

## ТЕОРИЯ ЦИВІЛІСТИКИ

# ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ “НАЕМНОГО ТРУДА” В РИМЕ

**Шерешевский И. В.**

С того времени, как экономическая история Рима привлекла к себе внимание буржуазных историков, они неизменно “модернизируют” экономику Рима, навязывая римскому рабовладельческому обществу отношения, аналогичные капиталистическим. Одно из наиболее серьезных искажений – преуменьшение роли рабского труда в Риме и преувеличение распространенности в нем свободного и даже наемного труда. В этом “чистый” историк находит опору в историке–юристе.

Сама судьба римского нрава, которое на протяжении веков обслуживало нужды общества, развивавшегося на основе иных производственных отношений, предопределяла необходимость постоянного приспособления отживших правил к менявшимся экономическим условиям. При помощи толкования юрист незаметно вливал новое вино в старые меха, придавая застывшей формуле меняющееся содержание. Этому новому смыслу старого правила поверил сначала юрист–практик. Вслед за ним поверил и юрист–историк. В окружавшей их общественной среде они утратили способность различать за новым пониманием нормы то действительное отношение, которое было в поле зрения римского законодателя. Чем дальше отходило применение римского права от почвы, на которой оно выросло, тем больше в глазах историка–юриста сливались грани, отделявшие подлинное римское право от “*Usus modernus Pandectarum*”. Буржуазные историки приняли в вопросе о правовом регулировании пользования трудом в Риме готовые выводы юристом, присоединив их ошибки к своим собственным.

Возмездное пользование трудом осуществлялось в Риме в форме договора *locatio–conductio*. Согласно традиционному учению, в римском праве будто бы различались три вида *l.–с.*: 1) *l.–с. rei* – имущественный наем; 2) *l.–с. operatum* – наем рабочей силы свободного человека на срок (личный наем); 3) *l.–с. operum* – заказ или подряд. Работа раба и животного составляла предмет *l.–с. rei*. Предметом *l.–с. operatum* и *l.–с. operum* могли быть

услуги только низших видов (*artes illiberales*). Более высокие виды услуг, относившиеся к сфере свободной умственной деятельности (*artes liberales*), не могли быть предметом возмездных сделок. Договоры о такой деятельности относились не к возмездному *l.–с.*, а к безвозмездному *mandatum*. Так освещается вопрос в буржуазной правовой литературе.

На самом деле такое утверждение о существовании в Риме трех видов договора *l.–с.* весьма далеко от того, что имело место в действительности.

Начать с того, что о таких трех обособленных договорах ничего не говорят источники римского права. Как терминологии, так и признаки различия – плод позднейшей работы юристов [1]. Римское же право знало лишь один нераздельный, целостный договор *l.–с.*

Историки нрава определяют *l.–с.* как договор найма. Однако относительно возможности полного отождествления этих понятии существуют основательные сомнения. Нет спора, что *l.–с.* весьма близко к найму [2], но в то же время вне сомнений своеобразие этого римского договора. Не говорит ли достаточно об этом самый факт объединения в одном договорном типе отношений, образующих в настоящее время три самостоятельных договора: наем имущества, наем услуг (личный наем) и подряд.

Источники римского права не дают определения *l.–с.*, но они отмечают, что первоначально существовала чрезвычайная близость между *l.–с.* и куплей–продажей *emptio–venditio* (D., XIX, 2, 2, § 1; Inst., III, 24; Gai, 111, 146). По указаниям Феста и Гая, было время, когда выражения *locare–conducere* и *emere–vendere* употреблялись как синонимы. Гай утверждал, что “купля–продажа и наем находятся, невидимому, между собой в столь тесной связи, что в некоторых случаях возникает вопрос, заключен ли договор *e.–v.* или *l.–с.*” (Gai, Inst., III, 145; D., XIX, 2, 2, § 1; D., XIX, 1, 19 и 20). Любопытно, что первоначальная связь найма с куплей–продажей утверждается и для древнего русского права [3].

Если не установлено полное совпадение *l.–с.* с наймом, то еще менее обосновано утверждение о существовании в Риме особых договоров: *l.–с. operis*, якобы совпадающего с подрядом, и

1.–с. *operatum*, совпадающего с личным наймом. Па таком совпадении настаивает господствующее в буржуазной литературе течение. Однако категоричность утверждений в этом случае прямо пропорциональна слабости доводов [4].

Римское право вообще не расчленило единого договора 1.–с. Предметом 1.–с. было предоставление за вознаграждение как вещей, так и “услуг”. В каком взаимном отношении в составе этого договора находились “*opus*” и “*operae*”, остается поныне не установленным. Ничто не дает права утверждать, что “*opus*” относится к деятельности свободного подрячника, а “*operae*” – к деятельности свободных лиц, работающих по найму.

В действительности, “*operae*” – труднесвободный (*servitus operarum*), противопоставляемый свободным *artes liberales* (Cic., *De off.*, I, 42, 150). Поэтому источники говорят только об *operae servorum* и об *operae libertorum*.

Римское право не расчленило 1.–с. не потому, что римские юристы игнорировали существовавшие в Риме экономические различия, а потому, что самих этих различий не существовало. Они появились гораздо позже, и тогда юристы воспользовались готовой формой 1.–с., разбив единый в прошлом договор на три самостоятельных договорных типа.

Ни на минуту нельзя забывать, что экономика Рима была экономикой; рабовладельческого общества. Ведь каждая форма производства порождает особые, свойственные ей, правовые отношения. Римское право насквозь пронизано рабством. Только рабовладение могло затуманить границы, отделявшие человека от вещи. Именно поэтому производство не смущало покоя римского законодателя. Ведь в этой области не было места отношениям, требовавшим правового регулирования: для рабовладельца рабочая сила – вещный, а не личный элемент. В центре внимания римского законодателя – по производству, а обмен.

Исследованию форм пользования трудом в Риме, требует особой осторожности. Литературные источники дают об этом лишь скудные сведения. Внимание историков целиком поглощалось завоеваниями и заговорами. Героика художественной литературы также далека была от сфер приложения труда.

В Риме нормальной формой использования рабочей силы было рабство, и как–бы ни изменялся на протяжении истории Рима тип рабской зависимости, па всех этапах фактором, определявшим лицо римского общества, было рабство. Сначала в труде рабов находил для себя необходимую дополнительную рабочую силу дом, замкнутое хозяйство. Впоследствии развитие рабства получило сильный

толчок в связи с появлением крупно–поместного хозяйства, присоединявшего к функциям собственника земли функции промышленника и купца. Возраставшая потребность в рабочих руках покрывалась потоком рабов из завоеванных земель. Рабство достигало наивысшего расцвета [5].

Господство рабства в Риме не исключало существования также свободного ремесленного труда, но роль его была весьма ограничена.

Можно было встретить в Риме и предоставление свободными людьми своей рабочей силы по “найму”. Однако это было уже последним убежищем от безысходной нужды. Сферой приложения свободной рабочей силы было, главным образом, сельское хозяйство, но ничто не оправдывает утверждений о наличии большого спроса па вольнонаемных рабочих. Главной опорой для таких утверждений служит известный текст Варрона (*Rr.*, I, 17, 2). Говорят, что Варрон будто бы в этом тексте противопоставляет рабам “свободных рабочих”, различая три категории этих свободных рабочих [6]. Между тем точный смысл текста говорит совершенно о другом. Варрон констатирует, что земли возделываются либо рабами, либо свободными людьми (а не свободными рабочими), либо теми и другими вместе. Речь идет о свободных земледельцах, которых Варрон разбивает на три разряда. К одному относятся *pauperculi cum sua*. Это – бедняки, обрабатывающие поля со своими детьми. Имел ли Варрон в виду мелких крестьян–собственников, или же мелких арендаторов, или же тех и других, сказать трудно [7]. Во всяком случае ничто не дает права видеть в *pauperculi* вольнонаемных свободных рабочих. Другой разряд – *obaerati* – также нет оснований относить к вольнонаемным свободным рабочим. Ключ к расшифровке этого термина даст нам сам Варрон (*De ling. lat.*, VII, 105): это – должники, отрабатывающие свой долг [8]. Наконец, третий разряд составляют *mercenarii*, которых обычно выдают за настоящих свободных наемных рабочих.

По Варрону, это – дополнительная сезонная рабочая сила, применяемая “для более крупных работ, каковы уборка винограда и сенокос”. По что собой представляла эта дополнительная рабочая сила, Варрон не поясняет, как не поясняет этого и Колумелла. Способ выражения Колумеллы не позволяет даже сделать вывод, говорил ли он о свободных людях или же о рабах (*De r. g.*, II, 2, 12; III, 21, 10). Мало помогает и обращение к Катону. У Катона *mercennarius* упоминается наряду с *operarius* и *colitor* (*De agric.*, V, 4). По это приводит лишь к тому, что вместо одного неизвестного мы оказываемся сразу перед тремя.

Из кого состоят *operarii*? Известный совет Катона обращать внимание при выборе имени на то, имеется ли вокруг имени *соріа operiогum*, дал повод к различному истолкованию слова "*operarius*". Одни понимают под *operarii* нанятых чужих рабов [9], другие – свободных поденщиков [10], третьи – тех и других [11]. Следует помнить, что толкователя довольно бесцеремонно обращаются с понятием "свободный рабочий", подводя под него даже арендаторов земли и колонов [12].

Другой совет Катона собственнику имени – быть в хороших отношениях с соседями – также не даст никакой опоры для утверждения, что *operarius* – свободный наемный рабочий. Будь добр к соседям, поучает Катон. Если они будут к тебе благожелательны, ты *operas facilius locabis, operarius facilius conduces* (*De agric.*, I, 3; IV). Речь идет, очевидно, не о том, что владелец имени сам пойдет в поденщики или наймет своих соседей по имению, а о взаимной помощи предоставлением друг другу находящихся в распоряжении каждого из них работников. Но такими работниками были рабы. Помощь рабочей силой могла оказываться и на основе участия в доле. Это подводит нас к другой категории, упоминаемой Катонем, к *politor'у*. Большая часть исследователей сходится на том, что *politores* – издольщики, обрабатывающие чужую землю "из части" [13]. *Politor* иногда выступал как лицо, которое принимало на себя полностью заботу о предоставленном ему участке в качестве *socius'a* (*Dig.*, XVII, 2, 52, §2) или *redemptor* (*Cato, De agric.*, CXXXVI и CXXXVII). Однако, определяя таким образом положение *politores*, Катон в то же время упоминает наряду с ними о *mercennarii*. Поскольку *mercennarii* рассматриваются обычно как свободные наемные рабочие [14], фраза Катона, ставящего в один ряд *mercennarios* с *politores*, представляется содержащей противоречие. Едва ли, однако, Катон, объединяя в общую категорию *operarios, politores* и *mercennarios* (*De agric.*, V), допустил противоречие. Дело – в своеобразной двойственности положения каждой из этих групп, сочетавшей в себе свойства самостоятельного хозяина и поденщика [15]. Тезис кажется противоречивым потому, что к нему подходят с расшифровкой, соответствующей не римскому обществу, а капиталистическому.

В рабовладельческом обществе не было почвы для противопоставления рабского и свободного труда. Рабочая сила, привлекавшаяся в сельское хозяйство со стороны, была прежде всего рабочей силой рабов, нанятых по соглашению с их собственником. Она могла вербоваться частично и из среды мелких крестьян, которых нужда заставляла искать

дополнительных источников существования в сезонном обслуживании чужих хозяйств. Таких крестьян, выступавших главным образом в качестве издольщиков (*partiarii*), нельзя отождествлять ни с капиталистическим арендатором, ни с современным рабочим [16].

По существу, положение всех этих *обаerati, mercennarii, operarii, politores* и т. п. мало в чем различилось, и римляне имели поэтому полное основание подводить их отношения к собственнику имени, как и отношения к последнему собственника рабов или *redemptor'a*, под общую правовую форму 1.–с. А историк нашего времени тщетно силится найти в каждой из упомянутых категории черты участников обособленных правовых форм подряда, личного найма, аренды. Такой обособленности правовой формы не было. Ослабление рабства шло не за счет распространения свободного наемного труда, а за счет развития парциарных отношений.

Именно в этих отношениях *сum partiaris* ярко обнаруживалось родство всех *locationes*, как тех, предметом которых была вещь, так и тех, которые имели своим предметом услуги (*operae* или *opus*).

Не свободные земледельцы и не ремесленник – лица, типичные для организации труда в Риме. Такое типичное лицо – только раб, так как рабство составляло основу всего производства.

В обществе, жившем завоеваниями и захватом, в государстве, в котором "труд" рабовладельца сводился почти исключительно к *гареге* и *оссуреге*, война, естественно, была важнейшим средством получения рабочей силы.

Наряду с захватом стояла покупка. "Рабовладелец покупает своего рабочего так же, как он покупает свою лошадь" [17].

В руках рабовладельца раб – имущество, приносящее доход (*Dig.*, VII, 7, 4). Все, что производил или приобретал раб, право общества рабовладельцев объявило "приращением" вещи, облекая присвоение плодов чужого труда в формулу: "мое – все, что порождается моею вещью" (*Inst.*, II, 1, § 19; ср. *Dig.*, VII, 7, 3 и 4).

Чтобы пополнить нужную ему рабочую силу, римский гражданин в раннюю пору римской истории мог покупать не только рабов, но и свободных людей *alieni juris*. Такого рода рабочую силу доставляла отдача домовладыкой своих подвластных, нисходящих, во временную кабалу, *in mancipium* (*Gai*, I, 138; II, 86, 90, 96; III, 163).

Ведение хозяйства осуществлялось римским гражданином, как правило, с помощью своих рабов и своих подвластных. Поэтому покупка рабов, а не наем чужих рабов, являлась главным способом пополнения рабочей силы. Наем проникал в быт

относительно медленно. В период составления законов Двенадцати таблиц даже аренда земли и домостроении не была еще широко распространена [18]. Арендатора вполне заменял раб, получавший для пользования в интересах господина земельный участок или иное имущество (Dig., XV, 1; Dig., XV, 3, 16). Еще меньшее распространение имел паем рабочей силы. Только в процессе разложения замкнутого хозяйства получили несколько большее значение различные формы временного пользования чужими вещами и чужой рабочей силой. При этом одно не отделялось от другого, охватываясь одним всеобъемлющим отношением I.–с. Если принимать этот термин буквально – “помещение” (пли привод) – “увод”, то носитель рабочей силы “приводился” или “помещался”, а затем “уводился” или “убирался” совершенно так же, как скот или неодушевленные предметы.

Отдавая своего раба в пользование другому, римский гражданин фактически нредоставлял рабочую силу раба – *oregas servi*, – но и этот особый объект договора без остатка растворялся в I.–с., независимо от того, шла ли речь об *oregae* раба, вольноотпущенника или подвластного

Что же касается свободных и полноправных лиц, то отдача ими себя “в наем” неизбежно ухудшала их общественное положение (Paul., Sent., II, 18, § 1) – факт, которому не приходится удивляться: “рабство – там, где оно является господствующей формой производства, – превращает труд в рабскую деятельность, т. е. в занятие, бесчестящее свободных людей” [19].

Работа свободного ремесленника не составляла исключения. В эпоху расцвета римского рабовладения ремесленники занимали чрезвычайно незавидное общественное положение. Общество рабовладельцев проявляло пренебрежение к ремеслам [20], которые в значительной степени находились в руках рабов и вольноотпущенников. Раб, знакомый с ремеслом, мог с разрешения господина самостоятельно работать, платя господину определенный процент (Dig., XL, 7, 14). Отношения подобного рода могли складываться у рабовладельца и с вольноотпущенником (Dig., XXXVIII, 1, 9, § 1).

Свободный ремесленник в глазах рабовладельца не многим отличался от раба. Конкуренция рабов обрекала свободное ремесло на прозябание, и никакие ссылки на существование в Риме корпораций ремесленников не способны опровергнуть этот факт. Эти корпорации никогда не имели ничего общего с объединениями ремесленников в средние века. По меткому замечанию Родбертуса, они представляли собой скорее команды в том смысле, в каком мы

говорим, например, о пожарной команде [21]. От преувеличений значения объединений римских ремесленников должно предостеречь уже одно то, что не исключалась возможность вхождения в состав этих объединений, с разрешения господина, и рабов (Dig., XLVII, 22, 3, § 2).

Положение полусвободного и свободного ремесленника уподоблялось положению рабов и создавало подчинение, родственное подчинению раба своему господину. Рабство накладывало печать несвободы и на свободный труд. Только услуги, связанные с умственной деятельностью, могли оказываться свободными гражданами без умаления их общественного положения. Отношения мандата были отношениями равных с равными. Награда за услуги по этому договору резко отделялась от обычной платы работнику. Обычная плата – *merces* – указывала на то, что свободный гражданин добровольно ставит себя в положение раба [22]. Наоборот, вознаграждение лица свободной профессии – *honorarium* – подчеркивало, что деятельность этого лица осуществляется не на началах I.–с., а *benefecii loco* (Dig., XI, 6, 4).

Незавидным было положение самостоятельного ремесленника. Еще менее завидным было положение нанятого свободного рабочего. Вполне правдоподобно, что свободные граждане, искавшие работы, должны были так же выставлять себя на рынке, как рабовладелец выставлял на рынке своих рабов, которых он хотел продать или отдать в наем [23].

Кто обратится к источникам римского права, имея в виду все сказанное, нисколько не удивится отсутствию в них следов регулирования найма труда свободных граждан. Для редких случаев применения такого найма вполне достаточны были формы, созданные применением рабского труда. Попытки обнаружить в римском праве постановления о найме свободных рабочих имеют поистине жалкий вид. Указывают лишь несколько фрагментов, которые будто бы можно отнести к найму свободных рабочих [24]. Достаточно, однако, подвергнуть эти фрагменты самому поверхностному разбору, чтобы убедиться в полной несостоятельности попыток выдать их за постановления о личном найме. Весь комплекс правил о пользовании трудом явно ориентируется на рабский труд. Во всяком случае законодатель обнаруживает полное безразличие к тому, что в отдельном случае вместо раба может оказаться свободный гражданин. При ином положении едва ли кому-нибудь пришло бы в голову дать договору о предоставлении рабочей силы название I.–с., в котором стирается всякое различие между людьми, скотом и неодушевленными предметами. Но римское

право и не выделяло этого договора в особый тип: l.-с. включало сделки и о найме дома, и о найме раба, вольноотпущенника или свободного человека, и о перевозке людей или вещей, и о постройке сооружения, и о многом другом. Все это были “вещи”, которые одна сторона в договоре l.-с. передавала во временное пользование другой стороне. Вот почему в устах римского юриста совершенно одинаково звучат выражения: locare rem fruendam, locare operas frueudas, locare opus fuciendum. В окружавшей его действительности не было условий, которые заставляли бы его выделять в особые договорные типы locatio rei, locatio operarum, locatio operis. Все облекалось в одежды l.-с., и такое понимание вполне соответствовало экономической основе, на которой покоилось римское общество.

Вещью, и притом одной из важнейших вещей, был раб (Dig., VI, 1, 15, § 3), вещь же была рабочая сила раба, и эта вещь входила в состав имущества его господина. Неудивительно, что вещь считалась и рабочая сила свободного гражданина, нанимавшегося для исполнения работы. Римское право занималось лишь наймом несвободных людей и их услуг, потому что хозяйство Рима покоилось на рабстве, и римский законодатель заботился лишь о том, чтобы всемерно укреплять рабовладельческую основу римской общественной организации.

Достаточно бросить беглый взгляд на содержание текстов, относящихся к l.-с., чтобы убедиться в том, что в центре внимания законодателя – вещи. Институты не содержат даже намека на наем рабочей силы (Inst., III, 24). Дигесты (Dig., XIX, 2) наряду с положениями, относящимися к пользованию земельным участком, жилищем, домом, скотом, содержат тексты, говорящие о пользовании услугами. Но ряд таких текстов прямо указывает на то, что имеется в виду труд рабов. В других об этом не говорится, но содержание их в равной степени применимо к услугам как свободных, так и несвободных лиц. Услуги по перевозке вина или по переносу колонны, по обучению раба ремеслу, по выполнению ювелирной работы, по обработке сукна, по возведению постройки и т. п., конечно, могли оказываться и свободными лицами, но, как правило, они исполнялись рабами или вольноотпущенниками. Уделом рабов и вольноотпущенников было не только осуществление функции чернорабочего, но и деятельность ремесленная и торговая.

Отдавать в пользование другому лицу своего раба или его *operae* мог его господин (Dig., VII, 7, 1–6). Но и раб также мог отдать внаем и себя и свои *operae* (Dig., XIX, 2, 60, §7). Поэтому упоминания источников о лицах, которые *locant operas suas*

(Dig., XIX, 2, 19, §§ 9, 20, 38 и др.), совершенно не означают, что они относятся к свободным лицам, располагающим споен рабочей силой. Такие лица существовали, но не они были в воле зрения законодателя, когда он формулировал свои предписания. В роли *locatores operarum* выступали главным образом вольноотпущенники. Поэтому, невидимому, и самое понятие *operae* получило свое определение в разделе *De operis libertorum* (Dig., XXXVIII, 1, 1).

Услуги, упоминаемые в текстах, также имеют мало общего с работой наемного рабочего. Золотых дел мастер, изготавливающий по заказу кольца из своего или из чужого материала, ювелир, принимающий на себя обработку или вставку в оправу драгоценного камня, суконщик, перерабатывающий чужое сукно, каменщик, обязывающийся возвести строение, портной, архитектор – это не рабочие, а ремесленники – подрядчики. Законодатель имеет дело не со служебным трудом. *Artifex*, о котором говорится, что он *operam suam locat* (Dig., XIX, 2, 22, § 2), – это ремесленник, и притом преимущественно из рабов (Dig., XXXII, 65, § 1 и 2; Dig., VII, 7, 6 и др.).

Меньше всего останавливается законодатель на характере обещаемых услуг. Этот вопрос для него не существует. l.-с. – меновая сделка. Ее суть – в обмене вещи на деньги. Природа сделки не изменяется от того, является ли объектом обмена неодушевленный предмет, раб, рабочая сила (раба, вольноотпущенника или свободного) или, наконец, результат работы того, либо другого, либо третьего. Поэтому римского юриста не занимает и отличие *oper* от *operae*. Быт римского общества не отделял резкими гранями виды услуг. Вопрос для юриста заключался в другом. l.-с. – сделка об обмене имущества на деньги. По такая же сделка – купля–продажа. Необходимо было определить, чем именно l.-с. отличается от e.-v. На этом и остановился законодатель.

Условие о цене – вот то общее, что роднит оба договора (Inst., III, 24; Dig., XIX, 2). Поэтому и тот и другой подчинены однородным правилам. Условием о цене оба договора отличаются от мены, а также от тех договоров, в которых плата, хотя и предполагается, но не установлена при самом заключении договора, а подлежит определению в будущем.

К особому типу римское право отнесло договор наследственной аренды земли (*эмфитевзис*), о котором когда-то “существовал спор, следует ли рассматривать его как e.-v. или как l.-с. (Inst., III, 24,3). Все это, однако, не сняло трудностей различения в отдельных случаях e.-v. и l.-с., и законодатель специально останавливается на некоторых таких случаях.

Золотых дел мастер обязался сделать за вознаграждение кольцо. Что это за договор? Вопрос разрешается следующим образом: если мастер изготавливает кольцо из своего материала, то договор надлежит признать е.-v.; если же из материала заказчика, то налицо l.-c. (Inst., III, 24, 4; Dig., XIX, 2, § 1). Решающее значение признано не за предметом договора, а за тем, из чьего материала должна быть изготовлена вещь.

Приведенный случай дополняется разбором вопроса: что представляет собой договор о передаче одним лицом другому гладиаторов под условием уплаты одной цены за каждого из них, кто выйдет из боя невредимым, и другой – на каждого убитого или ослабленного. “Большинство, – указывает Гай, – решило этот вопрос так: в отношении вышедших из боя невредимыми имеет место l.-c.; в отношении же убитых и ослабленных – е.-v.” (Gai Inst., III, 140). Это рассуждение еще убедительнее доказывает, что не в предмете договора искали римские юристы отличия l.-c. от е.-v.

В случае изготовления кольца предусмотрены две возможности: 1) заказчик передаст или “помещает” у мастера свой материал, который затем возвращается к нему в переработанном виде: здесь – l.-c.; 2) мастер изготавливает кольцо из своего материала, он передает заказчику, “помещает” уже выработанное изделие безвозвратно, не “унося” и не “уводя” его: здесь – е.-v.

Несколько иного рода отношения – при передаче гладиаторов одним лицом другому. Первая возможность: гладиатор вышел из боя невредимым. Его хозяин, “поместивший” его у своего контрагента, получает своего гладиатора по миновании надобности обратно, “уводит” его: здесь l.-c. Вторая возможность: гладиатор убит. Собственник, “поместивший” его у другого, лишен возможности “увести” его, и юрист признает, что стороны связаны договором е.-v.

Юридическая квалификация договора, таким образом, ставится в зависимость не от предмета соглашения, а от условий и судьбы передаваемого или “помещаемого” имущества. Такое понимание подтверждается и другими примерами, приводимыми как Гаем (111, 145), так и другими юристами, в частности Алфеном, который формулирует его в виде теоретического обобщения (Dig., XIX, 2, 31). Если комментаторы этого не понимали, то лишь потому, что желали подогнать старые нормы под новые потребности.

Изложенным исчерпываются общие положения о l.-c., содержащиеся в памятниках римского права. Казуистика Дигест и Кодекса обнаруживает, что законодатель все время имеет в виду не слу-

жебное отношение, а возмездное отношение между равноправными сторонами. Случаи, о которых упоминает раздел о l.-c., относятся к самостоятельным контрагентам, которые выполняют при заключении этого договора роли, аналогичные тем, какие в договоре е.-v. выпадают на долю продавца и покупателя. Речь идет о лицах, которых нынешняя терминология обозначает как стороны в договоре заказа или подряда. Па это уже указывалось. Остается добавить, что это справедливо не только в отношении сторон, но и в отношении содержания договора и его последствий. Кого, как не подрядчика, имеет в виду правило о праве заказчика передать исполнение услуг другому лицу при очевидной невозможности исполнения к обусловленному сроку лицом, обязавшимся по договору, или же правила об ответственности и риске (Dig., XIX, 2, 13, § 10; 36; 37; 51, § 1). Только договоры с подобного рода самостоятельными деятелями вызывали те затруднения в отграничении их от договоров купли-продажи, которые смущали римских юристов, и только на таких договорах останавливался римский юрист. Договоры же о предоставлении рабочей силы не смущали законодателя. В его понимании это – обыкновенные договоры l.-c., отделявшиеся от договоров купли-продажи резкими и легко отличимыми чертами.

Римский гражданин, отдававший в пользование другому лицу своего раба или иного подвластного, был locator: он помещал у другого свою вещь. Locator'ом был также раб или вольноотпущенник, когда они “помещали себя сами” (si ipse se locasset, qui operas suas locavit): они не переставали быть вещью своего господина. И в вещь превращал себя свободный гражданин, опускавшийся до необходимости “помещать себя” у другого, отдавая в распоряжение последнего свою рабочую силу. Совершенно отчетливая грань отделяла во всех этих случаях создававшееся отношение от тех отношений, которые порождала купля-продажа.

В ином положении находился тот, кто принимал на себя по договору выполнение заказа: по возведению постройки, изготовлению или починке печи, перевозке, переписке и т. д. Такого рода лицо ничего не “помещало” у своего контрагента. Наоборот, последний мог “помещать” у него материал, необходимый для выполнения задания. Отсюда и озадачивающая по сен день исследователей перестановка терминологии: принимающий на себя исполнение задания называется conductor'ом, а locator'ом именуется тот, от кого задание исходит.

Именно эти случаи, подведенные позднейшей юриспруденцией под понятие l.-c. operis, затрудняли римских юристов при необходимости отделить

их от отношений купли–продажи. Фрагмент из Гая о золотых дел мастере, принимающем заказ на изготовление кольца, разрешал вопрос о природе договора в зависимости от того, из чьего материала должен был быть выполнен заказ. Наряду с этим подчеркивается и то, за что именно устанавливается вознаграждение. Золотых дел мастер, принимая заказ на изготовление кольца из золота заказчика, получает плату – *merces* – лишь за работу – *orega*. И то обстоятельство, что оплачивается *orega*, также указывает на то, что налицо *l. – c.*, а не *e. – v.* Характер *orega* безразличен для признания отношения договором *l. – c.* В примере Гая речь идет о ремесленнике. Если в некоторых других текстах кое–кто склонен усмотреть отношения со свободным наемным рабочим, то и для этих случаев нет особого типа договора. Здесь, как и там, то же *l. – c.* И во всем огромном материале римского законодательства не найдется ни одного положения, которое подтверждало бы существование внутри *l. – c.* двух обособленных типов: *l. – c. oregatum* и *l. – c. oregis*. Наоборот, отсутствие такого распада *l. – c.* подчеркивается тем, что за пользование как вещами, так и действиями лиц, и притом независимо от характера этих действий, установлен один общий способ вознаграждения – *merces* – плата за пользование. *Merces* вознаграждает и за *res*, и за *opus*, и за *orega*. Оплата рабочей силы по договору *l. – c.* – вознаграждение за пользование, а не заработная плата. *Merces* – и не жалованье, для которого существует особое наименование – *salarium* (*Dig.*, I, 22, 4), и не гонорар. *Merces* – типичное порождение рабовладельческого общества, для которого пользование вещью, рабочей силой раба или свободного человека, принижающего себя до рабского состояния, – одно и то же. Единому отношению соответствует и единая форма вознаграждения – *merces* [25].

Таково действительное положение. Как мало похоже оно на то, что преподносится в буржуазной литературе в форме не подлежащих сомнению утверждений. Но “нет ничего характернее для буржуа, как перенесение черт современных порядков на все времена и народы” [26]. И буржуазная литература, посвященная “найму услуг”, как нельзя лучше иллюстрирует эту мысль. Буржуазный юрист навязывает римскому законодателю понятия, выработанные новым временем, с такою легкостью, с какой Бернар Шоу вкладывает в уста Юлия Цезаря мысли начала XX века. Разница только в том, что английский писатель весело шутит, а буржуазный юрист неизменно серьезен.

Бесплодные усилия Римское право не знало и не могло знать трудового договора в нынешнем значе-

нии, потому что не было в Риме “свободного” рабочего, противостоявшего эксплуататору–капиталисту. Римское *l. – c.* имело совершенно иную природу.

В договоре *l. – c.* стороной, отдававшей рабочую силу в пользование того, кто в ней нуждался, как правило, был не сам работник, а рабовладелец. Предметом договора, как правило, была не рабочая сила, предоставленная в распоряжение другого ее обладателем, а сам этот обладатель рабочей силы. “Раб вместе со своей рабочей силой раз и навсегда продан своему господину. Он – товар, который может переходить из рук одного собственника в руки другого. Сам он – товар, но рабочая сила – но является его товаром” [27].

Если свободный человек оказывался поставленным в необходимость, отдавать себя “в наем”, то его договорное отношение с нанимателем недалеко уходило от самопродажи. Во всяком случае он ставил себя в положение, весьма приближавшее его к положению раба, рядом с которым он часто должен был выполнять одинаковую работу [28].

Договор *l. – c.* стирал всякое различие между случаями, в которых предметом обязательства были *aliene oregae*, и теми случаями, когда предметом обещания были *yaie oregae*. Отдавать свою рабочую силу означало *se locare*, подобно тому, как предоставлять рабочую силу раба или вольноотпущенника значило *aliquem locare*. Сделка во всех случаях имела имущественный и меновой характер. Договаривались о вещах, причем с точки зрения правового регулирования было совершенно безразлично, был ли такой вещью скот, раб или свободный человек, низведенный обстоятельствами до положения раба. Во всех случаях было одно и то же правовое явление: *l. – c.*, разновидность купли–продажи. Предметом *l. – c.* была тоже продажа, но не вещи, а пользования. Положение не изменялось существенно и в тех случаях, когда предметом договора был заказ, подлежащий выполнению ремесленником – несвободным или свободным. Либо он исполнял заказ из своего материала и являлся в этом случае продавцом, либо заказчик “помещал” у него свой материал, в тогда он вступал со своим контрагентом (свободным ремесленником или господином несвободного) в договор *l. – c.*

Правовая форма, найденная римлянами, вполне соответствовала экономике эпохи и вполне удовлетворяла своему назначению, пока существовал строй, который ее породил. Положение изменилось, когда отношения рабовладельческого общества сменились отношениями, покоившимися на иных формах собственности. Тогда отжившая правовая форма стала подвергаться искусственному оживлению,

и место подлинно римской догмы заняла смешанная современно–римская доктрина. В этой доктрине получило одинаково искаженное отражение и прошлое и современность. И напрасно юристы–историки и просто историки хотят при помощи этой доктрины пересадить в римскую почву корни современного трудового договора. I.–с. римского права – типичное порождение экономики рабовладельческого общества, в котором наемный труд мог иметь лишь спорадический и притом потребительский характер. Типичным для Рима было открытое, а не замаскированное рабство, а в тех исключительных случаях, в которых свободный гражданин продавал свою рабочую силу, стороны выступали друг против друга просто как продавец и покупатель, а не как капитал и наемный труд. Полное игнорирование римским правом найма свободных рабочих дает лишь дополнительное доказательство справедливости утверждений Маркса и Энгельса о спорадичности наемного труда в рабовладельческом обществе. Римское государство не только не могло разработать право вольнонаемного труда, оно не могло даже ставить перед собой такую задачу.

Вопреки историческому и просто здравому смыслу, многие буржуазные юристы занялись в период империализма поисками “корней” основного отношения капиталистического общества в далеком прошлом. Римская концепция, развивающаяся на этой основе, призвана служить подпоркой “учений” ряда буржуазных историков о цикличности исторического, процесса.

Модернизаторы–юристы не останавливаются перед утверждением, что трудовые договоры существовали уже у римлян, а правый социалист Гуго Зинцгеймер в своем усердии идет еще дальше, договариваясь до того, что период “свободного трудового договора” (т. о. капитализм) вообще не создал никакого нового правового института, он только выдвинул

на первый план правовой институт, который до того занимал место на заднем плане [29].

Подобного рода нелепые выводы достигаются посредством полного игнорирования того факта, что корни всякого явления заключены в исторических особенностях той среды, которая данное явление породила. Буржуазные историки права сначала, с целью приспособления норм римского права к потребностям капиталистического общества, приписали Риму расчленение единого договора I.–с. на три вида, произведенное развитием товарно–денежных отношений в то время, когда Римского государства уже не было. Юристы периода империализма этим не довольствуются: им мало признания, что римскому праву была известна какая–то особая форма договора о найме свободного труда, им надо поставить еще знак равенства между I.–с, этим продуктом рабовладельческого общественного строя, и трудовым договором капиталистического общества. Отсюда и погоня за “корнями” трудового договора. В действительности наемный труд капиталистического общества – специфическая, буржуазная форма труда, совершенно отличная от античных форм.

Отбрасывая отличия этих форм, буржуазные историки права следуют той логике, “... на основании которой выводится, что так как деньги – золото, то золото само по себе есть деньги, что так как наемный труд – труд, то всякий труд неизбежно есть наемный труд. Таким образом тождество доказывается тем, что фиксируется тождественное всем процессам производства в отличие от их специфических различий. Тождество доказывается тем, что отвлекаются от различий [30].

Такая логика неизбежно терпит крах перед лицом неумолимой действительности.

#### ЛИТЕРАТУРА:

1. А. М. Гуляев, Наем услуг, Юрьев, 1893, стр. 1.
2. C. Buckhardt, Zur Geschichte der I.–с., Basel, 1889.
3. В. Сергеевич, Русские юридические древности, т. I, СПб., 1902, стр. 191; П. Беляев, Договор найма в древне–русском праве, “Русск. истор. журнал”, 1918, № 5, стр. 4.
4. Ph. Lotmar, Der Arbaisvertrag, т.2, Lpz, 1903, стр. 925сл.; А. Nikisch, Die Grundformen des Arbaisvertrags, В., 1926, стр. 74–75.
5. А. Мишулин, О воспроизводстве и античной общественной формации, ИГАИМК, т. XIII (1932), вып. 8.
6. Л. Таль, Трудовой договор, ч. 1, Ярославль, 1913, стр. 162; Р. Виппер, Очерки истории Римской империи, Берлин, 1923, стр. 138.
7. И. Греве, Очерки из истории римского землевладения, т. I, СПб., 1899, стр. 353; Н. Gummerus, De rom. Gutsbetrieb als wirtschaftl. Organismus n. d. Werken d. Cato, Varro u. Columella, Lpz, 1906, стр. 62.
8. M. Dureau de la Malle, Economie politique des Romains, т. I, P., 1840, стр. 242.
9. O. Seeck, Geschichte des Untergangs der antiken Welt, т. I, В., 1895, стр. 509.
10. И. Греве, ук. соч., стр. 358.
11. Н. Gummerus, ук. соч., стр. 26; М. Е. Сергеенко в кн: Марк Порций Катон, Земледелие, М.–Л., 1950, стр. 125 и 135.
12. Г. Сальвиоли, Капитализм в древнем Риме, Харьков–Екатеринослав, 1922, стр. 62.
13. М. Е. Сергеенко, Сазерна и его фрагменты, ВДИ, 1946, № 3; И. М. Гревс, ук. соч., стр. 353; Н. Gummerus, ук. соч., стр. 26.



14. Такое понимание подкрепляется ссылкой на Dig., XLVIII, 19,11,51: mercennarius ab eo, cui operas. Но ведь раб мог operas suas locaverat. Но ведь и раб мог operas suas locare и se locare. Хризипп называл раба perpetuus mercennarius (Seneca, De benef., III, 22, § 1).
15. Н. Gummeus, ук. соч., стр. 26; О. Seeck, ук. соч., стр. 513.
16. Ср. Ф. Энгельс, Происхождение семья, частной собственности и государства, 1950, стр. 154.
17. К. Маркс, Капитал, т. I, М., 1949, стр. 271.
18. Burckhardt, ук. соч., стр. 42 сл.
19. Ф. Энгельс, Анти—Дюринг, 1950, стр. 330.
20. Cic. De off, I, 42,150. В другом сочинении Цицерон выражает презрение к “стаду ремесленников”. (Pro Flacco, VIII,5). Ср. Д. Вико, Основания новой науки об общей природе наций, Л., 1940, стр. 444.
21. Подобие же цехового порядка возникло, повидимому, лишь и армии, в корпорациях fabri (см. К. Маркс, Ф. Энгельс, Избр. письма, М., 1983, стр. 92).
22. Цицерон видел в merces auctoramentum servitus (De off., I, 42, 150).
23. См. Н. Пигулевская, К истории социальных и экономических отношений в Месопотамии, ВДИ, 1938, № 3, стр. 154.
24. Л. Таль, ук. соч., стр. 152, прим. 1, указывает на Cod., IV, 64, 22; Dig., 2,2; Dig., XIX, 2, 38.
25. По вопросу о merces см. С. Longo, Sulla natura della “merces” nella “locatio—conductio”, т. II, P., 1912; E. Ferrini, Ueber die colonia partiaria, Arch. f. d. civil. Praxis, 81 (1893).
26. В. И. Ленин, Соч., т. 1, стр. 137.
27. К. Маркс, Ф. Энгельс, Избран. произв., I, М., 1952, стр. 57.
28. Подобного рода привилегия были известны и позднему времени. На грани феодальной и капиталистической эры при нехватке каторжников—гребцов для королевских галер призывали свободных гребцов—добровольцев (benevolgie). Последние обязаны были мириться с тем, что их, как каторжников, приковывали цепями к скамейкам и щедро награждали ударами. На провансальском жаргоне, вследствие этого, слово benevolgie приобрело презрительный оттенок (см. A. Jourdan Des rapports entre le droit et l'economic politique P., 1885, стр. 99).
29. Н. Sinzheimer, Grundzuge des Arbeitsrecht, Jena, 1947, стр. 121; E. Molitor, Zur Geschichte des Arbeitsvertrags, 87 (1924), стр. 371 сл.; А. Нюеск—Н. Ниппердей, Lehrbuch des Arbeitsrechts, т. I, Mannheim. — В. — Lpz, 1927, стр. 109.
30. “Архив Маркса и Энгельса”, т. 2 (VII), М., 1933, стр. 19.

## ДЕЯКІ ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ

**Ківалова Т. С. — к. ю. н., доцент кафедри цивільного права ОНЮА**

У цивільному законодавстві України недовірні зобов'язання відшкодування шкоди називалися по-різному. Так, у ЦК УРСР 1922 р. їм була присвячена глава XIII „Зобов'язання, що виникають внаслідок заподіяння іншому шкоди”. У ЦК УРСР 1963 р. глава 40 мала назву „Зобов'язання, що виникають внаслідок заподіяння шкоди”, а у коментарях до Кодексу їх також називали „позадовірними”, „деліктними” або „зобов'язаннями, що виникають з правопорушень”. [1, с. 424] Таким чином, в обох Цивільних кодексах УРСР акцент робився на підставі виникнення відповідних зобов'язань, якою було заподіяння шкоди.

Разом із тим, в літературі зверталася увага на те, що характерною рисою деліктних зобов'язань є те, що вони виконують, насамперед, компенсаційну (правовідновну) функцію. [2, с. 614] Врахування цієї обставини було одним із чинників, які зумовили перегляд вітчизняної концепції відповідних зобов'язань, внаслідок чого у ЦК України 2003 р. глава 82 називається „Відшкодування шкоди”. Зміни торкнулися й найменування статей ЦК України, більшість з яких

не містить згадки про „відповідальність”, а вказує на „відшкодування шкоди” (виняток складають ст. 1166 — 1167 ЦК України).

Не зважаючи на зміни акцентів у найменуванні зобов'язань та присвячених їм норм, ЦК України 2003 р., як і раніше чинні Цивільні кодекси, не містить визначення зобов'язань відшкодування шкоди. Натомість ст. 1166 ЦК України, яка називається „Загальні підстави відповідальності за завдану майнову шкоду”, вказує на головні права та обов'язки учасників відповідних цивільних відносин, передбачаючи у частині першій, що „майнова шкода, завдана неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю особистим немайновим правам фізичної або юридичної особи, а також шкода, завдана майну фізичної або юридичної особи, відшкодовується в повному обсязі особою, яка її завдала”.

У літературі пропонувалися різні визначення зобов'язань відшкодування шкоди. Зокрема, їх визначали як „такі цивільно-правові зобов'язання, в яких потерпіла сторона (кредитор) має право вимагати від боржника (заподіювача шкоди) повного відшкодування протиправно заподіяної шкоди шляхом надання відповідного майна в натурі або відшкодування збитків”. [3, с. 322] Зобов'язання відшкоду-