаться в форму стипуляции – устного (вербального) договора, обязательство по которому было абстрактным, отвлеченным от своего основания (*свипа*). Следовательно, договор займа в этот период являлся консенсуальной сделкой. Тем не менее даже эта форма зачастую не соблюдалась в повседневной жизни – при займе небольшой суммы денег, малого количества продуктов, хотя за пределами договоров *nexum* и стипуляции сделки займа исковой силы не имели. Так появилась следующая форма займа, отвечающая требованиям новых жизненных реалий – *mutuum*, реальный договор, для юридической силы которого не требовалось облекать согласие сторон в торжественную форму, и достаточно было передать сам предмет займа⁴.

Таким образом, по мнению И.А. Покровского, правовая природа *mutuum* как реального контракта была предопределена отсутствием исковой защиты сделок займа, совершенных за пределами *nexum* и *stipulatio*. Но в силу того, что в результате таких «ненормальных» сделок одно лицо могло присвоить имущество другого, «римское право уже очень рано начинает давать кредитору циничный иск о возвращении этого недолжного обогащения. Кредитор, давший *mutuum*, был, таким образом, теперь защищен, но защита эта вытекала не из призна-

¹ Там же. С. 12.

² *Абдуллаев М.К.* Договор займа в гражданском праве России: теория и практика правового регулирования: дис. ... канд. юрид. наук. Махачкала, 2006. С. 12.

³ Римское частное право: учебник / под ред. проф. И.Б. Новицкого и проф. И.С. Перетерского. М., 1996. С. 390.

⁴ Там же. С. 393 – 394.

ния договора займа, а из простого факта перехода ценности (res) из его рук в другие.

Так определилась будущая природа *mutuum*, как контракта реального¹.

Данное обстоятельство (защита прав кредитора кондикционным иском) повлияло и на другие аспекты договора займа. В частности, И.А. Покровский² пишет: «Обязательство из *mutuum* до конца остается обязательством *stricti iuris* и обязательством строго односторонним: каких-либо встречных претензий... должник при нем предъявлять не может. С другой стороны, и кредитор может требовать только того, что было дано, без всяких дополнительных претензий: убытков, происшедших от несвоевременной уплаты, процентов и т.д.»

«Поэтому, – как указывает Чезаре Санфилиппо, – заем как таковой представляет собой безвозмездный контракт»³. Тем не менее в римском обществе получила широкое распространение практика взимания процентов, обычно устанавливавшихся в дополнительном соглашении к основному договору⁴.

Таким образом, договору займа (*mutuum*) в римском праве присущи следующие характерные признаки: а) *mutuum* – реальный договор (т.е. получающий юридическую силу лишь с того момента, когда на основании соглашения сторон последовала передача *res*, вещи), б) состоящий в передаче кредитором в собственность должника, в) известной денежной суммы или известного количества других заменимых вещей, г) с обязательством для должника вернуть кредитору такую же денежную сумму или такое же количество такого же рода вещей, какие были получены, то есть общепризнанно в науке римского права, что договор займа являлся реальным, односторонним, безвозмездным.

Вместе с тем реальный характер договора займа не означает, что в этой категории договоров соглашение, *consensus*, не имеет существенного значения: соглашения сторон недостаточно для возникновения заемного обязательства, однако соглашение и при займе является необходимым моментом. Нет соглашения, нет и договора.

Собственно говоря именно *mutuum* явился полноценным договором займа – правовой конструкцией, опосредовавшей долговые обязательства. Прежние формы были оторваны от основания договора и оформляли только обязательство должника по возврату определенного количества определенной ценности. В сферу самого правоотношения сторон они не вторгались и обеспечивали исполнение должником своих договорных обязанностей. Возникло ли на самом деле это обязательство и было ли оно заемным, для действительности *pactum* и *stipulatio* не имеет значения⁵.

¹ Покровский И.А. Указ. соч. С. 413.

² Покровский И.А. Указ. соч. С. 414.

³ Санфилиппо Чезаре. Курс римского частного права: учебник / под ред. Д.В. Дождева. М., 2000. С. 243.

⁴ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга пятая. В 2-х т. Т. 1: Договоры о займе, банковском кредите и факторинге. Договоры, направленные на создание коллективных образований. М.: Статут, 2006. С. 23 – 24.

⁵ Абдуллаев М.К. Договор займа в гражданском праве России: теория и практика правового регулирования: дис. ... канд. юр. наук. Махачкала, 2006. С. 15.

В реальном и односторонне обязывающем характере договора займа, а также в его особой письменной форме мы находим исторические корни специфических правоотношений, связанных с оспариванием займа по его безвалютности (безденежности)¹.

И.Б. Новицкий указывал: «Под влиянием греческого права вошли в практику Рима специальные документы – хипографы (расписки)... Составление такого документа, представлявшего собой расписку должника (засмщика) в получении денежной суммы или иной валюты займа, облегчало для кредитора лежащую на нем обязанность доказывания факта передачи валюты займа, а следовательно, и доказывание права требовать от должника возврата занятой суммы»².

Практика составления расписки создавала условия для недобросовестного кредитора (сильной стороны в договоре займа), при которых последний, не предоставив заемщику сумму займа, но располагая его распиской, мог потребовать уплаты несуществующего долга. При таких обстоятельствах возникала необходимость наделения должника (добросовестного заемщика, не получившего обещанного займа) какими-либо средствами защиты от подобных действий недобросовестного кредитора.

В этих целях на случай предъявления иска о взыскании с заемщика несуществующего долга «должнику стали давать *exceptio doli*, т.е. он мог сослаться против иска кредитора на то, что в действиях кредитора, не передавшего должнику валюты и тем не менее требующего от него платежа занятой суммы, опираясь на формальный момент – подписание должником документа о получении валюты, – заключается самая тяжкая недобросовестность – *dolus*... С III в. н.э. бремя доказательства было переложено на кредитора. Таким образом, была допущена возможность опротестования в течение известного срока содержащегося в расписке признания должника в получении валюты, для чего достаточно было лицу, выдавшему расписку, заявить, что оно валюты не получало...»³.

Завершая рассмотрение существа договора займа в римском частном праве, нельзя не выделить специфическую разновидность займа, сложившуюся в торговой жизни под названием *resunia traiecticia* или *foenus nauticum* – морской или корабельный заем, перешедший в римское право из Греции, сущность которого состояла в том, что такой заем выдавался для мореходных и торговых целей на определенных условиях, «при которых обязательство заемщика стивится в зависимость от счастливого исхода плавания и в качестве компенсации за такой риск могут быть согласованы повышенные проценты»⁴.

И.Б. Новицкий, определяя наиболее существенные черты морского займа, подчеркивал, что «заемщик принимает на себя обязательство вернуть занятую сумму лишь при условии, если корабль благополучно дойдет до места назначения».

¹ Брагинский В.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 25 и далее.

² Римское частное право: учебник / под ред. проф. И.Б. Новицкого и проф. И.С. Перетерского. С. 397.

³ Там же. С. 399 – 400.

⁴ ² Сципилино Чезаре. Указ. соч. С. 243.

ния. Таким образом, риск случайной гибели данной валюты несет займодавец; то же самое признается и в отношении закупленных на эту валюту товаров... Лежаций на кредиторе (займодавце) риск компенсировался тем, что заем в данном случае не только является процентным, но проценты сначала не подлежали ограничению, а со времени Юстиниана, по-видимому, допускались в размере до 12 процентов, как своего рода страховая премия за время путешествия...»¹.

Специфика договора морского займа позволила Д.В. Дождеву сделать весьма серьезное и смелое предположение, что указанный договор «представляет собой своеобразную *societas unius rei (negotii)* – совместное предприятие ради достижения общей коммерческой цели»².

По мнению В.И.Серебровского, морской заем послужил «исходным пунктом для морского страхования», которому современное страхование обязано «своим возникновением и развитием»³.

Первоначально денежная сумма выплачивалась кредитором должнику под товары, и в случае гибели товаров в пути займодавец терял свои деньги. Неся предпринимательский риск, кредитор получал вознаграждение в форме процентов. «С течением времени капиталист стал выплачивать обещанную им сумму денег только в случае гибели товаров, т.е. не при заключении договора, а по наступлении предусмотренного договором события, проценты же, получавшиеся им с судовладельца, превратились в страховые премии. К первой половине XIV века морской заем превратился в чистое страхование»⁴.

Таким образом, можно сделать вывод о существенном влиянии права древнеримского государства на развитие заемного обязательства, поскольку его основные субинституты зародились и получили должную правовую регламентацию именно в римском праве.

В заключении статьи целесообразно привести мысли И.А. Покровского о том что общество, если оно не хочет прийти к итогу, подобному гибели римской цивилизации и распаду Римской империи, должно научиться управлять лежациями в его основе имущественными отношениями. А для этого надо «прежде всего понять их, то есть понять их историческое происхождение, их сущность и отношение к высшим идеалам человечества»⁵.

¹ Римское частное право: учебник / под ред. проф. И.Б. Новицкого и проф. И.С. Перетерского. С. 403.

² Дождев Д.В. Римское частное право: учебник для вузов. М., 1997. С. 500 – 501.

³ Серебровский В.И. Очерки советского страхового права // Серебровский В.И. Избранные труды. М.: Статут, 1997. С. 280 – 281.

⁴ Там же. С. 281.

⁵ Покровский И.А. Указ соч. С. 9.