

«РАСТУМ» КАК ПОЛЮБОВНОЕ СОГЛАШЕНИЕ И ЕГО РОЛЬ В ИСТОРИИ РИМСКОГО ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОГО ПРАВА

В классическом римском праве понятие «*rustum*» рассматривалось главным образом как обозначение особого вида соглашения об отказе заинтересованной стороны от возможного судебного иска в свою пользу. У Ульпиана (? — 228 г. н. э.), внесшего наиболее заметный вклад в римскую доктрину пактов частных лиц, все соглашения, именуемые «*rustum*», действительно применявшиеся в его время, являются примерами того, как истец, кредитор или вообще лицо, в пользу которого было принято какое-либо обязательство, отказывались от права требовать через суд своего удовлетворения (D. 2, 14 *pass.*).

Характерно общее обозначение процессуальной оговорки, которую выдвигал ответчик в том случае, если, к примеру, кредитор все же решал предъявить иск вопреки достигнутому соглашению («*exceptio pacti*»). Ульпиан неоднократно повторяет, что соглашение, именуемое «*rustum*», не могло создавать права на судебный иск, иными словами, рождать новое обязательство у противоположной стороны. Его следствием могло быть только появление у ответчика права на процессуальную оговорку, которой отрицалось наличие права истца (ср.: D. 2, 14, 4–5). Говоря именно об отказе от иска и о проистекавшей из него судебной оговорке, Ульпиан привел известную общую формулу о защите пактов частных лиц («*Pacta conventa... servabo*» — D. 2, 14, 7, 7), содержащуюся в кодифицированном своде процессуальных норм («*Edictum perpetuum*»). При вступлении в должность данный документ провозглашался преторами в качестве руководства в деятельности высшего судебного магистрата. Составленный юристом Юлианом в правление императора Адриана (117–138 гг. н. э.), свод включал нормы, декларированные преторами в значительно более раннее время. Современные исследователи порою постулируют указанное значение понятия «*rustum*» даже там, где допустимо предполагать иное его значение.¹

Между тем у Ульпиана имеются и суждения, где понятие «*rustum*» тесно связано с современными ему представлениями о

договоре вообще. Такими суждениями из его комментария к «*Edictum perpetuum*» открывается раздел о пактах в Юстиниановых Дигестах (530–533 г. до н. э.). Ульпиан начинает с общего определения понятия «*pactum*» как производного от «*pactio*», в последнем же усматривает обозначение совместного решения двух и более лиц, а равно и указание на их взаимное согласие: «*Pactum autem a pactione dicitur... et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus*» (D. 2, 14, 1, 1–2). Это высказывание он дополнил замечанием о том, что с понятием «*pactio*» находится в родстве и слово «*пакс*», латинское обозначение мира: «*inde etiam pacis nomen appellatum est*» (Ibid). Далее, однако, без всякого перехода Ульпиан обращается к толкованию понятия «*conventio*» как общего обозначения для контрактов и полюбовных сделок.²

Очевидно, Ульпиан полагал, что таким образом он объясняет термин «*conventum*», которым в тексте преторского эдикта дополнено понятие «*pactum*». Вместе с тем, используя в дальнейшем изложении понятие «*pactio*» как равнозначное «*conventio*» и в то же время родственное «*pactum*», Ульпиан по сути дела выразил мысль о тождестве понятия «*pactum*» в его исходном значении понятию «*conventio*». Исходя из понятия «*conventio*», Ульпиан предложил стройную классификацию основных видов договоров (D. 2, 14, 5 sqq.). Особенно подробно рассмотрел он договоры, для которых не существовало специальных законов, так что они могли применяться одинаково гражданами и негражданами (D. 2, 14, 7) Договоры такого рода он разделил на две основные группы: одну составили те, что рождали обязательства, другую же те, что рождали процессуальные оговорки, эксцепции, иначе говоря, освобождали от ранее принятых или вновь налагаемых обязательств.

Обязательства, согласно рассуждениям Ульпиана, возникали там, где имущество одной стороны переходило так или иначе во владение или в пользование другой стороны. В ином случае, по Ульпиану, не было причины (*causa*), в силу которой возникло бы обязательство или, что одно и то же, право на судебный иск, и тогда речь могла идти лишь о соглашениях относительно отмены права на иск. Такие соглашения Ульпиан определил понятием «*nuda pactio*» (D. 2, 14, 7, 4–5). Из этого определения можно заключить, что термин «*pactio*» без прилагательного «*nuda*» (буквально «*нагая*»), в представлении Ульпиана, мог быть отнесен к договорам предыдущего типа и охватывал, таким образом, как и термин «*conventio*», всю совокупность договоров.

Далее Ульпиан вновь ввел в изложение темы понятие « *Pactum*» как равнозначное понятию « *Pactio*» (D. 2, 14, 7, 6), поэтому указанное разделение договоров, получивших у Ульпиана обозначение « *Pactio*», можно отнести и к договорам, именовавшимся « *Pactum*». Эти наблюдения относительно широкого толкования Ульпианом понятия « *Pactum*» в известной мере подтверждаются примером из другого сочинения Ульпиана — « *Disputationes*». Говоря о юридическом действии « *pollicitatio*», т. е. одностороннего обещания, Ульпиан противопоставил этому виду правового акта « *Pactum*» как договор, основанный на обоюдном согласии, при этом пояснил значение понятия « *Pactum*» с помощью все того же понятия « *conventio*»: « *Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum*» (D. 50, 12, 3).

Весьма вероятно, что Ульпиан использовал здесь понятие « *Pactum*» как собирательное обозначение договоров вообще, предпочтя его другим терминам по той причине, что в законодательных памятниках, в отличие от трудов юристов, только термин « *Pactum*», и отнюдь не « *conventio*» или « *contractus*», служил обозначением договоров, имевших юридическую силу. Наряду с отмеченной выше перекличкой понятия « *conventio*» с определением « *conventa*», которым в формуле преторского эдикта дополнено слово « *Pacta*», это обстоятельство, вероятно, явилось для Ульпиана поводом и для изложения всей системы договоров в связи с рассмотрением темы пактов в его комментарии к « *Edictum perpetuum*».

Отдавая определенную дань толкованию понятия « *Pactum*» как обозначения договоров в широком смысле, в том числе и порождавших обязательства, Ульпиан несомненно следовал определенной традиции. Обыденное, неюридическое употребление слова « *Pactum*» в таком толковании можно отметить уже в комедиях Плавта (ок. 250–184 гг. до н. э.). Но в этом случае следует отнестись с известной осторожностью к примерам, взятым у Плавта и Цицерона (106–43 гг. до н. э.), в работе Фрица Штурма.³ Вместе с тем не вызывает сомнений правильность наблюдения этого ученого, что уже один из видных юристов I в. до н. э. Алфен Вар (консул в 39 г. до н. э.) применял различные лексические формы, выражавшие понятие « *Pactum*», в общем значении договора (*accordo*).⁴

Между тем необходимо признать, что выраженное Ульпианом представление о пакте как договоре в общем смысле лишено должной четкости и вызывает некоторые немаловажные вопросы. Предложенное Ульпианом понятие « *nuda Pactio*» создавало возможность

логического перехода от общего определения частноправовых пактов как договоров, основанных на взаимном согласии, к специальному их определению как договоров, порождавших экцепцию, но отнюдь не право истца. Однако напрасно мы будем искать у Ульпиана ответ на вопрос, почему же, за некоторыми исключениями, о которых скажем ниже, только пакты в последнем их значении подлежали судебной защите, так что и сам Ульпиан, говоря о пактах, поспешил обратиться к нормам, касавшимся экцепций, и в соответствующем смысле истолковал формулу преторского эдикта. К чему тогда было рассуждать о взаимном согласии как общей основе договоров, именовавшихся «*pacta*», и развивать общую классификацию договоров в связи с рассмотрением этого понятия, ведь само по себе взаимное согласие никоим образом не создавало основы для судебной защиты той или иной договоренности.

Все изложение темы у Ульпиана свидетельствует о том, что наряду со специальным значением понятия «*pactum*» он признавал и его общее значение как определения соглашений, из которых могли возникать обязательства сторон. Однако от него ускользал юридический смысл старых норм, касавшихся пактов в их широком понимании, и ему не удавалось по-настоящему согласовать два основные значения понятия «*pactum*». О весьма условном характере его толкования преторской формулы свидетельствует явный, хотя и вполне естественный для античного юриста, анахронизм определений, которые Ульпиан применил в интересующей нас части своего комментария к «*Edictum perpetuum*».

Так, термин «*conventio*» с его абстрактным значением всякого соглашения вошел в лексикон правоведов лишь на рубеже I–II вв. н. э., у Цицерона он не встречается.⁵ Правда, применяя понятие «*conventio*» в своем комментарии к преторскому эдикту, Ульпиан, как мы предположили, мог иметь в виду определение «*conventum*», примененное в тексте эдикта в сочетании с понятием «*pactum*». Это определение издавна служило указанием на состоявшееся соглашение и, в частности, на свободное изъявление воли, заключивших соглашение сторон, однако, в отличие от существительного «*conventio*», оно весьма многозначно и, по-видимому, имело в эдикте совсем другой смысл, о чем будет сказано ниже.

В своих построениях Ульпиан неоднократно использовал понятие «*contractus*» (ср. D. 2, 14, 7, 1–2; 5–6), между тем римским преторам периода Республики, провозглашавшим формулу о защите пактов, оно не было известно в качестве юридического термина:

понятие было введено в юридическую терминологию уже в последующий период юристами Лабеоном (40 г. до н.э. — 10/21 г. н.э.) и Аристоном (II половина I в. н.э.) в связи с разработкой общей доктрины частноправовых договоров.⁶

Некоторые современные исследователи пошли еще дальше Ульпиана в толковании понятия « *Pactum*» как выражения взаимного согласия сторон и усмотрели такое его широкое значение в самой формуле преторского эдикта: «*Pacta conventa... servabo*». По мнению Андре Магделена, формула содержит свидетельство договора, заключавшие в себе момент взаимного согласия («*l'accord des volontés*»). Правда, они не устанавливали настоящую правовую норму, но лишь определяли порядок собственной деятельности в качестве должностного лица, отправлявшего правосудие.⁷ Тем не менее, в изображении Магделена, римская система частноправовых договоров, содержание которых определялось обоюдной волей сторон, получила развитие на основе именно преторского эдикта о пактах.

Сознавая, что Ульпиан вместе со своими современниками представлял значение самого преторского эдикта иначе, Магделен, тем не менее, использовал содержащиеся в трудах этого юриста определения для обоснования собственной мысли.⁸ Главные же свидетельства в пользу своего толкования преторского эдикта он нашел, как ему казалось, у авторов предшествующего периода — Цицерона (106–43 г. до н.э.) и Сенеки Ритора (ок. 55 г. до н.э. — ок. 39 г. н.э.).⁹ Как и Ульпиан, Магделен истолковал определение «*conventum*» в качестве дополнительного указания на соглашение сторон.¹⁰

Предложенная Магделеном интерпретация эдикта о пактах была встречена критически.¹¹ Однако Фриц Штурм вновь отметил употребление понятия « *Pactum*» и родственной ему глагольной формы « *Paciscor*» в широком значении договора в обыденной латинской лексике эпохи Республики, а в конце эпохи Республики и в языке юристов.¹² Правда, в отличие от Магделена, Штурм принял в качестве основного значения понятия « *Pactum*» отказ от права на судебный иск, истолковав формулу преторского эдикта в том смысле, что преторы отрицали возможность судебного пересмотра договоренностей частных лиц, каким бы способом они не достигались, если соглашения включали прямо заявленный отказ заинтересованной стороны от права на судебный иск.¹³ Принимая отказ истца от своего права за отличительный момент пактов, Штурм

в то же время предпочел не ограничивать таковым их содержание.

С течением времени, по мнению Штурма, понятие «*actum*» утратило свое «техническое» значение указания на полюбовное соглашение с выраженным отказом от права на судебный иск и стало восприниматься в качестве обозначения договора в широком смысле. Имея своей целью сохранение старой нормы, преторы эпохи Республики пошли по пути усиления общего значения договора, которое понятие «*actum*» получило в обыденном восприятии преторской формулы, и дополнили это понятие родственным понятием «*conventum*», сознательно применив плеоназм как риторический прием.¹⁴ Иначе говоря, по мнению Штурма, преторы решили лишней раз внушить своим согражданам, что установленная ими норма затрагивала, во всяком случае, договоры, имевшие известную силу. Выражение «*actum conventum*» исследователь представил как бессюзное словосочетание.

Общие построения Штурма далеко не безупречны. Если предполагать, что в древнейший период смысл договоров, именовавшихся «*actum*», состоял в мировой сделке, то их содержание никоим образом нельзя сводить к простому отказу от возможного судебного иска, а вместе с тем и к отмене всякого вмешательства судебной власти в случае нарушения договоренности одной из сторон.¹⁵ Спор мог затрагивать подлинное правонарушение, и если ответчик не выполнял какое-либо условие соглашения, то в этом случае снимались препятствия к его пересмотру в судебном порядке. Иначе говоря, заявленный при определенных условиях отказ потерпевшего от преследования правонарушителя отнюдь не означал отказ от всякого иска по тому же делу в будущем. Развиваемое Штурмом понимание исходного содержания понятия «*actum*» представляет собой лишь малоудачную попытку согласовать характерную для классического римского права норму, по которой частноправовые пакты могли порождать со стороны ответчика лишь эксцепцию, с утвердившимся в историко-правовой науке представлением о древних пактах как мировой сделке.

Правило, согласно которому договор в форме пакта обеспечивал исключительно выдвигание эксцепции при возможном судебном разбирательстве, выступает в трудах юристов периода Принципата во всей своей силе. Если считать мировую сделку древнейшей формой договоров, именовавшихся «*actum*», и пытаться определить отношение к ней названного правила, то последнее следует

признать прочным результатом длительной исторической эволюции таких договоров. Нет никакой необходимости думать, что в период Республики было утрачено якобы исконное представление об отказе от права истца как характерном моменте договоров в форме «*actum*», и таким образом пришлось подкрепить соответствующую формулу преторского эдикта общим указанием на действие договоров, имевших в своем основании взаимное согласие сторон.

При всем различии их подхода к рассмотрению истории договоров, именованных «*actum*», Магделен и Штурм не только одинаково постулировали вслед за Ульпианом употребление этого термина в общем смысле договора, но даже усмотрели такое его употребление в формуле преторского эдикта. Не вызывает сомнений верность их наблюдений относительно существования более широкого значения понятия «*actum*» в пору законодательной деятельности преторов. В то же время нельзя признать удовлетворительным предложенное ими толкование этого более широкого значения в качестве общего указания на договоры, основанные на взаимном согласии. При таком понимании термина «*actum*» обозначающиеся им договоры теряют подлинную юридическую силу, а формула преторского эдикта утрачивает свойство устанавливать судебную защиту соответствующих договоренностей. Последнее обстоятельство, как было отмечено, не смутило, однако, Магделена, а Штурм решился даже утверждать, что формула нарочито выводила договоренности за рамки компетенции судебной власти.

В настоящей работе попытаемся заново проследить эволюцию договоров под общим определением «*actum*», которой были порождены столь малопохожие одно на другое значения этого понятия. Важнейшая наша задача состоит в том, чтобы показать подлинное отношение судебной власти к этим договорам в различные периоды и раскрыть характер ее воздействия на практику договоров. Точнейшее определение более широкого значения понятия «*actum*» в эпоху Республики и в начале периода империи составит одну из наших частных задач. В качестве отправного момента примем древнее применение договоров, именованных «*actum*», в функции обычной мировой сделки.

Большинство историков права согласны в том, что первоначально в текстах юридического характера понятием «*actum*» и родственными ему глагольными формами обозначалось полубовное соглашение между обидчиком и потерпевшим, благодаря которому

обидчик избавлялся от преследования в судебном порядке и особо от наказания, налагаемого в соответствии со строгими судебными установлениями.¹⁶

Это древнейшее значение понятия «*raatum*» вытекает в первую очередь из двух дошедших до нас формул Двенадцати таблиц (451–451 гг. до н. э.). На основе свидетельств, содержащихся в анонимной риторике «*Ad C. Neregnium*» (ок. 88–85 гг. до н. э.), в «Аттических ночах» Авла Геллия (род. ок. 130 г. до н. э.) и в грамматическом труде Присциана (ранее 526 г.), восстановлена формула: «*Rem ubi rasunt, orato. Ni rasunt, in comitio aut in foro ante meridiem causam coiciunto*».¹⁷ Современные историки права толкуют ее в том смысле, что представитель судебной власти должен провозгласить состоявшейся полюбовную сделку непосредственно там, где участники спора приходят к соглашению, а если соглашение не состоится, то стороны должны явиться на комиций (т. е. на место проведения народных собраний) или на форум для передачи своей тяжбы в суд.¹⁸

А. Д. Манфредини полагает, что в приведенной формуле Двенадцати таблиц речь шла о провозглашении достигнутого соглашения в некотором публичном собрании одним из участников договора, а не о заключительном слове представителя судебной власти.¹⁹ Но мы не находим у него достаточных доводов в пользу такого утверждения. Вместе с тем заслуживают внимания примеры из «Римских древностей» Дионисия Галикарнасского (I в. до н. э.), которые Манфредини привел, комментируя названную формулу.

Дионисий сообщает, что в пору легендарного царя Нумы Помпилия договоры (*συμβόλαια*) заключались либо в публичной форме с привлечением свидетелей, либо в частном порядке. Договоры первого вида, по словам Дионисия, строго соблюдались, тогда как договоры второго вида порождали бесконечные тяжбы (Dion. 2, 75, 1). В другом месте речь идет о мерах, которые предпринял предпоследний римский царь Сервий Туллий (578–534 гг. до н. э.) в деле упорядочения договоров, касавшихся взаимных обид частных лиц и способов удовлетворения потерпевших (Ibid. 4, 13, 1). Сопоставив эти два места, Манфредини пришел к заключению, что в высказывании о положении дел при Нуме Помпилии Дионисий имел в виду скорее договоры, заключавшие в себе полюбовную сделку и именовавшиеся по-латыни «*raatum*», нежели контракты.²⁰ Это заключение можно принять без особых колебаний.

Если попытаться связать сведения, сообщаемые Дионисием, с

рассматриваемым установлением законов Двенадцати таблиц, то, очевидно, к последнему следует отнести главным образом сообщение о соглашениях в публичной форме, которые строго соблюдались в древнейший период. Если верить Дионисию, известной силой обладали и договоры, заключенные в «частном порядке». Возможно, меры, предпринятые Сервием Туллеем, относились именно к последним и имели целью придать им характер некоторой публичности. Такое предположение тем более оправдано, что с сообщениями Дионисия замечательным образом перекликаются более определенные сведения о практике частноправовых пактов, содержащиеся в упомянутом руководстве по риторике «Ad C. Herennium». Заметим, что это руководство было написано ранее исторического труда Дионисия.

Автор риторического трактата представил содержание приведенной здесь формулы как пример договоров, именуемых «*pactum*», соблюдение которых предписывалось законами: «*quae legibus observanda sunt*» (2, 13, 20). Несомненно, под этим определением он подразумевал и порядок их оформления. Указание на «законы» с достаточной определенностью свидетельствует о том, что сохранение целостности договоров, а равно и способ их заключения находились под попечением судебной власти. В таких обстоятельствах для должностного лица, наделенного судебными полномочиями, было само собой разумеющимся оповещать собрание свидетелей и заинтересованных лиц о состоявшемся соглашении, признавая тем самым это соглашение в качестве справедливого и подлежащего прямой защите со стороны судебной власти. О заключении полюбовных соглашений, именовавшихся «*pactum*», в рамках судебного процесса говорит Авл Геллий в своем комментарии к законам Двенадцати таблиц.²¹

Вслед за договорами названного вида автор указал на договоры, необходимость соблюдения которых в каждом конкретном случае диктовалась не законами, а определенным образом оформленным соглашением сторон: «*Sunt item pacta, quae sine legibus observantur ex convento. . .*» Очевидно, что при заключении таких договоров, хотя они и назывались тоже «*pactum*», не требовалось присутствия носителей судебной власти. Но, как мы увидим ниже, римские преторы позаботились о придании характера публичности и этим договорам. Как и договоры первого вида, в своей исходной форме они затрагивали споры по поводу правонарушений, предмет договоренностей и их соблюдение оставались и в этом случае в ведении

судебной власти, чем обеспечивалось юридическое действие договоров.

Обратимся ко второй формуле Двенадцати таблиц, где вновь речь идет о частноправовых пактах: «*Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto*» (Tab. VIII, 2). Как и в первой рассмотренной здесь формуле, на форму соглашения указывает глагол «*расо*», от которого и было произведено существительное «*раctum*». Смысл формулы можно передать так: если кто нанес кому телесное повреждение, то, если он не заключит с пострадавшим полюбовную сделку, пусть подвергнется такому же возмездию, каким было его преступление. Традиционная норма диктовала крайне суровое наказание за членовредительство, в случае с таковым не требовалось особого судебного разбирательства, по этим причинам децемвиры, составившие текст Двенадцати таблиц, дали соответствующее правовое определение в отдельной статье вне рамок общего установления о пактах. Между тем, несмотря на свой специальный характер, формула позволяет судить о свойствах древнейших частноправовых пактов в целом.

Авл Геллий, коснувшись интересующего нас древнего установления децемвиров, указывал, что судья мог самостоятельно наложить денежный штраф, приняв во внимание тягостные условия мировой сделки (*раctio gravis*) и суровость возмездия, предписываемого принятой нормой (*acerba talio*) (Gell. 20, 1, 32 sqq.; 37–38). Принимая во внимание это обстоятельство, как и то, что подобно децемвирам Геллий отводил ведущую роль в возможной полюбовной сделке правонарушителю, нетрудно предположить, что предметом мировой сделки в рассматриваемом случае была выплата потерпевшему определенной суммы, иначе говоря, компенсация за причиненный ущерб.

Тема компенсации как некогда важного момента договоров, именовавшихся «*раctum*», слабо затронута в трудах историков права. Лишь М. Казер указывал, что выплата компенсации (*Sühnevergleich, Bußzahlung*) определяла содержание всех договоров такого рода в древнейший период.²² Манфредини в свою очередь усмотрел обещание компенсации в полюбовном соглашении, о котором идет речь в первой из приведенных здесь статей Двенадцати таблиц.²³ Примеры пактов с назначением компенсации или выкупа у Плавта (Vacc. 865 sqq.) и Цицерона (De off. 3, 29, 107) привел Штурм, истолковав их, однако, лишь в общем смысле основанных на взаимном согласии договоров.²⁴

Явные следы практики выплачивать компенсацию по договору в форме пакта мы обнаруживаем в отрывках из «*Edictum perpetuum*», которые привел со своим комментарием Ульпиан. Согласно одному из установлений, вошедших в свод преторского законодательства, ряд правонарушений, помимо обычного судебного приговора или заменявшего этот приговор полюбовного соглашения в форме « *Pactum*», карался особым нравственным осуждением (*infamia*), которое имело следствием понижение общественного статуса лица, уличенного в соответствующем правонарушении (см.: D. 3, 2, 1). В юриспруденции времени Ульпиана содержание договоров, именованных « *Pactum*», сводилось, как было отмечено, к простому отказу заинтересованной стороны от права добиваться через суд своего удовлетворения. Что же касается должника или правонарушителя, то его роль ограничивалась просьбой о снисхождении. Однако при установившемся в этот период юридическом понимании договоров под определением « *Pactum*» названное установление получало, по мнению Ульпиана, невозможный смысл (D. 3, 2, 6, 3). Там, где речь шла о великодушном прощении (*venia*) в ответ на просьбы и мольбы (*preces*) обидчика, последующее публичное нравственное осуждение представлялось Ульпиану негуманным. Поэтому он решился утверждать, что в преторском эдикте имелась в виду полюбовная сделка с выплатой некоторой компенсации (*cum pretio quantocumque*) со стороны обидчика.

Истолковав в таком смысле старое установление преторов, Ульпиан тут же указал на засвидетельствованное исключение из этого общего установления, а именно на норму, согласно которой заключивший полюбовную сделку с выплатой компенсации не подвергался нравственному осуждению в том случае, если пошел на такую по распоряжению претора: « *Qui iussu praetoris pretio dato pactus est, non notatur*» (D. 3, 2, 6, 4). Несомненно, в этой норме в качестве условия освобождения от нравственного порицания выступало именно специальное указание претора, в ответ на которое правонарушитель соглашался по доброй воле выплатить компенсацию, сама же выплата компенсации упомянута, скорее всего, в качестве обычной принадлежности полюбовных соглашений относительно правонарушений, влекших за собой особое нравственное порицание.

Сомнительно, чтобы норма, определенная практикой указаний преторов относительно желательности полюбовной сделки с выплатой компенсации, содержалась в основном тексте названного сво-

да преторских установлений. Текст этого свода, насколько можем судить, было принято цитировать, а при его пересказе отсылать читателя прямо к источнику. Ни того, ни другого нельзя сказать о высказывании Ульпиана, в котором он передал норму. Вероятнее всего, она содержалась в комментариях к «*Edictum perpetuum*». Трудно решить, когда и при каких обстоятельствах она была установлена, но представляется очевидным, что норма появилась вследствие желания преторов взять под более жесткий контроль полюбовные соглашения по поводу споров о различных правонарушениях: обещая облегчение участи правонарушителя, претор лишней раз побуждал его к заключению мировой сделки при своем посредничестве.

Другой пример пакта с денежной выплатой со стороны правонарушителя находим в высказывании Ульпиана относительно одного из способов решения споров по поводу взимания налогов. Ульпиан указывал, что если нарушители правил налогообложения пошли на мировую сделку с доносчиками и выплатили им хотя бы малую сумму, то таковых следует считать сознавшимися перед судом: «*In fisci causis pacti cum delatoribus pro confessis habentur, si modo pretium vel modicum dederunt*» (D. 49, 14, 4). Кажется бы, дело заключалось в установлении факта простой взятки обвинителю. Но непосредственные участники таких сделок могли руководствоваться иными представлениями, так как раскладка налогов была в немалой мере собственным их делом и сами законодатели признавали, что важнейшим мотивом действий доносителя были его отношения с членами местной общины (ср.: D. 49, 14, 2). Известен традиционный уклад жизни местных общин, архаичными были и способы разрешения споров судебного характера внутри общины. Все это позволяет думать, что последний пример представляет практику соглашений, именовавшихся «*pactum*», в ее исконном виде.

Итак, рассмотренные свидетельства о применении в древнейший период договоров, именовавшихся «*pactum*», представляют эти договоры как средство разрешения споров о правонарушениях. Правонарушения были таковы, что, как правило, давали основание для вмешательства судебной власти, обычным было применение названных договоров в рамках судебного процесса. Но и в тех случаях, когда магистрат, наделенный судебными полномочиями, по тем или иным причинам не присутствовал при заключении договора, предмет спора, разрешавшегося путем полюбовного соглашения, был, по-видимому, такого свойства, что покушение на целост-

ность договора, как и различные нарушения при его заключении (ср.: D. 2, 14, 7, 7), подпадали под санкции судебной власти. Разумеется, и в этом случае договор получал некоторое публичное удостоверение, о чем речь пойдет ниже. Важнейшим моментом договоров было обещание обидчика выплатить компенсацию потерпевшему.

В таких обстоятельствах с развитием практики контрактов у массы граждан возникало желание представить долговое обязательство в качестве обещания выплатить компенсацию по договору в форме пакта. Засвидетельствованный тем или иным образом факт передачи денег другому лицу сам по себе являлся достаточным основанием для судебного преследования в случае, если займодавец не возвращал сумму в соответствии с условиями договора. Однако подведение договора под категорию «*actum*» обеспечивало более надежный способ судебной защиты договора. Если оставить в стороне древний строгий порядок заключения мировых сделок, о котором говорится в Двенадцати таблицах и в упомянутом отрывке риторики «*Ad Herennium*», то можно полагать, что форма договоров, именовавшихся «*actum*», была достаточно свободна. Таким образом, оказывалось возможным имитировать условия договоров этого рода при установлении обычного долгового обязательства.

Сенека Философ (4 г. до н. э. — 65 г. н. э.) оставил красноречивое и подробное описание того, как это делалось. Поразительно, но в важнейших трудах, затрагивающих историю договоров под общим определением «*actum*», свидетельство Сенеки даже не упоминается. Оно мало согласовывалось с классическим определением частноправового пакта как способа отказа от возможных исков, и, не находя удовлетворительного объяснения этому примеру, исследователи, очевидно, предпочитали не сосредоточивать внимание на слишком своеобразном, на их взгляд, применении договора в форме «*actum*», о котором говорит Сенека. Но большинство историков права, по-видимому, даже не знали о существовании свидетельства Сенеки.

В своем сочинении «О благодеяниях» Сенека коснулся темы, что люди малоспособны к доверию в делах, где речь идет об обещанной выплате денег или возврате долга (Sen. De benef. 3, 15, 1 sqq.). Как свою несбыточную мечту автор выражает желание, чтобы люди перестали при продаже связывать покупателя стипуляцией, обеспечивая тем самым выплату себе положенной суммы, и охранять оттисками печатей целостность долговых обязательств, принятых путем соглашений в форме пакта («*Utinam... nec pacta conven-*

taque inpressis signis custodirentur»)²⁵ В изложении Сенеки оттиски печатей выступают как отличительный элемент именно долговых обязательств под определением «*pactum*» (ср. далее: «*Anulis nostris plus quam animis creditur. . .*»).

По словам Сенеки, документ о совершившейся сделке скрепляли своими печатями свидетели (*vindices veritatis* — 3, 15, 3) из числа наиболее видных и достойных доверия граждан (*ognati, incorrupti viri* — *Ibid.*), причем свидетели выставлялись обеими сторонами (*Adhibentur ab utraque parte testes* — 3, 15, 2). О достопочтенных свидетелях, удостоверяющих оттиском своих печатей совершенную сделку, Сенека говорит иронически, что вот и им совсем скоро будут даны деньги взаймы и тогда им будет не больше веры, чем тому, чье долговое обязательство они засвидетельствовали, так что и они должны будут удостоверить договор таким же точно образом: «*at his ipsis non aliter statim pecuniae committentur*» (3, 15, 3).

Процедура удостоверения сделки, описываемая Сенекой, полностью соответствует действиям свидетелей, которые в историко-правовой науке принято определять понятием *testatio*.²⁶ Этот вид свидетельствования, по мнению историков права, применялся к различным актам.²⁷ Но нет сомнений в том, что, во всяком случае в рассматриваемом отрывке, свидетельствование с помощью личных печатей представлено как отличительный момент именно пактов. В этом убеждают, в частности, содержащиеся в отрывке указания на характерные особенности других способов подтверждения долговых обязательств. Иной кредитор, отмечает Сенека, умножает долговые обязательства тем, что вносит гарантийные обязательства посредников-поручителей в долговые книги: «*Ille per tabulas plurium nomina interpositis parariis facit*» (3б 15, 2). Иной же остается неудовлетворен принятой процедурой вопросов и ответов, пока не схватит рукой должника как правонарушителя: «*Ille non est interrogatione contentus, nisi reum manu sua tenuit*» (*Ibid.*).

Сенека говорит часто намеками, тем не менее по его высказываниям можно составить себе некоторое представление о порядке действий сторон при установлении долгового обязательства в форме пакта. В приведенном высказывании Сенека указал на процедуру вопросов и ответов с помощью термина «*interrogatio*». Историки права знают этот термин главным образом как обозначение основного действия в стипуляции, где односложный вопрос заинтересованной стороны и такой же ответ контрагента в присутствии свидетелей являлся знаком того, что последний налагал на себя

определенное обязательство. В начале рассматриваемого отрывка, как мы видели, Сенека и сам упоминает стипуляцию как средство, которым обеспечивали выплату положенной суммы при продаже. Могло бы показаться, что, говоря о процедуре «*interrogatio*», Сенека имел в виду именно стипуляцию.

Однако в нарисованной Сенекой картине дальнейшее действие кредитора, состоявшее в наложении руки на должника, как если бы он был правонарушителем, плохо вяжется с тем, что мы знаем о стипуляции как форме контрактов с обязательным участием поручителей, которые собственно и говорили последнее слово при стипуляции. Напротив, заключительное действие кредитора у Сенеки становится вполне объяснимо, если за термином «*interrogatio*» видеть подобие допроса того лица, которое брало деньги взаймы. Намеренно создаваемое Сенекой впечатление униженности ситуации для всех действующих лиц вполне подтверждает верность нашего толкования термина.

Истолкованный таким образом термин «*interrogatio*» скорее следует отнести к договору под определением «*pactum*», нежели к стипуляции. Кстати будет заметить, что у Плавта в описании одной и той же сцены применены глагольные формы «*pacisco*» и «*repigi*», однокоренные со словом «*pactum*» и служившие обозначению того же правового акта, а вместе с тем и глагол «*gogo*», однокоренной со словом «*interrogatio*» и указывавший на соответствующую процедуру, при этом явные указания на стипуляцию как таковую отсутствуют (ср.: Plaut. *Vasch.* 865 sq.).

С термином «*interrogatio*», понимаемым как обозначение своего рода допроса, замечательным образом перекликается идея признания, выраженная в дальнейшем высказывании Сенеки словом «*confessio*»: «О позорное признание вероломства рода человеческого и общественного нечестия» («*O turpem humani generis fraudis ac nequitiae publicae confessionem*» — *De benef.* 3, 15, 3). О стойкой ассоциации соглашений, именовавшихся «*pactum*», с признанием правонарушителя свидетельствует и приведенный выше пример любовных сделок, с помощью которых кое-кто пытался снять с себя обвинение в нарушении порядка выплаты налогов. Можно, таким образом, заключить, что при установлении долгового обязательства в форме пакта опрос лица, бравшего деньги взаймы, завершался его «признанием».

Вошедшее в обычай удостоверение долговых обязательств под видом пактов явилось несомненно важнейшей причиной того, что

и сами пакты стали получать в обыденном сознании все более широкий смысл. Разумеется, и практика пактов становилась все более запутанной, а разбор споров по поводу нарушения договоренностей в форме пакта оказывался все более обременительным для судебной власти. Упомянутая формула преторского эдикта «*Pacta conventa. . . servabo*», очевидно, и служила упорядочению практики пактов, причем ее первоначальное значение отнюдь не сводилось к ограничению договоренностей отказом от исков, но состояло, напротив, главным образом в обещании судебной защиты прав истца, устанавливаемых договором в форме пакта. Особое внимание преторы должны были обратить на форму договоров, что и выражено, думается, в определении «*conventa*».

Уже автор упомянутой риторики «*Ad Herennium*» и Цицерон допускали толкование этого определения в смысле простой договоренности, об этом, похоже, свидетельствует применение ими безличного глагола «*convenit*», указывавшего на такую договоренность, при толковании понятия «*pactum*».²⁸ Примеры применения этого глагола в связи с темой пактов находим и у римских юристов (D. 2, 14 *passim*; D. 23, 4 *passim*). Однако другие высказывания и свидетельства того же Цицерона, как, впрочем, и автора названного руководства по риторике, дают основания для иного понимания определения «*conventa*» в названном эдикте.

В частности, в сочинении «Об обязанностях» Цицерон передал раннюю версию рассматриваемой формулы преторского эдикта. Если следовать этой версии, то, пожалуй, придется исключить возможность толкования определения «*conventa*» в качестве указания лишь на достигнутое согласие сторон. Цицерон задается вопросом, всегда ли следует сохранять пакты и быть верным обещаниям, которые, как имеют обыкновение провозглашать преторы, совершенны или даны без насилия и обмана: «*Pacta et promissa semperne servanda sint, quae nec vi nec dolo malo, ut praetores dicere solent, facta sint?*» (De off. 3, 24, 92). Если преторы особо указывали на неправомерность договоренностей, в которых был нарушен принцип добровольности, то было излишне говорить в общей форме о необходимости согласия сторон, особенно ввиду лаконичного стиля преторских эдиктов.

Словосочетанием «*pactum conventum*» преторы обозначали несомненно общий результат двух действий — основного и сопутствующего ему. Речь не шла о смысловом плеоназме, как это представлялось Штурму. О самостоятельном значении действия, обозна-

чавшегося словом «conventum», свидетельствуют, в частности, примеры присоединения этого слова к слову «ractum» с помощью соединительных союзов «et» и «-que» у Цицерона и Сенеки,²⁹ и дело здесь не сводилось к простому риторическому приему.

Стойко держалось представление о словах «ractum» и «conventum» как субстантивированных причастиях, и порою — например, у младшего современника Цицерона Алфена Вара — оба выступали как именная часть сказуемого.³⁰ Глагол «paciscor», а равно и древний глагол «расо», от которых произведено существительное «ractum», никогда не употреблялся в безличной форме. Употребление слов «ractum» и «conventum» в рассматриваемом сочетании обнаруживает определенный параллелизм. Можно, таким образом, заключить, что и за субстантивированным причастием «conventum» стоял глагол «convenio» в переходном значении. Объектом действия, обозначавшегося этим глаголом, как и производным от него существительным, был, надо полагать, сам предмет договоренности. Попробуем поближе рассмотреть, в чем же состояло это действие и кто собственно были его участники.

Глагол «convenio» в его буквальном значении служил передаче представления о реальной явке на встречу с другим лицом или на сходку многих лиц, из этого буквального значения развилось переносное значение согласия. Цель сходки и действие ее участников могли быть, однако, самыми различными. Как известно, глагол «convenio» получил, в частности, значение действия, состоявшего в привлечении кого-либо к суду. Наряду с обозначением такого рода действий в отношении личности правонарушителя этим глаголом стали выражать и заявление требований относительно возмещения ущерба, понесенного вследствие тех или иных правонарушений.³¹ Наконец, и действие судьи, вводившего предмет жалобы в сферу своих распорядительных функций, тоже могло обозначаться глаголом «convenio».³² Во всех этих случаях названный глагол применялся как переходный.

Несомненно, и в рассматриваемом случае образованное от глагола «convenio» субстантивированное причастие «conventum» служило указанием не только на согласие, достигнутое сторонами, но и на порядок конкретных действий участников некоторого собрания. «Реализм» постулируемого нами исходного содержания термина соответствует характеру древнего правосознания, но, главное, есть и прямые свидетельства того, что за словом «conventum» в разбираемой нами формуле крылось представление о некотором собрании.

Мы уже отмечали то коренное значение, которое приписывал Сенека удостоверению договоров, именованных «*pacta conventa*», печатями свидетелей. (*De benef.* 3, 15, 1–3).³³ В риторике «*Ad Herennium*», как было отмечено, наряду с пактами, порядок которых предписывался законами и где, по нашему предположению, достигнутое соглашение оглашалось представителем судебной власти, названы пакты, соблюдение которых предписывалось в силу акта, обозначенного словом «*conventum*»: «*Sunt item pacta, quae sine legibus observantur ex convento...*» (*Ad Herennium* 2, 13, 20). Выражение «*ex convento*», примененное в этом высказывании, имело, несомненно, устойчивое техническое значение. Оно указывало на источник юридической силы соответствующих договоров и одновременно на их форму, его содержание невозможно свести к простому согласию сторон.

Редакция «*ex convento*» дошла до нас в рукописях IX–X вв. Но в двух рукописях XII–XIII вв.³⁴ то же выражение встречаем в другой редакции: «*ex conventu*». В форме IV склонения интересующее нас понятие могло указывать только на сходку, и нельзя исключать того, что в более поздних рукописях был воспроизведен текст прототипа, сохранившего авторскую редакцию.

Довольно надежная рукописная традиция писем Цицерона к Аттику донесла выражение «*ex pacto et conventu*» (*Cic. Ad Attic.* 6, 3, 1). Цицерон применил это выражение в отношении договора с покинувшим его бывшим сотрудником в деле управления консульской провинцией. Для обыденной ситуации, в которой был заключен договор, его форма и значение представляли нечто исключительное, и Цицерон подчеркнул это словами: «*nam ea lege exierat*». Имя существительное IV склонения «*conventus*» в приведенной формуле должно было указывать на особую процедуру, проходившую в некотором собрании. Сопровождая заключение договора в форме пакта, она сообщала договору необходимую юридическую силу. Во времена Цицерона и Сенеки ее неотъемлемой принадлежностью, судя по всему, было составление письменного документа, который удостоверялся оттисками печатей свидетелей.

Выше уже было отмечено, что Сенека рассматривал скрепление документа печатями свидетелей в качестве характерного момента договоров интересующего нас вида. Цицерон в свою очередь применил в отношении этих договоров, а равно и судебного приговора и стипуляции, понятие «*formula*», которое указывало на письменную форму юридического акта: «*iudicii aut stipulationis aut*

acti et conventi formula» (Cic. Pro Caec. 18, 51). В диалоге «Подразделения риторики» Цицерон отнес договоры под определением «*actum conventum*» к категории письменных частных актов, в которую включил, кроме того, долговые книги и стипуляцию (Cic. Part. or., 37, 130).

В отрывке, о котором идет речь, Цицерон изложил общее учение о правовых актах. Наряду с письменными актами публичного и частного характера он упомянул и акты без письменного оформления.³⁵ В качестве источника их юридической силы наряду с «обычаем» он назвал общественные собрания, употребив понятие «*conventum*». Чтобы точнее выразить свою мысль, Цицерон дополнил это понятие определением «*hominum*», т. е. «людей». Вместе с тем он отдал дань и связанному с понятием «*conventum*» представлению о достигнутом согласии, но сделал это в весьма осторожной форме, предварив слово «*consensus*» наречием «*quasi*», т. е. «как бы»: «*aut conventis hominum et quasi consensu obtinentur*» (Ibid.). Нет сомнений в том, что в сознании Цицерона, когда он говорил о договорах интересующего нас вида, понятие «*conventum*» сохраняло в основном то же значение собрания, что и понятие «*conventus*».

Итак, можно заключить, что своей формулой преторы обещали оставлять в силе, защищая их целостность, те соглашения, именовавшиеся «*actum*», которые были заключены в определенном порядке в присутствии известного круга свидетелей и должным образом удостоверены. Что же касается старого правила, согласно которому представители судебной власти должны были сами присутствовать при заключении соответствующих соглашений, то оно оказалось неприменимым, когда с усложнением хозяйственной и общественной жизни умножилось число заключаемых соглашений.

Несмотря на усилия преторов упорядочить практику соглашений, именовавшихся «*actum*», им не удавалось предотвратить многочисленные нарушения и прямые злоупотребления, допускавшиеся при заключении и дальнейшем действии этих соглашений. Во многих случаях основательность соглашений оставалась сомнительной. Приходилось вновь и вновь оговаривать, действие каких соглашений готовы были поддерживать преторы.

Относительно юридического действия соглашений, порядок которых определялся не законами, но волей участников некоторого собрания, автор риторики «*Ad Herennium*» счел нужным заметить, что подлинную силу получают те из соглашений, справедливость которых выше всяких сомнений: «*quae iure praestare dicuntur*» (2,

13, 20). В упомянутом сочинении «О подборе материала» Цицерон повторил это суждение, дополнив его собственным пояснением: «*Pactum est... quod iam ita iustum putatur, ut iure praestare dicatur*» (De invent. 2, 22, 68). В дошедшей до нас редакции «Контroversий» Сенеки Старшего (ок. 55 г. до н. э. — ок. 39 г. н. э.) дана одна из версий рассматриваемой формулы преторского эдикта. Применяя понятие закона в смысле общего указания на правовые основания и принятую форму соглашений, автор этой версии объявлял, что следует признавать юридически действительными те из договоров, именовавшихся «*pacta conventa*», которые были заключены в соответствии с законами: «*Pacta conventa legibus facta rata sint*» (Sen. Rhet. Contr. 9, 3).

Особые затруднения у судебной власти вызывали, надо полагать, многочисленные контракты, которые заключались под видом мировой сделки. Преторы оказывались в положении главного гаранта в деле исполнения обычных долговых обязательств. Между тем контракты можно было заключать и в форме стипуляции, где главную долю ответственности за исполнение принятых обязательств несли поручители, обеспечивавшие незыблемость договоров своим имуществом. В конце концов преторы решили освободить себя от бремени разбирательств по поводу соглашений в форме пакта, которыми частные лица самостоятельно устанавливали обязательства самого разного рода. Сохранив букву прежних эдиктов, они решительно изменили смысл понятия пакта в формуле «*Pacta conventa... servabo*», ограничив его значение указанием на отказ от права истца.

Нет сомнений в том что именно преторы ввели правило, по которому пакт не мог порождать иска: «*Ne ex pacto actio nascatur*» (см.: D. 2, 14, 7, 4–5). Вероятнее всего, оно было включено в кодифицированный свод «*Edictum perpetuum*», текст которого мы знаем, к сожалению, лишь во фрагментах, и, во всяком случае, содержалось в предшествовавших версиях преторских эдиктов. Из преторских эдиктов Ульпиан мог позаимствовать и указание на то, что слово «*pactio*», от которого он производил понятие «*pactum*», считалось обозначением мира (D. 2, 14, 1, 1). Такое указание являлось прекрасным аргументом в пользу того, чтобы ограничить применение пактов договоренностями об отказе от права истца. Если пактом устанавливался мир между заинтересованными сторонами, то не следовало, утверждали, по-видимому, новые интерпретаторы этого понятия, порождать возможность нового спора, устанавливая обя-

зательства ответчика. Отныне пакт должен был служить полностью прекращению преследования ответчика, при этом общественное внимание перемещалось с его фигуры на фигуру истца, который должен был обеспечить мир безусловным отказом заявлять впредь свои права.

Решительное ограничение сферы действия договоров, именовавшихся «*pacum*», было направлено против тех договоров об обязательствах ответчика, которые заключались без прямого контроля судебной власти, и в первую очередь против контрактов под видом пакта, вероятно, самой значительной группы договоров такого рода. Напротив, соглашения, устанавливавшие обязательства ответчика в рамках судебного процесса, сохраняли свою юридическую действительность. Это обстоятельство мы отмечаем, говоря о любовных сделках с выплатой компенсации, которые заключались по указанию претора в случае споров о правонарушениях, подлежащих нравственному порицанию (D. 3, 2, 6, 4).

Еще одно красноречивое, хотя и косвенное, свидетельство применения пактов, устанавливавших обязательства ответчика при решении судебных споров, находим в сборнике правовых определений, приписываемых Павлу (рубеж II–III вв.). Здесь содержится правило, согласно которому всякий пакт, заключенный после вынесения приговора, не признавался имеющим силу, если только речь не шла о даре в пользу проигравшей спор стороны: «*Post rem iudicatam pactum, nisi donationis causa interponatur, servari non potest*» (Sent. rec. Paulo trib. 1, 1, 5^a).³⁶

Именно как дар в пользу проигравшей спор стороны было принято представлять отказ истца от доказанных им прав. Такое толкование пактов, порождавших лишь эксцепцию, но не право истца, Ульпиан выдвигал в качестве важнейшего наряду с их толкованием как «нагого соглашения» («*pactio nuda*») (D. 2, 14, 7, 4). В его комментарии к «*Edictum perpetuum*» содержится утверждение, что тот, кто вступает в любовное соглашение под определением «*transactio*», действует как бы в отношении вещи, с которой связаны сомнения, и как бы в отношении спора, находящегося в неопределенном состоянии и неоконченного, тогда как лицо, заключающее пакт, передает вещь, определенную и не вызывающую сомнений, в силу дарения и будучи движимо щедростью: «*Qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitam liberalitate remittit*» (D. 2, 15, 1).

В сборнике, приписываемом Павлу, ограничение отказом от пра-

ва истца устанавливалось, как мы видим, лишь для пактов, которые заключались после вынесения судебного приговора. Что же касается договоров, заключавшихся в рамках судебного процесса под наблюдением или по указанию претора и его представителей, то в отношении них не было речи о подобном ограничении.

Между тем правило, согласно которому пакт мог порождать лишь эксцепцию, но не право истца, воспринималось как имеющее общее значение, так как затрагивало основную массу договоров, именовавшихся «*pacta conventa*». Недостаточная четкость определений порождала противоречия с практикой применения пактов в судебном процессе или в связи с ним. Более того, правило не согласовывалось с некоторыми традиционными определениями и известными комментариями к ним.

Еще одну сферу применения договоров об обязательствах ответчика представляли судебные решения, именовавшиеся «*bonae fidei iudicia*». При судебных решениях этого типа судья обычно выступал в роли арбитра, который указывал сторонам, каким должен быть справедливый порядок договорных отношений. Поэтому было естественным дополнять судебное решение собственными соглашениями сторон. Как ходячую максиму Ульпиан привел суждение о том, что договоры под определением «*pacta conventa*» приняты в судебных решениях «*bonae fidei iudicia*»: «*Solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudicii*» (D. 2, 14, 5). Следуя, по-видимому, своим предшественникам, Ульпиан истолковал это суждение как пример договоров, порождавших обязательство ответчика и, что одно и то же, право истца. Ссылки на мнение юристов Марцелла Ульпия (II в. н. э.) и Папиниана (? — 212 г. н. э.) не оставляют сомнений в том, что Ульпиан отразил традиционную интерпретацию воспроизведенной им формулы.

Объясняя смысл формулы, Ульпиан указывал, что соглашения об обязательствах ответчика следовало заключать непосредственно после судебного решения названного вида («*ex continenti*»), т. е. как бы в продолжение судебного процесса. Соглашения же такого рода, заключенные по прошествии некоторого времени («*ex intervallo*»), не считались действующими ввиду требования, чтобы из пакта не рождался иск («*ne ex pacto actio nascatur*»). На деле же получалось, что форма судебного решения должна была лишь, так сказать, прикрывать действие совсем иной нормы, где пакты рассматривались как договоры, порождавшие право истца. В отличие от Павла, Ульпиан не сумел четко определить действительную

сферу применения нового правила, по которому пакты не должны были порождать право истца. Придав слишком широкое значение этому правилу, он не сумел убедительным образом согласовать с ним иную норму.

Il *pactum* nel diritto romano prisco e classico

Riassunto

Sul principio del secolo III d. C. Ulpiano trattava la nozione di *pactum* accanto all'concetto usuale del *pactum de non petendo* nel senso largo del contratto, subendo certo l'influenza della dottrina del *contractus* elaborata dai predecessori suoi piu o meno prossimi. Purtroppo l'area ove il *pactum* andava praticato come un'accordo costitutivo si e molto ridotta al tempo del giurista. Era perduto il senso dell'atto concreto, ed anzi i conoscitori della dottrina giuridica non capivano piu certe sentenze.

All'inizio il *pactum* era un accordo "all'amichevole" sul compenso da pagare dall'offensore. L'oggetto della lite spettava di regola alla competenza del potere giudiziario, sicché il consenso ottenuto andava preso sotto la protezione d'una sede di giustizia. Questo fatto fu il motivo forte per il tentativo di rappresentare un'accordo abituale di prestito — *mutuum* — come un accordo tra i litiganti a proposito d'un delitto, cioè come un *pactum*, sicché si imitava anche un'interrogazione ed una confessione del presunto offensore.

La presenza del giudice alla conclusione degli accordi detti *pacta* è attestata in alcuni testi, nondimeno essa non fu una norma stretta della composizione amichevole concepita come *pactum*. La validità di tal accordo fu assicurata dal compimento di certa procedura. Nella Repubblica tarda ed all'inizio dell'Impero il *pactum* era considerato come un documento scritto sigillato dai testimoni. L'essenziale fu pero che gli accordi di questa sorta andavano conclusi in una certa adunanza. Il nome *conventa* aggiunto a questo *pacta*, ambedue provenienti dai participi, serviva di indicazione su questo fatto ed inoltre sull'autentificazione dell'accordo dai sigilli dei testimoni. I pretori prendevano sotto tutela loro gli accordi compiuti in certa guisa, da dove è la formula: «*Pacta conventa... servabo*» (D. 2, 14, 7, 7).

Non potendo prevenire il misuso sempre piu frequente dei *pacta*, i pretori hanno infine proclamato, che il *pactum* non doversi come strumento della pace generare la lite, ed hanno limitato la loro portata alla

rinuncia dell'attore al diritto suo. Nondimeno nei limiti del processo, il *pactum* era usato come accordo costitutivo.

Примечания

¹ Cp.: *Knütel R.* Die Inhärenz der «exceptio pacti» im bonae fidei iudicium // Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. 84 (1967). Rom. Abt. S. 142–143.

² D. 2, 14, 1, 3: *Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt.*

³ Cp.: *Sturm F.* Il pactum e le sue molteplici applicazioni // Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana. Atti del convegno di diritto romano e della presentazione della nuova riproduzione della «littera Florentina» (Copanello, 1–4 giugno 1988), a cura di F. Milazzo. Napoli, 1990. P. 156–157.

⁴ Ibid. P. 164 sqq.

⁵ *Sturm F.* Art. cit. P. 155, n. 24 — Cp.: *Magdelain A.* Le consensualisme dans l'édit du préteur. Paris, 1958. P. 21.

⁶ Cp.: *Visscher F. de.* Les origines de l'obligation «ex delicto» // Revue historique de droit français et étranger, 4^e sér., 7 (1928). P. 350–351; *Magdelain A.* Le consensualisme... P. 21; *Wunner S. E.* Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht. Köln-Graz, 1964. S. 33 sqq.; *Sargenti M. Labeone: La nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano* // IURA, Rivista internazionale di diritto romano e antico 38, 1987 (1990). P. 25–71; *Svolgimento dell'idea di contratto* // IURA... 39, 1988 (1991). P. 24–74.

⁷ *Magdelain A.* Le consensualisme... P. 49 sqq.; cf. 50, 57.

⁸ Ibid. P. 18–19.

⁹ Ibid. P. 50 sqq.

¹⁰ Ibid. P. 19 sqq.

¹¹ Cp.: *Lombardi L.* Dalla «fides» alla «bona fides». Milano, 1961. P. 168, n. 5; *Kaser G. G. M.* Das römische Privatrecht I. 2. Aufl. München, 1971. P. 527, Anm. 42; *Archi G. G.* Ait praetor: «Pacta conventa servabo». Studio sulla genesi e sulla funzione della clausula nell'Edictum perpetuum // De iustitia et de iure. Festgabe für Ulrich v. Lübtow zum 80. Geburtstag / Hrsg. v. M. Harder, G. Thielmann. Berlin-München, 1980. P. 376 sqq.; *Sturm F.* Il pactum... P. 162, n. 50–54.

¹² F. Sturm. Art. cit. P. 155 sqq.

¹³ Ibid. P. 162–163.

¹⁴ Ibid. P. 160–161; 165.

¹⁵ Ibid. P. 162–163.

¹⁶ Укажем лишь на некоторые работы, где развит этот взгляд на древнейшую форму договоров, именовавшихся «pactum»: *Condanari-Michler S.* Pactum // Paulys Realencyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft. Neue Bearb. von G. Wissowa, 36. Hb. (1942), 2127 sqq.; *Burdese A.* Pacto, Diritto romano // Novissimo digesto italiano, 12 (1965). P. 711; *Kaser G. G. M.* Das römische Privatrecht I (см. Прим. 11). P. 171, 641; *Archi G. G.* Ait praetor... (см. Прим. 11). P. 373–403; *J. M. Alburquerque.* Historia del «pactum» antes del «Edictum»: «Pactum» como acto del paz en las XII Tablas // Estudios en homenaje al Profesor Juan Iglesias III. Madrid, 1988. P. 1107–1120; *Manfredini A. D.* «Rem ubi

pacunt, orato» // Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano (Milano, 7-9 Aprile 1987), I. Milano, 1988. P. 73-79; *Sturm F.* Il pactum... (см. Прим. 3). P. 149-180.

¹⁷ Tab. I, 6-7, cf. Ad C. Herennium 2, 13, 20; Gell. 17, 2 10; Prisc. Inst. gram, ex recens. M. Hertzii // *Grammatici latini*, ex recensione H. Keilii, II. Lipsiae 1855. P. 523, 24.

¹⁸ Cf. *Archi G. G.* Art. cit. P. 382-385; *Alburquerque J. M.* Art. cit. P. 1111-1113; *Sturm F.* Art. cit. P. 151-152.

¹⁹ *Manfredini A. D.* Art. cit. P. 79.

²⁰ Ibid.

²¹ Gell. 20, 1, 46-47: Erat autem ius interea paciscendi ac, nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta. Inter eos dies trinis nundinis continuis ad praetorem in comitium producebantur, quantaeque pecuniae iudicati essent, praedicabatur. Ср.: Ibid. 20, 1, 32 sqq.

²² *Kaser G. G. M.* Das römische Privatrecht I (см. Прим. 11). P. 171; 641.

²³ *Manfredini A. D.* Art. cit. P. 77.

²⁴ *Sturm F.* Art. cit. P. 156-157.

²⁵ Воспроизведем целиком этот важный отрывок: «(1) Utinam quidem persuadere possemus, ut pecunias creditas tantum a volentibus acciperent! utinam nulla stipulatio emptorem venditori obligaret nec pacta conventaque inpressis signis custodirentur, fides potius illa servaret et aecum colens animus! (2) Sed necessaria optimis praetulerunt et cogere fidem quam expectare malunt. Adhibentur ab utraque parte testes; ille per tabulas plurium nomina interpositis parariis facit; ille non est interrogatione contentus, nisi reum manu sua tenuit! (3) O turpem humani generis fraudis ac nequitiae publicae confessionem! Anulis nostris plus quam animis creditur. In quid isti ornati viri adhibiti sunt? in quid inprimunt signa? Nempe ne ille neget accepisse se, quod accepit. Hos incorruptos viros et vindices veritatis existimas? At his ipsis non aliter statim pecuniae committentur» (Sen. De benef. 3, 15, 1-3).

²⁶ Ср.: *Kaser G. G. M.* Das römische Privatrecht I. P. 231-233.

²⁷ Ibid. P. 232-233.

²⁸ Ср.: Ad C. Herennium 2, 13, 20: Ex pacto ius est, si quid inter se pepigerunt, si quid inter quos convenit; Cic. De invent. 2, 22, 68: Pactum est, quod inter quos convenit...

²⁹ См.: «pacti et conventi formula» (Cic. Pro Caec. 18, 51); «ex pacto et conventu» (Cic. Ad Attic. 6, 3, 1); «pacta conventaque» (Sen. De benef. 3, 15, 1).

³⁰ *Alfenus*, D. 23, 4, 19: hoc enim pactum ita valet, si patri filia heres exstitisset et interveniente ea pactum conventum fuerit. — Ср.: D. 2, 14, 27, 8; D. 23, 4, 24.

³¹ Ср.: D. 11, 6, 1, 1; 27, 9, 5, 9; 29, 4, 7 pr.; 49, 14, 19; Cod. Theod. 8, 8, 10.

³² Cf. D. 26, 7, 39, 7-8: *dolum aut culpam eorum... recte iudex conveniet*; D. 42, 1, 15, 10: *ipsi iudices convenient nomen*.

³³ См.: Прим. 24.

³⁴ *Codex Vambergensis* 423 M V 8, *Codex Leidensis Gronovianus* 22.

³⁵ Sed propria legis et ea, quae scripta sunt, et ea, quae sine litteris aut gentium iure aut maiorum more retinentur. Scriptorum autem privatum aliud est, publicum aliud: publicum lex, senatusconsultum, foedus, privatum tabulae, pactum conventum, stipulatio. Quae autem scripta non sunt, ea consuetudine aut conventis hominum et quasi consensu obtinentur (Part. or., 37, 130).

³⁶ *Fontes iuris romani Anteiustiniani II.* Florentiae 1964. P. 323.