

Предисловие

Вниманию читателей предлагается перевод публикации во французском периодическом издании авторитетного итальянского ученого, профессора римского университета «Тор Вергата» Риккардо Кардилли, в которой излагаются основные положения его фундаментальной монографии *L'obbligazione di 'praestare'* (1995), посвященной развитию договорной ответственности в римском праве во II веке до н.э. — II веке н.э. Монография охватывает предклассический период римского права и эпоху высокой классики, включая Гая. В это время можно увидеть не только зарождение и пути эволюции самой идеи договорной ответственности, но и ее развитое состояние, те ставшие впоследствии универсальными категории, которыми управляется вменение должнику за неисполнение или ненадлежащее исполнение в европейской правовой традиции. Монография Р. Кардилли стала поворотным исследованием, которое позволило уверенно отбросить прежние сомнения в подходах классических юристов к началам договорной ответственности.

Дело в том, что период господства интерполяционистского метода в наибольшей степени затронул сферу договорного права: многие правовые конструкции были объявлены плодом вторжения (интерполяций) в классические тексты составителей Дигест Юстиниана, которые модернизировали подходы и решения юристов I–III веков, преследуя задачу создания непротиворечивого собрания нормативных материалов, отвечающего праву начала VI века. Юстиниановскими признавались не только попытки выхода за пределы схем и типологий, сложившихся к III веку, но и критическое к ним отношение, и даже поиск, который вели римские юристы предшествующих веков до появления устойчивых позиций, ставших догмой ко времени Юстиниана. Свобода договора противопоставлялась закрытой системе договорных типов, формализм — консенсуализму, субъективные критерии вменения — объективным, при этом более развитые с современной точки зрения подходы непременно отождествлялись с позднейшими периодами развития, а понятийное и содержательное богатство классического права практически отрицалось.

Изучению исторического материала предпосылалась абстрактная схема, все свидетельства, противоречащие модели, объявленной классической, признавались следствием позднейших искажений, тем самым важнейшие данные просто игнорировались, что делало невозможным научное изучение исторического наследия. Понятно, что остановка в изучении римского права означала и сужение предметной базы догматической юриспруденции, обедняя нашу науку в целом. Сегодня мы находим содержательные смыслы тех терминов и понятий, которыми насыщены классические и доклассические тексты, и уверенно восстанавливаем их место в подлинных текстах основателей юридической науки. Непредвзятый подход

к источникам позволяет современным ученым значительно обогатить наши представления о праве.

Профессор Кардилли ставит в центр изучения категорию *praestare*, образующую третий член идиоматической формулы содержания обязательства (*oportere*) в римском праве наряду с *dare* (дать) и *facere* (сделать)¹. Если первые два элемента относятся к действиям должника (*dare* — к тем, которые ведут к получению кредитором вещного права (прежде всего переносу права собственности), *facere* — ко всем остальным), то *praestare* никакого действия не предполагает, и содержание должностования, как и способ исполнения обязательства, здесь неочевидны.

В римском классическом праве нет возможности добиваться исполнения по суду, римский кредитор может в исковом порядке получить возмещение убытков с утратой права на дальнейшее преследование должника. Должник при этом также лишается возможности исправить ненадлежащее исполнение или произвести возможное исполнение, несмотря на просрочку: если кредитор предпочитает не дожидаться следующего ему предоставления, а обращается в суд, то его право реализуется в порядке денежного присуждения (*condemnatio pecuniaria*). Раскрывая и одновременно искажая римский порядок, Ф.К. фон Савиньи говорил о преобразовании требования кредитора в право на компенсацию. Для пандектистики здесь первичное исполнение подменяется вторичным (убытки), что рассматривается как известное поражение ожиданий кредитора, который не сумел реализовать свою личную власть над должником². Логичным следствием трактовки обязательства как власти (и права-власти требовать реального исполнения) в немецкой пандектистике становится понятие невозможности исполнения (о чем автор говорит в заключительной части настоящей статьи), так что должник компенсирует не неисполнение или ненадлежащее исполнение (которого ГГУ 1900 года вообще не знало), а наступление невозможности исполнения, которая может быть ему вменена³. Невозможность исполнения исключает присуждение в натуре, что оставляет кредитору лишь компенсацию. Возмещение убытков при таком подходе предстает не предвосхищенным предоставлением, неизбежно поступающим в имущество кредитора и юридически — на обязательственном праве — уже входящим в его актив, а вынужденной альтернативой неисполнения, вторичной мерой, которая никогда не сможет полностью залечить провал в реализации права на исполнение.

¹ Идиома *dare facere praestare oportere* засвидетельствована «Институциями» Гая (произведение, дошедшее до нас вне юстиниановского *Corpus Iuris* и свободное от интерполяций) и в надписях на бронзе — в законе для цизальпийской Галлии середины I века до н.э. (*lex Rubria*, XXII, 31), и в законе для муниципия Ирни в Испании конца I века н.э. (*lex Irnitana*, LXXIX, 50; LXXXIII, 48).

² Формирование представления об обязательстве как власти кредитора в европейской традиции Р. Кардилли прослеживает в своей последней монографии, см.: *Cardilli R. 'Damnatio' e 'oportere' nell'obbligazione*. Napoli, 2016. P. 3 sq. См. также: *Idem. Considerazioni 'storico-dogmatiche' sul legame tra contratto e obbligazione // Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto private*. 2. Napoli, 2006. P. 1–21; *Idem. Das römische Recht der Pandektistik und das römische Recht der Römer // Wie pandektistisch war die Pandektistik? Sympoision aus Anlass des 80. Geburtstag von Klaus Luig am 11. September 2015 / Hrgb. H.-P. Haferkamp, T. Repgen. Tübingen, 2017. S. 83; 90 sq.*

³ Имеется в виду § 275 ГГУ 1900 г. В ходе реформы обязательственного права 2000 г. понятие невозможности должно было быть устранено из данного параграфа, но оно вновь проникло туда в ходе итоговой редакции ГГУ 2002 г.: «Право требовать исполнения исключается, если исполнение является для должника или для любого другого лица невозможным».

В римском праве обязательство рассматривалось как правовая связь (*iuris vinculum*), которая сама составляет имущественную ценность и сохраняется, если она не прекращена формальным способом. Здесь денежное присуждение воспринимается как осуществление права из обязательства, как удовлетворение кредитора.

Присуждение осуществляется в соответствии с условиями исковой формулы, которые отражают материальные обязанности должника: кредитор получает по суду то, что он недополучил в ходе исполнения, весь положительный интерес (*id quod interest*). Параметры исполнения учитывают качество действий должника, в том числе и упущения. Требования к качеству исполнения фиксируются как соответствие определенной модели заботливости и осмотрительности, общими границами которой выступают умысел (*dolus*, умышленное неисполнение всегда влечет ответственность) с одной стороны и действие непреодолимой силы (*vis maior, casus a nullo praestatur* («не бывает ответственности за случай», *D. 50.17.23*)) — с другой. Должник обязуется обеспечить определенный уровень ожиданий кредитора, он ставится в положение гаранта (*praes*), так что его формальная роль и уровень старания отрываются от личности, объективируются в абстрактное обобщенное требование (*stare praes, praestare*). Модельные свойства исполнителя определяются содержанием обязательства и на этапе ответственности выступают как критерии вменения. Это модель рачительного хозяина (*diligens pater familias*), которая уточняется за счет вменения должнику надлежащего уровня осмотрительности и заботливости, включая приложение усилий и профессионального мастерства (*praestare fidem et diligentiam, imperitiam, custodiam*). Существенно, что они входят в содержание предоставления и составляют тот актив, который принадлежит кредитору на обязательственном праве. Объем присуждения по иску учитывает ожидания истца, которые формируются в том числе и модельными требованиями к качеству исполнения.

Изучение категории *praestare* позволяет в деталях проследить процесс формирования критериев вменения, консолидацию моделей исполнения и степеней ответственности, которые в представлении римских юристов относятся к фазе предоставления и составляют содержание обязательства, наряду с *dare* и *facere*. Профессор Кардилли воспроизводит в своей статье ключевые моменты этого развития.

Важнейший элемент реконструкции — обоснование древности абстрактной ответственности за сохранность вещи (*custodia*), обсуждаемой не только по критерию конкретного события, которое должнику не удалось предотвратить (апостериори), но и в качестве абстрактной обязанности (априори), вменяющей должнику определенный уровень осмотрительности. Поскольку в таком случае ответственность не зависит от действительных действий должника по предотвращению внешних угроз и принимает объективный характер, можно говорить о безвиновной ответственности как известной римской юриспруденции. Римские юристы представляли источником ответственности соответствующее обязательство, возложенное на должника (*praestare oportere*): речь, таким образом, идет о гарантийном обязательстве. По мнению Кардилли, это значение отвечает этимологии термина — *stare praes* (выступать гарантом). Употребление глагола в пассивной форме (*praestari, 'an custodia praetetur'* — *D. 13.6.5.6*) позволяет говорить уже об абстрактном элементе содержания обязательства. Этот уровень обсуждения проблемы и теоретического осмысления обязательственных правоотношений ученый прослеживает уже в эпоху Республики (так называемые *veteres*, II век до н.э.). Подобная обязанность зависела от договорного типа и от вида вещи; первоначально она предусматривалась

только для лошадей и рабов, склонных к побегу. Воспроизведение материального подхода к обязанности/ответственности по охране в работах юристов II–III веков Кардилли объясняет не переживаниями древнего подхода, а попыткой переосмысления абстрактной безвиновной ответственности, консолидировавшейся в классическую эпоху в устойчивый институт.

Профессор Кардилли также прослеживает разнообразие подходов к проблематике ответственности у ранних классиков, до того как консолидировалась трехчастная схема ‘*dolus — culpa — custodia*’ и была установлена недопустимость освобождения от ответственности за умысел (Цельс-сын) и возложения ответственности за случай (*casus fortuitus*) (Юлиан). Подлинная история развития договорной ответственности в римском праве оказывается существенно богаче схематичного правила (*regula*), зафиксированного в Дигестах Юстиниана (*D. 50.17.23*)⁴.

Речь идет об опыте первых прокулианцев (Лабеон, Нерва, Прокул), допускавших ответственность по умолчанию (в отсутствие специальных соглашений, устанавливавших особую ответственность сторон по договору), более гибкую, чем предусматривает подход с позиций договорного типа. Так, Лабеон допускал возложение на должника ответственности в случае действия непреодолимой силы, если ситуация позволяла проследить причинную связь между действиями должника и ущербом, хотя бы сами действия и не были непосредственным источником потерь кредитора (*D. 19.2.57*). В эпоху высокой классики правило недопустимости ответственности за непреодолимую силу (отвечающее волевому характеру правового взаимодействия) уже не допускало таких отступлений. Сходным образом ужесточение ответственности предлагалось в ситуации, когда должник по собственному почину (в случае ведения чужих дел без поручения) предпринимал шаги, прежде несвойственные собственнику (*D. 3.5.10*), или же, наоборот, риск возлагался целиком на кредитора, если именно он выступал с инициативой сделки, и его вещи подвергались действию внешних и неожиданных факторов вместе с вещами должника (*D. 19.5.17.1; 12.1.11 pr.*).

Напротив, в недрах сабинианской школы вызревает правило, ограничивающее ответственность событиями, зависящими от воли должника. Начиная с Сабина юриспруденция становится все более консервативной, концентрируясь на абстрактных понятиях и отказываясь от постоянной верификации практикой более гибких правил (*regulae*). Это относится и к поздним прокулианцам. Так, Нераций оперирует абстрактным понятием *custodia* (*D. 19.1.31 pr.*), проводя жесткую границу между объективным вменением и действием непреодолимой силы, освобождающей должника.

В заключении к статье автор двумя штрихами отмечает существенное отличие современной европейской догматической установки от классической, что призвано подчеркнуть важность обращения к римскому наследию сегодня.

Д.В. Дождев, профессор

⁴ Когда ст. 1147 ФГК говорит о «внешней причине, которая не может быть вменена должнику» как основании освобождения от ответственности, он далеко отступает от римского наследия, еще живого в трудах Дома и Потье, — отмечает автор в заключении. Новая трактовка предполагает, что ответственность не наступает за события, отличные от действий должника, однако здесь нет включения качеств должника, качества исполнения в содержание обязательства.

Риккардо Кардилли

профессор университета «Тор Вергата» (Рим)

Обязательство *praestare* и договорная ответственность в римском праве^{5, 6}

В память о профессоре Джованни Пульезе

СОДЕРЖАНИЕ: 1. Представления романистов о *praestare*. — 2. *Praestare* в смысле *stare praes*: техническое выражение в юридической латыни II века до н.э. — 3. Древнейшее значение *custodiam praestare*: от *veteres* до Лабеоны. — 4. Спор юристов I века до н.э. — I века н.э.: А) Квинт Муций Сцевола и правило *culpam praestare*; В) Сервий Сульпиций Руф и его *auditores*: допущение возможности *vim praestare* у должника; С) Лабейон: *dolum* и *culpam praestare* и вменение *periculum*; D) Первые прокулианцы. — 5. *Regula* классического римского права: А) От Сабина до Цельса и Юлиана; В) Правило D. 50.17.23 как *regula iuris antiqui* (руководство древнего права). — 6. Заключение.

1. Представления романистов о *praestare*

Вопрос о *praestare* (предоставлять, обеспечивать, отвечать) как объекте римской *obligatio* (обязательство), наряду с *dare* и *facere* (дать и сделать), является типично современным вопросом в том смысле, что он характерен для юридической науки XIX и XX веков. Состоявшееся в этот период новое прочтение *praestare* как *teneri, haften, rispondere, répondre*⁷ и т.д., а также появление понятия предоставления (*prestation*), полностью основанного на *dare, facere* и *non-facere*, требуют углубления понимания *praestare* как третьего элемента, который римские юристы искали в *substantia obligationum* (содержании обязательства).

И «Институции» Гая (IV, 2), и «Институции» Павла (D. 44.7.3 *pr.*) описывают объект римского обязательства тремя глаголами: *dare, facere* и *praestare*. Ту же схему, с добавлением *restituere* (возвращать), мы находим в *lex de Gallia Cisalpina*

⁵ Перевод с французского выполнен А.М. Доевым, бакалавром юриспруденции (МГИМО МИД России), магистрантом РШЧП. Перевод латинских текстов выполнен профессором Д.В. Дождевым. В работе, если не указано иное, примечания автора. Оформление сносок сохранено. — *Прим. ред.*

⁶ Я хотел бы поблагодарить Жана-Франсуа Геркенса за корректуру и исправление французского текста. [Il presente lavoro si inserisce nel programma di Ricerca del MURST. Dipartimento di Storia e Teoria del Diritto; Università di Roma 'Tor Vergata'].

⁷ «Отвечать, нести ответственность» (лат., нем., франц., итал.). — *Прим. пер.*

49–42 годов до н.э. (*Caput XXII*, 31)⁸ и в *lex Irnitana* эпохи Домициана (LXXIX, 50; LXXXIII, 48)⁹. Эти принадлежащие к независимым правовым традициям источники выделяют однородное понятие *praestare* как предмета обязательства.

Романисты, однако, затрудняются в определении значения этого глагола. Так, трудно ответить на вопрос, имеет ли *praestare* точное семантическое значение как предмет *obligatio* в рассматриваемой трехчленной структуре, которое бы не позволило ему, по мнению юристов, быть поглощенным обязательством *dare* (*Cels. D.* 50.16.94) или *facere* (*Pomp. D.* 50.16.175)¹⁰, как, наоборот, произошло с обязательством *reddere* (возвращать).

*Antecessores*¹¹ восточных правовых школ не обнаруживают единства в понимании. Иногда они предпочитают идею «отвечать за что-то» (*réponde de quelque chose*) (ἀπατεῖσθαι Кирилла, в частности в Ἔντα — μόνον τοῦ δεδωκότος, *B.* 13.1.5.2 = *D.* 13.6.5.2), иногда — «быть ответственным, обязанным» (*être tenu*) (κατέχεσθαι Стефана, в частности в Σημεῖωσαι — εἰ δὲ μισθόν ἔλαβεν, *B.* 13.1.5.2 = *D.* 13.6.5.2).

⁸ F.J. BRUNA, *Lex Rubria. Text, Übersetzung und Kommentar mit Einleitungen, historischen Anhängen und Indizes*, Leiden (1972), pp. 214–217 (автор отрицает, однако, семантическую автономию этого глагола по отношению к *dare* и *facere*).

⁹ См. ‘Lessico’ закона в: F. LAMBERTI, *Tabulae Irnitanae. Municipalità e ius Romanorum*, Napoli (1993), p. 514.

¹⁰ Из работ, опубликованных в последнее время, см.: Th.G.L. MAREZOLL, *Über dare, facere und prästare als Gegenstand der Obligationen*, in *RheinZ.* 10 (1837), pp. 219 ss; F.K. von SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, V, Berlin (1841), pp. 598–604; Ph.E. HUSCHKE, *Kritische Bemerkungen zum vierten Buch der Institutionen des Gaius*, в *ZGR(echtswissenschaft)* 13 (1846), pp. 248 ss; A.F. RUDORFF, *Über die Pfandklagen*, в *ZGR.* 13 (1846), pp. 181 ss (в частности, p. 187 n. 9); F.A. SCHILLING, *Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des römischen Privatrechts*, III, Leipzig (1846), p. 5 n.t; A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, II.1, Erlangen (1879), § 238, p. 92; R. JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, III, Leipzig (1888), pp. xxiv–xxvi; G. HARTMANN, *Die Obligation*, Erlangen (1875), pp. 162–163; C. FADDA, *Teoria generale delle obbligazioni (Lezioni di diritto romano)*, Napoli (1901–1902), pp. 23–24; C. FERRINI, *Teoria generale delle obbligazioni (Corso 1899–1900)*, Pavia, p. 44; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano IV, Le obbligazioni*, Rist. a cura di G. BONFANTE — G. CRIFÒ, Milano (1979), pp. 47–48; R. DE RUGGIERO, *Le obbligazioni (parte generale). Corso di lezioni di diritto romano (1920–1921)*, Napoli (1921), pp. 51–52; R. MAYR, *Praestare*, в *ZSS.* 42 (1921) R.A., pp. 198–227; H. SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung II. Römisches Privatrecht*, Berlin (1928), pp. 238–239; G. SEGRÉ, *Concetto e genesi della obbligazione (Corso di diritto romano 1928–1929)*, Torino (1929), p. 136; E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni I*, Milan (1936), pp. 192–197; A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationbegriff, II*, Uppsala — Leipzig (1941), pp. 267–268; p. 317; F. PASTORI, *Profilo storico e dogmatico dell’obbligazione romana*, Milano — Varese (1951), pp. 146 ss; ID, *Dare facere praestare (dir.rom.)*, в *NNDI.* 5 (1960), pp. 156 ss; ID, *Appunti in tema di sponsio e stipulatio*, Milano (1961), pp. 266 ss; ID, *Concetto e struttura dell’obbligazione nel diritto romano (Corso 1968–1969)*, Milano, p. 209; E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano II*, 1, Padova (1962), p. 4; G. GROSSO, *Obbligazioni*, Torino (1966), p. 5 и pp. 29 ss; P. VOGLI, *Le obbligazioni romane (Corso di Pandette). Il contenuto dell’obligatio*, I, 1, Milano (1969), p. 42; C.A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa (Corso di diritto romano 1967–1968)*, Milano, pp. 8 ss; ID, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania (1996), pp. 123 ss; M. KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, München (19712), p. 489; F. STURM, *Stipulatio Aquiliana*, München (1972), p. 123; M. TALAMANCA, *Obbligazioni (dir. rom.)*, in *ED.* XXIX (1979), p. 30 и n. 200. Сводную таблицу различных интерпретаций см.: R. CARDILLI, *L’obbligazione di praestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano (1995), pp. 8 ss.

¹¹ Юристы-составители «Дигест» Юстиниана, комментарии которых вошли в «Василики», собрание IX в., ставшее действующим законом в Византии и современной Греции до принятия ГК 1946 г. — *Прим. ред.*

По мнению глоссаторов и комментаторов, признание *praestare* означает признание связи, подчинение должника последствиям неисполнения. Глагол, таким образом, понимается в смысле «быть ответственным, отвечать по иску» (*teneri*)¹².

Однако до Гуго Донелла (*Hugo Donellus*)¹³ никто не задавался вопросом о значении и отношениях между различными объектными дополнениями и глаголом в рамках договорной ответственности. Другими словами, следует ли придавать единое значение *praestare* в ряду *dolum et culpam praestare* (отвечать за умысел и вину) и *diligentiam et custodiam praestare* (обеспечивать осмотрительность и сохранность)?

В ходе развития дискуссии — от Донелла до Паскуале Вочи (*Pasquale Voci*), от Рудольфа Иеринга до Пьетро Бонфанте (*Pietro Bonfante*), от Джузеппе Гроссо (*Giuseppe Grosso*) до Карло Каннаты (*Carlo A. Cannata*) — выделяются два толкования. С одной стороны, есть авторы, подчеркивающие двойственную, «амфибологическую» природу глагола, которая позволяет объединить различные ситуации, такие как *dolum et culpam praestare*, отсылающие к «отвечать, ответственность», и *diligentiam et custodiam praestare*, более непосредственно связанные с понятием «долг, предоставление»¹⁴;

¹² Например: *gl. contractus* в D. 50.17.23; *gl. praestari* в D. 50.16.71.1; *gl. vis* в D. 19.2.15.2; AZO, *Brocardica Aurea*, Neapoli (1568; rist. anast. Torino 1967), ss. 19–21; f. 116; BART. A SAXOF, *In secundam Digesti veteris partem comm.*, Venetiis (1575), f. 76, Lex V, § nunc videndum (D. 13.6.5.2); ID, *In primam Codicis partem commentaria*, Venetiis (1575), f. 140, Lex V § quae fortuitis (C. 4.24.6).

¹³ DONELLUS, *Commentarii juris civilis*, в *Opera Omnia* (ed. Maceratae 1830), IV, coll. 682 ss; *Commentarii in Codicem Iustiniani*, в *Opera Omnia* cit., VIII, coll. 31–32. См. в моей монографии: *L'obbligazione di praestare*, cit., pp. 4–6.

¹⁴ Донелл говорит о «метонимии» в употреблении глагола, когда его объектными дополнениями являются умысел, вина и casus (случай): *'Dicere solemus in commodato, in pignore, et in omnibus contractibus, in quibus utriusque et creditoris et debitoris, aut solius debitoris utilitas versatur, dolum et culpam praestandam esse, casum fortuitum praestandum non esse, L. si ut certo, § nunc videndum, D. commod. [D. 13.6.5.2]. Haec omnia uno sensu. sed dicimus praeterea in his omnibus diligentiam esse praestandam... Hoc vero, ne erremus, eodem sensu non dicitur. Diligentiam praestandam esse cum dicimus, significatur diligentiam esse adhibendam... Cum autem dicimus dolum, culpam, casum praestari, contrarium significatur. nos non dicimus adhibendum esse dolum, adhibendum esse culpam, aut adhibendum casum, sed contra significatur, haec omnia removenda esse, et propter haec debitorem teneri. Quid ergo his verbis intellegimus? respondeo: dolum culpam casum fortuitum praestare locutio est non propria, sed figurata ubi causa ponitur pro effectu, μετωνυμικῶς; dolus pro damno dolo dato, culpa pro damno culpa dato, casu pro damno quod casu fortuito contingit. Itaque hic sensus est: culpa et dolus praestanda sunt, id est damna et culpa dolo contingentia praestanda sunt. item casus fortuitus praestandus non est... casus fortuitos non praestari, haec sententia exprimitur, si res casu fortuito vel perempta, aut amissa, vel deterior facta sit, debitorem non teneri, sed eatenus liberari'* («Обычно мы говорим в отношении ссуды, залога и всех договоров, в которых выгоду получают и кредитор, и должник или один только должник, что возникает ответственность за умысел и вину, а за несчастный случай нет (фр. *si ut certo, § nunc videndum D.* титул о ссуде). Это всё в одном значении. Но, кроме того, мы говорим, что во всех этих случаях следует отвечать за осмотрительность... Здесь же, если мы не ошибаемся, говорится уже не в том же значении. Когда мы говорим, что следует отвечать за осмотрительность, это означает, что следует приложить осмотрительность... Когда же мы говорим, что следует отвечать за умысел, вину, несчастный случай, то словоупотребление не дословное, а фигуративное, когда причина выступает вместо следствия, метонимически; умысел — вместо ущерба, причиненного умышленно, вина — вместо ущерба, причиненного виновно, случай — вместо ущерба, причиненного несчастным случаем. Итак, смысл здесь такой: отвечать за вину и умысел — значит возмещать ущерб, причиненный виной или умыслом. Также нет ответственности за несчастный случай... ответственность за случай не наступает — это положение выражает, что если вещь погибла, или утрачена, или испорчена в результате несчастного случая, то должник не отвечает, но сразу же освобождается»), DONELLUS, *Comm. in Codicem* cit, coll. 31–32). P. VOCI говорит об «амфибологической» природе глагола: *'Diligentia', 'custodia', 'culpa'. I dati fondamentali*, in *SDHI*. LVI (1990), pp. 123–124.

с другой стороны, есть авторы, которые считают, что можно выделить общее значение¹⁵.

Несомненно, для римлян *praestare* представляло собой допустимый предмет обязательства, несмотря на то, что оно не ограничивалось поведением должника. Ответ на вопрос о том, когда речь идет о предоставлении, а когда об ответственности, может быть обусловлен догматическими представлениями юридической науки последних столетий. Объяснение следует искать как в толкованиях, которые «сжимают» содержание обязательства до *dare* и *facere*, как это делает, например, Р.-Ж. Потье (*R.-J. Pothier*), имевший колоссальное значение для истории кодифицированного римского права¹⁶, так и в значении слова «ответственность» в связи с употреблением глагола «отвечать»¹⁷.

Принятие лицом статуса гаранта, к которому отсылает *praestare* в смысле *stare praes* (выступать гарантом, прэзом), — объективная ситуация гарантии, прямо установленная в момент заключения договора или признанная в уже возникшем обязательстве давно устоявшейся интерпретацией юристов (*interpretatio prudentium*); с другой стороны, в представлении римских юристов это является самостоятельным предметом обязательства наряду с *dare* и *facere*, хотя оно и не обязательно предусматривает какое-либо поведение со стороны должника.

2. *Praestare* в смысле *stare praes*: техническое выражение в юридической латыни II века до н.э.

Глагол *praesto* (*-stiti, -stitum, -stare*) имеет различные значения в латинских источниках: от «быть впереди» до «превосходить», от «предоставить» до «одолжить». Эти значения часто встречаются в литературных источниках (исчерпывающий перечень и классификация в *Th.I.L. v. praesto*)¹⁸.

Напротив, *praestare* в значении «гарантировать» как выражение идеи *stare praes* независимо от вопросов этимологии¹⁹ является словом из юридической латы-

¹⁵ Значение, которое находило бы свое единство в *stare praes* как ‘*garantire e rispondere*’ (гарантировать и отвечать — ит.) (G. GROSSO, *Obbligazioni cit.*, p. 33) или ‘*assicurare*’ (обеспечивать — ит.) (C.A. CANNATA, *Per lo studio cit.*, pp. 8–9; см. также у того же автора, *Sul problema della responsabilità cit.*).

¹⁶ J. POTHIER, *Traité des obligations*, в *Œuvres*, II, Paris (1848), p. 61.

¹⁷ См.: S. SCHIPANI, *Lex Aquilia. Culpa. Responsabilità*, in *Illecito e pena privata in età repubblicana*, Atti Copanello (1990), pp. 159 ss.

¹⁸ J. RAMMINGER, см. ‘*Praesto*’ в *Thesaurus linguae Latinae X,2,VI* (1991), coll. 906–928.

¹⁹ Лингвисты колеблются между двумя позициями: либо имела место единая исходная форма *praestare*, которая постепенно расширяла круг своих значений (ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris [1974], p. 532; É. BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, Paris [1969], pp. 195–197; J. RAMMINGER, *vs. ‘Praesto’ cit.*, col. 913, 29–36), либо изначально имели место два самостоятельных оборота — *prae stare* и *praes stare* (FORCELLINI, *Totius latinitatis lexicon*, IV, pp. 826–827; F. BÜCHELER, *Altes Latein*, в *Rh.M.* 52 [1897], pp. 396 ss; WALDE-HOFFMANN, *Lateinisches etymologische Wörterbuch*, Heidelberg [1954], II, p. 355).

ни²⁰, в частности из дискурса юристов II века до н.э. Первые свидетельства этого значения можно найти в правовой лексике, например в формулах *stipulationes incerti* (стипуляций с неопределенным предметом) для продажи животных (*'noxia praestari spondes'* Varr. *de re rust.* II.4.5; II.5.11), в *sententiae* как суждениях юристов на консультациях и как судебных решениях за неисполнение обязательств (о приданом, *dos*: *'praestari oportere'* Публий Муций в *D.* 24.3.66 *pr.*²¹; о купле-продаже: *'damnum praestari oportere'* Катон, отец Катона Утического, в *Cic. de off.* III.16.66²²; о ссуде: *'custodiam praestare'* veteres, юристы эпохи Республики, в *D.* 13.6.5.6; 5.9; см. ниже отдел 3).

Следует подчеркнуть, что для всех этих обязательств мы точно знаем, что *formulae* соответствующих исков не содержали изучаемого глагола (*'quidquid sibi dare facere oportere'* для *stipulatio incertum*, *'reddere oportere, quod eius aequius melius erit...'* для *actio rei uxoriae*; *'quidquid sibi dare facere oportere ex fide bona'* для *actio empti* и *'reddere'* для *actio commodati in factum concepta*). Представляется, что это должно быть отправной точкой. Именно с этой позиции следует читать фразу Гая *'intendimus dare facere praestare oportere'* («мы указываем в интенции, что нам «должны дать, сделать, обеспечить»») (*Gai.*, IV.2), которая иначе рискует сокрыть — исторически говоря — то движение, которое начинается с лексикона юристов и идет вплоть до эдикта претора (*Ed. 'de mancipiis emundis vendundis'*: *'...quod eius praestari oportere dicitur...'*; *D.* 21.1.1.11 и *Aul. Gell., Noct. Att.* 4.2)²³ и, возможно, к определенным формулам исков²⁴.

Из этих употреблений вытекает идея *stare praes*, которая изначально не имеет значения *гаранта* в широком смысле, но, вероятно, приобретает значение особого *гаранта*, как это было у древних *praedes*, судя по употреблению глагола в отношении *noxae*²⁵

²⁰ См.: *Atti del convegno internazionale 'Il latino del diritto'*, Perugia (8–10 ottobre 1992), a cura di S. SCHIPANI — N. SCIVOLETTO, Roma (1994).

²¹ *Sententia* кажется верной не только по содержанию, но и по форме (иную позицию см.: С.А. CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit. [1996], pp. 134–135). Это можно заключить из *ait*, который следует за *statuit* и который является не тавтологией (P. BONFANTE, *Corso* cit., I. *Diritto di famiglia*, p. 454), но указанием на буквальное цитирование *sententia P. Mucii*, которое *'Posteriores'* Лабеоны в лице Яволена, несомненно, унаследовали от *liber de dotibus* Сервия Сульпиция Руфа; F. BONA, *Sulla fonte di Cicero, de or. I, 56, 239–240 e sulla cronologia dei decem libelli di P. Mucio Scevola*, in *SDHI.* 39 [1973], pp. 469–470 n. 143; A. SCHIAVONE также думает о *XVIII libri iuris civilis* Квинта Муция Сцевола: *Giuristi e nobili nella Repubblica romana*, Bari (1987), p. 21.

²² О вопросах, поднимаемых Цицероновским *exemplum*, см.: *L'obbligazione di praestare* cit., pp. 154–162.

²³ Что касается истории эдикта *de mancipiis emundis vendundis* (см. из недавнего: L. MANNA, *Actio redhibitoria e responsabilità per i vizi della cosa nell'editto de mancipiis vendundis*, Milano [1994], pp. 11 ss, который считает, что эдикт датируется II веком до н.э.), то, хотя ее и невозможно здесь рассмотреть, толкование *'quod eius praestari oportere dicitur'*, на мой взгляд, очень важно. Представляется, однако, что намечается переход от каутеллярной, технической (*cautélaire*) проработки формальных обещаний (гарантийных стипуляций) в отношении свойств (качеств) продаваемой вещи, в котором *praestari* играет все более ключевую роль, к защите прав покупателя в эдикте претора и позднее, снова в рассуждениях и консультациях юристов (см.: *Ulp. ad Sab. D.* 21.2.31).

²⁴ О *praestare* в формулах см.: O. LENEL, *EP*, p. 208 (*a. familiae erciscundae*), p. 211 (*a. communi dividundo*), p. 297 (*a. pro socio?*); D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, Como (1992), pp. 48–49 e n. 143 (*a. pro socio?*), p. 53 (*a.f.e.*), p. 54 (*a.c.d.*).

²⁵ Пороков товара, которые давали третьим лицам права требовать его выдачи. — *Прим. пер.*

в гарантийных стипуляциях в *de re rust.* Варрона²⁶. Несмотря на это, довольно рано *praestare* приобретает значение «быть гарантом» в широком смысле, чтобы обозначить одновременно как ситуацию гарантии, которая прямо предоставляется самим должником от первого лица или, как предполагает пассивная глагольная форма *praestari*, кем-то другим, в отношении качества продаваемой вещи (*D. 21.2.31*), так и ситуацию гарантии, встречающуюся в случае неисполнения гражданских (*oportere*) или преторских обязательств, на основании определенных стандартных реквизитов (*dolus, culpa* и *custodia*)²⁷.

С точки зрения проблемы ответственности за неисполнение именно это второе употребление имеет большое значение и знаменует историю института, поскольку контрагент, который обязуется *ex contractu dare facere* или *reddere* (дать, сделать или вернуть на основании договора), имплицитно отвечает за *dolum / culpam / custodiam praestare* (обеспечить отсутствие умысла, вины, сохранность).

Наконец, следует подчеркнуть два момента. С одной стороны, использование в терминологии юристов этого периода таких понятий, как *dolus, culpa* и *custodia* для признания существования *stare praes*. Этот фактор заставляет нас внимательно рассмотреть ответы (*responsa*) Квинта Муция Сцеволы, поскольку он вносит вклад в уже ведущийся в юриспруденции спор, где повторяются такие понятия, как *praestare, dolus, culpa* и *custodia*. С другой стороны, предшествование пассивной формы *praestari* активной форме *praestare* в охраняемых правом обязательствах *oportere* (в *actio ex stipulatu* с «чистым» *oportere*; в *actio rei uxoriae* как *oportere*, связанное с конфемнацией в форме *aequius melius*; в *actio empti* как *oportere ex fide bona*) позволяет отнести эту категорию к *ius civile*, хотя свидетельства о ссуде и могли бы навести нас на мысль, что в активной форме она использовалась очень рано в обязательственных отношениях, получивших защиту на основе *imperium*²⁸ претора.

3. Древнейшее значение *custodiam praestare*: от *veteres* до Лабейона

Вернемся кратко к этому вопросу. Самым ранним юристом, прямо цитируемым в Дигестах, который использует термин *custodiam praestare* (обеспечить сохранность),

²⁶ По поводу этой интерпретации см. мою точку зрения: *L'obbligazione di praestare* cit., pp. 126 и далее.

²⁷ Как отмечает сам автор в монографии, посвященной рассматриваемой проблеме, эти два узуса термина *praestare* образуют для римлян единую категорию, в отличие от современного деления на «гарантировать» и «отвечать» ('Questi due àmbiti di problematiche (assunzione espressa della condizione di garante in sede di conclusione del contratto; riconoscimento della condizione di garante come contenuto implicito dell'obbligazione assunta) rappresentano le due aree nelle quali compare un uso tecnico del verbo *praestare*, mantenendo in questo, a differenza della distinzione moderna tra 'garantire' e 'rispondere', una unitaria forma di espressione') (*L'obbligazione di praestare* cit., p. 188). — Прим. пер.

²⁸ «Могли бы навести на мысль» ('pourraient faire penser'), потому что только в одном из двух свидетельств Ульпиана о *veteres*, в *responsum* по поводу детеныша (*pullus*) ссуженной кобылы, используется активная форма залога — *custodiam praestare* (*D. 13.6.5.9*). В другом случае, напротив, по вопросу сомнений юристов прошлого (*dubium veterum*) в случае с одолженным рабом употребляется оборот *an... custodia praestetur*.

является Лабеон (*D. 19.2.60.9*). У нас нет суждений (*responsa*) Квинта Муция, Сервия Сульпиция или любого другого юриста до Лабеона, который бы использовал синтаксический оборот *custodiam praestare*²⁹.

Из этого можно ошибочно заключить, что *custodiam praestare* — это понятие, которое неожиданно вошло в лексикон юристов между I веком до н.э. и I веком н.э., и поэтому *veteres*, о которых упоминает Ульпиан в *D. 13.6.5.6* и 9, относятся именно к этому периоду³⁰.

Напротив, я полагаю, что у нас есть доказательства, которые опровергают этот вывод. Лабеон рассматривает случаи кражи неодушевленного движимого имущества: вещи (*res*), передаваемой на склад (*horrea*) (*D. 19.2.60.9*), и, возможно, одежды, сдаваемой по подряду суконщику (*fullo*) (*D. 19.2.60.2*)³¹.

Ситуация же, в которой республиканские юристы с уверенностью признают обязательство *custodiam praestare*, — это предоставление в ссуду лошади (*D. 13.6.5.9*). Древнейшие свидетельства (II век до н.э.), касающиеся отношений ссуды, однозначны в вопросе лошадей, т.е. *res Mancipi*, особо ценных вещей (*res pretiosiores*) домовладыки (*paterfamilias*). Так, Юний Брут о *furtum usus* (краже пользования): ‘...solitum dicere, et furti damnatum esse qui iumentum aliorum duxerat quam quo utendum acceperat’ («...нередко повторял, что того, кто направил скот не в то место, о котором условились по договору ссуды, следует привлекать и за кражу»; *Aul. Gell., Noct. Att. VI.15.1*); Кв. М. Сцевола (*Aul. Gell., Noct. Att. VI.15.1*); ‘Si commodavero tibi equum, quo uteris usque ad certum locum’ («Если я дам тебе в ссуду лошадь, чтобы ты доехал на ней до определенного места»; *D. 13.6.23*); *veteres* (‘...si quis equum gestandi gratia commodatum longius aliquo duxerit, quod veteres scripserunt de eo qui in aciem perduxisset’ («...если кто-либо лошадь, ссуженную для прогулки, уведет куда-либо далеко, как написали юристы прошлого о том, что оправился на ней в бой»; *Gai., III.196*)); см. также казус (*exemplum*) из *Val. Max. 8.2.4* о лошади, одолженной для поездки в Арицию³².

Социально-экономическая реальность, лежащая в основе возникновения *custodiam praestare* у республиканских юристов (*veteres*), отсылает нас ко времени до Лабео-

²⁹ В Alf., *D. 19.2.29* глагол имеет значение «охранять» (*garger*) как *curare vel operam dare, ne quis <silvam> caederet* («заботиться или приложить усилия, чтобы кто-либо не порубил лес»).

³⁰ Fr. HORAK, *Wer waren die veteres? в Festschr. Wesener* (1992), p. 210, предлагает этот вывод на основании *Ulp., D. 13.6.5.11*, где *huiusmodi* относится к юристам последующих параграфов (Лабеон, Картилий и Цельс-сын), что заставило бы нас отнести к тому же временному периоду *veteres*, упоминаемых в § 6 и 9 того же фрагмента. Однако мне кажется, что юристы, цитируемые в § 12, 13, 14, 15, — это только те юристы, решение которых принимает Ульпиан и которые закрывают дискуссию, открытую древними. Аналогичные случаи мы имеем в *Ulp. D. 7.8.10.3*; *D. 12.5.6*; *FV. 1*; *D. 41.2.3.18*. Справедливо считается, что компиляторы Дигест выбрасывали и сокращали цитаты древних юристов; С.А. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità* cit., pp. 268–269 n. 2.

³¹ Интересно отметить, что признание *custodiam praestare* в найме не является общим, а ограничивается случаями, в которых обязанность охранять и надзирать подразумевается в предоставлении — в обмен на плату — закрытых помещений для хранения чужих вещей (*horrearius*), или в основном обязательстве, которое иначе не могло быть исполнено (*fullo*); об этих источниках см.: *L’obbligazione di praestare* cit., pp. 369–375, и приведенную там библиографию.

³² ‘Multus sermo eo etiam iudicio manavit, in quo quidam furti damnatus est, quod equo, cuius usus illi usque Ariciam commodatus fuerat, ulteriore eius municipii clivo vectus esset’.

на и, возможно, даже точно ко времени признания правовой защиты за договором ссуды (II—I века до н.э.)³³. В гипотезе *D. 13.6.5.9 veteres* не сомневаются, что коммодатарий лошади обязуется *custodiam praestare*. Точнее, это правило уже считалось признанным, и был задан вопрос, можно ли распространить эту обязанность и на жеребенка одолженной лошади.

Теперь рассмотрим значение *custodiam praestare* для *veteres*. С лексической точки зрения *custodia* — это деятельность *custos* (сторожа), т.е. надзор за вещью с тем, чтобы ее сохранить³⁴. На самом деле, природа вещи может влиять на то, каким образом будет осуществляться сама охрана. Например, в случае неодушевленных вещей (одежда, предметы иного рода) цель охраны состоит в том, чтобы воспрепятствовать потере или утрате вещи под действием *внешних* факторов. В случае с *res per se movens*, т.е. вещами, наделенными в силу своей природы естественной подвижностью (животные), к *внешним* факторам необходимо добавить *внутренние*. Наконец, что касается рабов, *подвижность* в них сочетается с интеллектом, что неизбежно подразумевает, что им уготована особая судьба по сравнению с другими *res commodatae*³⁵.

Praestare в рассматриваемой конструкции можно понимать абстрактно либо в смысле «обеспечивать», либо в смысле «гарантировать». Но если мы подумаем о родовом значении «обеспечивать охрану», мы не сможем больше понять причины сомнений *veteres* относительно ссуды рабов (*D. 13.6.5.6*). Если придать «хранению (охране)», к которому отсылает *custodiam praestare*, общий смысл надзора (оцениваемого по объективному критерию, такому как *custos* или *diligens custos*)³⁶, становится невозможно понять, почему ссуда лошади оценивается иначе, чем ссуда раба, априори, а не апостериори (т.е. абстрактно, а не *in concreto*, через оценку того, как конкретно осуществлялся надзор над утраченной вещью).

Охрана, которую республиканские юристы имеют в виду, когда используют существительное *custodia* в форме *custodiam praestare*, является, таким образом, «типичной» охраной, т.е. включающей в себя *не только поведение должника, но и конкретное событие*, на предотвращение и избежание которого это поведение направлено. Это является причиной семантического сдвига между обязанностью охранять (*custodia* «материальная», бытовая) и *custodiam praestare* (*custodia* техническая). Из этого также следует, что в зависимости от того, идет ли речь о лошади или рабе, должно применяться разное правило.

Наконец, кажется, что с синтаксической точки зрения *custodiam praestare* может быть техническим термином, включающим эллипсис. Этот эллипсис скрывает два логических обстоятельства: с одной стороны, охрану в отношении конкретной вещи, которая не была осуществлена, потому что она не смогла предотвратить дан-

³³ См.: P. ZANNINI, *Spunti critici per una storia del commodatum*, Milano (1983), pp. 70 ss; того же мнения по этому вопросу придерживались F. PASTORI, *Rc. Iura* 34 (1983), pp. 238–239; W. LITEWSKI, *Rc. a Tafaro, Regula, ZSS.* 108 (1988), p. 870; аналогично MAYER-MALY, *ZSS.* 105 (1985), p. 662, который критикует другие моменты, говорит здесь о *Wahrscheinlichkeiten* (вероятностях).

³⁴ A. METRO *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano (1966), pp. 8–13.

³⁵ «Предмет договора ссуды». — *Прим. пер.*

³⁶ См.: R. ROBAYE, *L'obligation de garde cit.*, выводы pp. 413 ss; P. VOCI, '*Diligentia*' cit., pp. 62–86.

ного события; с другой стороны, *praestare* как обязанность должника по гарантии, признаваемую за ним по этой последней причине. Намек на верность такого хода рассуждения, засвидетельствованного, например, в отношении *culpam praestare* (см. *sententiae* Р. Мучий, *D.* 24.3.66 pr. и Q. Мучий, *D.* 13.6.5.3)³⁷, можно найти в обороте *custodia praestari*, встречающемся в ‘*an... custodia praestetur*’ (Ulp., *D.* 13.6.5.6), где *dubium veterum* (сомнение юристов прошлого) приводится в связи со ссудой рабов.

Теперь рассмотрим негативное событие, которого необходимо избежать. Если встать на позицию понимания охраны как мер, нацеленных на предотвращение *внешних* факторов, которые делают невозможным возврат ссуженной вещи (охрана-защита), то природа вещи не должна обуславливать признание обязательства *custodiam praestare*. Ссудополучатель лошади, равно как и раба, должен охранять и защищать одолженную вещь от внешних факторов, которые могут ее уничтожить или ухудшить³⁸.

Если, напротив, мы придерживаемся другого понимания, где охрана подразумевает надзор против *внутренних* факторов охраняемой вещи (как, например, предрасположенность вещи к побегу), тогда основания для *dubium veterum* становятся ясны: раб обладает тем же свойством естественной движимости, что и лошадь, но также располагает интеллектом. Именно способность к разуму позволяет использовать раба для выполнения задач, требующих автономии суждения и свободы действия.

Наконец, если принять во внимание сложную систему контроля рабовладельца, состоящую как из наказаний, так и из поощрений, с помощью которой *dominus* создает очень сильные узы верности и послушания между собой и рабом, то становится без труда понятным, почему коммодатарий раба не должен брать на себя риск бегства, в отличие от ссудополучателя лошади³⁹.

Этим объясняется последующее развитие правила, согласно которому только ссуда *servi vincti*, т.е. рабов в кандалах (что свидетельствует не о потенциальном бегстве, а о предрасположенности к побегу), влекла за собой обязательство *custodiam praestare*, как это обычно происходило при ссуде лошади.

Первоначальная сфера действия обязательства *custodiam praestare* в консультациях (*responsa*) республиканских юристов сильно ограничена: оно применяется только к ссуде особо ценных вещей (*res pretiosiores*) домовладыки (лошади, жеребята и иногда рабы) и выражает тот факт, что ссудополучатель несет ответственность за убытки, возникшие в результате побега ссуженной вещи.

³⁷ Публий Мучий: ‘...quia Gracchi culpa ea seditio facta esset, Licinniae praestari oportere’ («...поскольку этот мятеж произошел по вине Гракха, он должен нести ответственность перед Лицинией»; *D.* 24.3.66 pr.); Квинт Мучий: ‘*culpam praestandam...*’ (*D.* 13.6.5.6).

³⁸ F. PASTORI, *Il comodato in diritto romano*, Milano (1954), pp. 255–256 считает, однако, что *dubium veterum* связано с кражей, поскольку невозможно помыслить кражу раба, которая представляла бы собой грабеж, *rapina* (т.е. *vis*), или побег. Эта интерпретация не принимает во внимание источники, которые говорят о *subreptio servorum* (*D.* 47.2.36 pr., 2.3; 14.5–7; 83.2; *PS.* 2.31.12), и квалифицирует побег раба как *fur sui* (кража себя самого) (*D.* 47.2.61).

³⁹ M. KASER, *Die actio furti des Verkäufers*, в ZSS. 96 (1979), p. 110, говорит о ‘Gefahr’, который ‘in der Sklavenhaltung inbegriffen ist’ («риск, заложенный в рабовладении». — *Прим. пер.*).

Поэтому мы можем сделать вывод, что *custodiam praestare*, по мнению *veteres*, сильно отличается от *custodiam praestare* Лабеоны в том, что касается кражи движимых и неодушевленных вещей.

Историю развития понятия *praestare* от *veteres* до Лабеоны можно последовательно резюмировать так:

- a) Квинт Муций, который формулирует общее правило для *commodatum*, не говорит о *custodiam praestare*, но только о *culpam et diligentiam praestare* со стороны коммодатария (D. 13.6.5.3), если принять, что *custodiam praestare* являлось особым стандартом, относящимся только к определенному кругу ссуженных вещей и определенному событию (побег)⁴⁰;
- b) Алфен Вар не упоминает *custodiam praestare* в случае кражи проданных бревен (D. 18.6.15.1), и можно допустить, что в тот период *custodia* в техническом смысле еще не входила в круг обязанностей продавца, на которого Алфен возлагает риск (*periculum*) кражи, произошедшей до исполнения его основного обязательства по передаче владения (*possessionem tradere*), в силу того, что он является собственником (*dominus*) движимой вещи в момент кражи⁴¹.

Время, отделяющее республиканских юристов от Лабеоны, скрывает расширение первоначального значения *custodiam praestare*, обязательства, которое признается в отношении всех ссуженных вещей, а не только *res mobiles et mancipi* (как лошади или рабы *vincti*), и во всех случаях, когда данная в ссуду движимая вещь стала предметом кражи (*furtum*)⁴². Споры, экспансия содержания обязательства *custodiam*

⁴⁰ Нет необходимости думать об удалении *custodiam praestare* из этого источника, потому что хотя Квинт Муций, безусловно, знает о ней как об обязанности ссудополучателя, ее ограниченное значение делает излишним ее упоминание в контексте первой попытки кратко сформулировать содержание нормального *praestare* (*dolus et culpa*) ссудополучателя независимо от вещи, предоставленной в ссуду. Для С.А. CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit., pp. 156 ss существуют логические и текстуальные аргументы для вывода о том, что ‘Q. Mucio non poteva tacere della responsabilità per custodia’ (p. 164; «Квинт Муций не мог умолчать об ответственности за *custodia*». — Прим. пер.). Аргументация К.А. Каннаты, вытекающая из очень внимательного прочтения фрагмента Ульпиана, как мне кажется, подчеркивает несоответствия в рассуждениях Ульпиана, юриста эпохи Северов (см. также ниже подраздел «B» раздела 5), но затем он переносит эту же логику на времена Квинта Муция, к которому прямую и систематическую мотивировку по принципу *utilitas* (пользы), изложенному в § 2, нельзя приложить столь же уверенно. Для республиканского юриста наниматель отвечает, как правило, за свой умысел и вину, поэтому в таком контексте нет нужды упоминать также особый смысл, который слово «отвечать» (*répondre*) приобретает в случае бегства коня и связанных рабов (*vincti*) без вины ссудополучателя.

⁴¹ Об особом положении продавца по отношению к *custodiam praestare*, поскольку он является собственником подлежащей охране вещи — *dominus rei custodiendae*, см.: R. ROBAYE, *L’obligation de garde*, Bruxelles (1988), pp. 343 ss. См. также: *L’obbligazione di praestare* cit. pp. 298 ss., хотя есть основания для пересмотра этого варианта прочтения (см. критику М. TALAMANCA, *Considerazioni sul periculum rei venditae*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, VII [1996], pp. 217 ss.). В частности, я думаю, что существование правила *periculum venditoris ante traditionem* (возложение риска на продавца до передачи) не имело бы смысла, если бы имелось уточнение, что *rem perire* относится к утрате вещи в результате кражи. Именно причина утраты, произошедшей до исполнения обязательства продавца *possessionem tradere*, является определяющей для такого решения юриста.

⁴² Распространение обязательства на кражу необходимо, поскольку *custodiam praestare* применяется к неодушевленным объектам. Хотя это распространение, видимо, уже было признано в отношении лошадей, возможно, в силу трудностей, связанных с доказыванием, которые существовали при необходимости отличить кражу от бегства.

praestare на другие договорные отношения (от ссуды к найму, продаже и т.д.) и его приложение к другим негативным событиям (бегство, кража, *damnum iniuria datum*) очерчивают этапы развития *custodiam praestare*. Представляется, что только с этой точки зрения мы сможем правильно оценить имеющиеся источники.

Впоследствии *custodiam praestare* стало предметом догматического осмысления для самой римской *iurisprudentia*. Так, в ходе II века н.э., ввиду утраты понимания технического оборота, уходящего корнями в способ *respondere* «древних» юристов, Нераций, Юлиан, Марцелл и Гай попытались заново объяснить связь между деятельностью по охране (материальной *custodia*), к которой отсылает это слово, и особым эффектом *custodiam praestare* (технической *custodia*) (Ner., *D.* 19.1.31 *pr.*; Iul./Marc., *D.* 19.2.41; *D.* 50.16.9; Gai., *Inst.* 3.207; *D.* 19.2.40; *D.* 4.9.5 *pr.*—1)⁴³.

В этом движении идей Марцелл играет очень важную роль в ходе критики Юлиана (*D.* 19.2.41; *D.* 50.16.9), что позволяет расширить гипотезы, охватываемые *custodiam praestare*, через толкование деятельности по охране⁴⁴.

В моей монографии 1995 года я подробно осветил развитие мысли Гая от ‘*Institutiones*’ до ‘*ad edictum provinciale*’, его попытку синтезировать новое понятие. Продиктованная дидактическими соображениями⁴⁵ система Гая подготавливает почву для *regula* (правила) Ульпиана (*D.* 50.17.23 — см. ниже подраздел «В» раздела 5), по которому вся система договорной ответственности основана на дихотомии *dolus* и *culpa* и правиле *casus a nullo praestantur* («за случай никто не отвечает»).

4. Спор юристов I века до н.э. — I века н.э.

А) Квинт Муций Сцевола и правило *culpam praestare*

Историко-догматический вопрос, поставленный Квинтом Муцием Сцеволой, с учетом начавшегося во II веке до н.э. «созревания» технического значения глагола *praestare* по отношению к неисполнению осложняется состоянием источников, прямо цитирующих этого юриста. Тем не менее начать следует именно с этих источников (ведь они до нас дошли), чтобы впоследствии рассмотреть фундаментальный вопрос о фрагменте комментария Помпония «К Кв. Муцию» (*ad Q. Mucium*).

*‘Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam et, si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit’*⁴⁶ (Ulp., 28 *ad ed.*, *D.* 13.6.5.3).

⁴³ См. в особенности: С.А. CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità in diritto romano I*, Milano (1966), pp. 61 ss; Id., *Sul problema della responsabilità cit.*, (1996), pp. 28–30; 68–81; и А. METRO, *L’obbligazione di custodire cit.*, pp. 108 ss. METRO, *L’obbligazione di custodire cit.*, pp. 108 ss.

⁴⁴ См.: С.А. CANNATA, *Sul problema della responsabilità cit.*, (1996), pp. 73 ss.

⁴⁵ См.: R. CARDILLI, *L’obbligazione di praestare cit.*, pp. 486 ss.

⁴⁶ «Ссуда же, как правило, влечет выгоду только для того, кому ссужают, и поэтому вполне правильно мнение Квинта Муция, который считает, что следует отвечать как за вину, так и за осмотрительность, и если, например, в ссуду дана оцененная вещь, то должен отвечать за весь риск тот, кто взял на себя обязательство возместить оценку».

От Ульпиана мы знаем, что существует *sententia Q.i Mucii* по вопросу ссуды, согласно которой нормальным объектом обязательства *praestare* коммодатария является *culpa et diligentia*, тогда как *omne periculum* (весь риск) имеет место только для *res commodata* (ссуженной вещи) и *aestimata* (вещи, подвергнутой оценке)⁴⁷.

Это утверждение четко вписывается в существующую историко-лексическую картину (П. Муций в случае с *dos Licinnia* (*D. 24.3.66 pr.*) и Квинт Муций Сцевола (Сис., *de orat.*, I.24.113) используют слово *culpa* в связи с *praestare*; Квинт Муций сам дает очень важное определение *culpa* для *lex Aquilia* (Paul., 1.10 *ad Sab.*, *D. 9.2.31*). Это утверждение, кажется, подтверждается для ссуды другими источниками, содержащимися в работе Помпония *ad Q.Mucium* (Pomp., 1.21 *ad Q.Muc.*, *D. 13.6.23*; Pomp., 1.38 *ad Q.Muc.*, *D. 47.2.77 pr.*). На мой взгляд, отрицать значение свидетельства Ульпиана — значит упускать из виду историко-догматическую проблематику, поднятую источником⁴⁸.

Если мы более внимательно рассмотрим значение, которое здесь придается *culpa*, то становится невозможным игнорировать *ex lege Aquilia teneri*, где, согласно Павлу, Квинт Муций пишет: ‘...*culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari possit*’ («...вина же состоит в том, что тогда, когда это мог бы предусмотреть осмотрительный, предусмотрено не было, и не было сделано предупреждения, когда можно было избежать опасности») (*D. 9.2.31*)⁴⁹. Приняв во внимание это, а также то особое значение, которое приобретает *culpa Gracchi* в *sententia* П. Муция (*D. 24.3.66 pr.*), мы сможем понять новаторское значение *culpa* Квинта Муция. Речь идет уже не только о прямом действии, которое привело к невозможности реституции, как при *factum/culpa promissoris* у *veteres* в случае *perpetuatio obligationis dare oportere* (увековечения обязательства дать) (*D. 45.1.91.3*), или при *frangere*, описывающем действия, которые нужно предпринять в случае неисполнения реституционного обязательства в контрактах из *de agricultura* Катона (*locatio oleae legendae* (подряд на сбор маслин), *C. 144.5*: ‘*Scalae ita uti datae erunt, ita reddito, nisi quae vetustate fractae erunt*’ («Пусть будут возвращены лестницы такими, какими они были даны, если только они не сломались от ветхости»)⁵⁰, или при вменении по факту незлоумышленного (добросовестного) поведения, которое — хотя бы и косвенно — привело к гибели задолженной вещи, как в *responsum* П. Муция в вопросе о приданом, *dos* (*D. 24.3.66 pr.*).

Culpa у Квинта Муция приобретает еще одно значение, очень важное для последующей истории права, которое определяется через модель осмотрительного лица, *diligens*: если неисправный должник не проявил усердия заботливого человека, он виноват.

⁴⁷ Об этом источнике см.: С.А. CANNATA, *Sul problema dellaresponsabilità* cit., (1996), pp. 156 ss; более старую библиографию см.: *L'obbligazione di praestare* cit., pp. 189 ss.

⁴⁸ В этом ключе недавно: L. PARICIO SERRANO, *La responsabilidad en el comodato romano*, в *Estudios Iglesias* I, (1988), p. 476 n. 42.

⁴⁹ Обрезчику деревьев (*putator*) вменяется то, что он не принял надлежащих мер предосторожности, чтобы предотвратить падение ветвей на прохожих, или то, что он не смог избежать *periculum* другим способом и не указал на опасность третьим лицам. В этой связи см.: S. SCHIPANI, *La responsabilit  ex lege Aquilia. Criteri di imputazione e problema della culpa*, Torino (1969), p. 149; и недавно: G. VALDITARA, *Damnum iniuria datum*, в *Derecho romano de obligaciones. Homenaje Murga Gener* (1994), p. 860.

⁵⁰ См.: R. CARDILLI, *L'obbligazione di praestare* cit., pp. 73–75.

Квинт Муций стал сподвижником этого нового и важного семантического сдвига. Обусловлен он был в этом отношении влиянием этической системы стоицизма, где модели *diligens*, *σπουδαῖος*, *vir bonus* суть выражения, обозначающие *bene agere* (действовать правильно), и где похвала или порицание зависят от соответствия собственного поведения этим моделям⁵¹.

Давайте теперь обратимся к вопросу, поднятому комментариями Помпония *ad Q. Mucium*. Действительно, отсутствие со времен Ди Марцо⁵² монографии, полностью посвященной этому произведению, делает тему более сложной и менее определенной. Беглое прочтение существующих фрагментов дает основание сосредоточиться на трех отрывках Дигест: первый — о соотношении *tutela* и *pro tutela*, второй — о *negotiorum gestio* и последний — о купле-продаже.

В 1995 году по содержательным причинам я отнес к мысли Квинта Муция следующие выражения: ‘*Qui pro tutore negotia gerit, eandem fidem et diligentiam praestat, quam tutor praestaret*’ («Тот, кто ведет дела за опекуна, должен обеспечить такую же верность и осмотрительность, какую обеспечивает опекун») (*D. 27.5.4*); ‘*Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debes*’ («Если ты ведешь дела отсутствующего и неосведомленного лица, ты должен отвечать и за вину, и за умысел») (*D. 3.5.10*) и ‘*Cum moram emptor adhibere coepit, iam non culpam, sed dolum malum tantum praestandum a venditore*’ («Когда покупатель впал в просрочку, то продавец должен уже отвечать не за вину, но лишь за злой умысел») (*D. 18.6.18*). Осознавая риски, а также возможные и даже вероятные упрощения, связанные с таким решением, я тем не менее принял его, потому что это было необходимо, чтобы открыть дискуссию и обогатить наши знания по этому вопросу.

В первом случае (*D. 27.5.4*)⁵³ вопрос связан с историей эдикта претора и, в частности, с развитием на протяжении I–II веков н.э. типового иска *actio pro tutore*, постепенно вытесняющего из практики *actio negotiorum gestorum*⁵⁴. Уподобление, которое предлагается во фрагменте, свидетельствует именно о том, что юрисдикционная защита не привела к унификации обязательства лица, ведущего дела подопечного вместо опекуна, квазиопекуна (*pro tutor*). Это уподобление восходит к периоду до Помпония и является плодом того времени, когда эдикт защищал такую ситуацию только посредством *actio negotiorum gestorum*. Следовательно, возможно, что ответ, данный в комментарии *ad Q. Mucium*, принадлежит самому Квинту Муцию Сцеволе.

Юрист, написавший фразу ‘*Qui pro tutore negotia gerit, eandem fidem et diligentiam praestat, quam tutor praestaret*’, хотел унифицировать содержание *praestare* гестора-квазиопеку-

⁵¹ См., напр.: Chrys, *Stoicorum veterum fragmenta* (von ARNIM), III.43; III.96; III.97a; III.97; III.587.

⁵² *Saggi critici sui libri di Pomponio ‘ad Quintum Mucium’*, Palermo I–II (1899) [= первый том был переиздан в *Labeo* 7 (1961), pp. 218–246; pp. 352–383]; см. уже Fr. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar (1961), p. 254 n. 2, который хотел бы видеть новую работу по этому вопросу.

⁵³ См. авторов, цитируемых в *L’obbligazione di praestare cit.*, pp. 203 ss, и n. 35.

⁵⁴ *Actio negotiorum gestorum* против квазиопекуна, *pro tutor*, вероятно, претерпела некоторую адаптацию, даже если это необязательно *fictione ‘si tutor fuisset’* (фикция «если бы он был опекуном»), которую предполагал Отто Ленель, см.: O. LENEL, EP3, pp. 310–311; см.: H. H. SEILER, *Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht*, Köln — Graz (1968), pp. 259–260; M. KASER, *Das Römische Privatrecht cit.*, I, p. 367 n. 51, II, p. 233.

на (*gestor - pro tutor*) и опекуна (*tutor*) в соответствии с двумя ситуациями, которые хотя и похожи с точки зрения ведения дел (*negotia*) подопечного (*pupillus*), но очень отличаются с точки зрения юрисдикционной защиты в силу того, что *iudicium tutelae* (иск об опеке) между *pupillus* и *tutor* влечет *infamia*, в отличие от *iudicium negotiorum gestorum* между *pupillus* и *pro tutor*. Именно это усилие по уподоблению одной ситуации другой, которое продолжалось без изменения эдикта, но через творческое толкование, *interpretatio*, выражено в рассмотренном фрагменте⁵⁵. Более того, если принять во внимание, что по иску об опеке опекун отвечал за все действия, противоречащие его *officium*, основанному на *fides*, необходимо уточнить значение *fidem praestare* в *iudicium bonae fidei*, например в *iudicium negotiorum gestorum*, которое, очевидно, не могло быть основано на потестативной *fides* между *gestor* и *absens*⁵⁶.

В *iudicium tutelae* именно несоответствие стандарту *fides* влечет инфамирующие последствия. Поэтому можно представить, что, когда Квинт Муций распространяет обязанность опекуна *fidem et diligentiam praestare* на квазиопекуна (*gestor-pro tutore*), он намеревается именно перераспределить инфамирующие последствия, которые могут возникнуть в результате неисполнения, между лицом, ведущим дела подопечного *de facto* (даже если юридически он не является его опекуном), и настоящим опекуном. Это подтверждается выбором, сделанным юристом в позитивном определении содержания *praestare* через термины, которые приобретают точное значение, если сравнить их с *dolum et culpam praestare* у *negotiorum gestor* в соответствии с правилом, которое уже действовало во время Лабеона.

Во втором случае (*D. 3.5.10*)⁵⁷ сам источник говорит, что существует более древнее правило (*dolum et culpam praestare*), от которого можно отступать в отдельных случаях (о *casum praestare* Прокула см. подраздел «D» раздела 4). Если мы сравним этот текст с *D. 3.5.3.9*, где Лабеон говорит, что '*interdum*' *gestor* отвечает только за свой умысел, '*si <gestor> affectione coactus*', мы можем с определенной уверенностью заключить, что *dolum et culpam praestare* у гестора появляется до Лабеона. Помпоний, таким образом, исходит из правила, содержащегося в *XVIII libri iuris civilis* Квинта Муция по этому вопросу, чтобы напомнить о главном исключении, относящемся к нему.

В третьем случае (*D. 18.6.18*), затрагивающем просрочку кредитора (*mora accipiendi*) на стороне покупателя, как сам вопрос (уже бывший предмет споров в *iurisprudencia* III–II веков до н.э.: *Cat. de agri cult.* 148,6; а также Sextus Aelius и Drusus: *D. 19.1.38.1*), так и расширение гипотезы у Лабеона позволяют предположить, что первоначальное правило — возможно, кратко сформулированное Помпонием (*Illud sciendum est...*)⁵⁸ — уже присутствовало в работе Квинта Муция. Это правило необходимо подразумевает, что без *mora accipiendi* со стороны покупателя продавец несет ответственность за *dolus et culpa*.

Это открывает, на мой взгляд, важную перспективу в отношении роли и сферы применения *culpam praestare* у Квинта Муция Сцевола, что показывает, в какой степени

⁵⁵ Об обязанности *tutor* по *fidem praestare* свидетельствует Cic, top, 10,42.

⁵⁶ См.: L. LOMBARDI, *Dalla 'fides' alla 'bona fides'*, Milano (1961), p. 83, 179.

⁵⁷ Обсуждение вопросов, поднятых в этом фрагменте, см.: *L'obbligazione di praestare cit.*, pp. 213 ss.

⁵⁸ Например, S. DI MARZO, *Saggi critici cit.*, II, p. 109.

оно пронизывает различные обязательственные отношения и находит в них применение. Неслучайно, что это применение засвидетельствовано главным образом в обязательствах, защищенных *iudicia bonae fidei* (по крайней мере, в трех из четырех)⁵⁹, поскольку именно в *fides bona* новый смысл, приписываемый Квинтом Муцием *culpa*, созревший в толковании *iniuria* по *lex Aquilia*, нашел благодатную почву для роста.

В) Сервий Сульпиций Руф и его *auditores*: допущение возможности *vim praestare* у должника

Возможность считать уже признанной для определенных обязательственных отношений обязанность по *dolum et culpam praestare* со времен Квинта Муция позволяет по-новому взглянуть на вклад Сервия и Лабейона.

Здесь не место возвращаться к строго экзегетическим вопросам, которые уже рассматривались в моей монографии 1995 года, — сейчас я хотел бы больше развить догматическую сторону.

Несомненно, Сервий и его слушатели (*auditores*)⁶⁰ защищали решения, касающиеся неисполнения обязательства в парадигме *culpa*, либо как упрек за поведение, которое на практике могло быть иным (*culpam praestare* залогодателя; *D. 13.7.30*), либо как отход от модели человека, разумного и осмотрительного (*frugi et diligens*) в вопросах купли-продажи (*D. 18.6.12*; см. также о *dos D. 24.3.66 pr.*).

Вариант, который ярко проявляется в *responsa* Сервия Сульпиция Руфа и его *auditores*, заключается, однако, именно в существовании решений, которые используют критерии, отличные от *culpa*. Такой подход ведет к признанию обязанности *praestare* у должника даже в случаях непреодолимой силы (*vis maior*), тем самым исключая возможность вести речь о *culpa praecedens* или расширении ответственности *ex pacto*.

В *D. 19.2.15.2 = PSI. 1449 verso*⁶¹ мы можем распознать *vim praestare* в содержании *oportere ex fide bona* наймодателя (*locator*) сельскохозяйственной земли, поскольку

⁵⁹ Между авторами нет согласия относительно того, была ли формула *actio commodati* в то время исключительно *in factum* или также *in ius concepta*; см. по этому вопросу: P. ZANNINI, *Spunti critici* cit., pp. 70 ss; ID, *Responsabilità per furto e tutela del deposito e del comodato in età repubblicana*, в *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano* (Milano 7–9 aprile 1987), Milano (1990), II, pp. 173 ss.

⁶⁰ Словом *auditor* обозначался молодой человек, посещающий в качестве слушателя консультации состоявшего юриста, чтобы научиться таким образом тонкостям его профессии. — *Прим. пер.*

⁶¹ ‘Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori <hoc nomine> aliquid praestare debeat videamus. <et refert [Pomponius?]> Serviu[s]<m> omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere [ait] <existimasse>, ut puta fluminum graculorum sturnorum et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat: si qua tamen vitia ex ipsa re orientur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur. sed et si uredo fructum oleae corruperit aut solis fervore non adueto id acciderit, damnum domini futurum: si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. sed et si ager terrae motu ita corruperit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductori ut frui possit’ («Посмотрим, должен ли арендодатель нести перед арендатором какую-либо ответственность, если разрушительное воздействие окажет сила стихии. И Помпоний передает, что Сервий говорит,

до сбора урожая (*perceptio*) нанимателем (*conductor*) обязанность по обеспечению продуктивного использования (*frui praestare*) первого не считается исполненной. Эта концепция пользования сельскохозяйственной землей, так сильно сосредоточенная на естественной продуктивности вещи, подтверждается как фрагментом Alf. D. 40.7.14 *pr.*, где Алфен Вар рассуждает об арендной плате (*merces*), выплачиваемой *pro fructu fundi* (за плоды участка), так и тем же L.15.2 *in fine*, где говорится об ‘*oportere agrum praestari conductori ut frui possit*’ («обязательстве обеспечить арендатору поле, чтобы он мог извлекать плоды»), и, наконец, толкованием *антексесора* Стефана, который использует глагол *καρπίζω*: ‘*δός μοι τὸν ἄγρὸν, ἵνα αὐτὸν καρπώσωμαι*’ («даешь мне участок, чтобы я его использовал»); sc. Ἐμιστωσάμην ἄγρὸν — πᾶσαν βίαν B. 20.1.15. Она уходит своими корнями в «отношения принадлежности» между наймодателем, называемым *dominus*, и плодами, которые еще не собраны (*percepti*) арендатором-колоном (*colonus*) (в самой старой версии использованием терминов «собственник» (*dominus*) и «колон» (*colonus*)⁶² подчеркивается именно социально-экономический статус сторон, в самой последней версии акцент делается на договорных позициях и используются термины *locator* и *conductor*). Такое понимание *praestare* со стороны наймодателя-*dominus*, которое не позволяет ему освободиться при наступлении обстоятельства непреодолимой силы, даже когда это не было предусмотрено никаким прямо согласованным *pactum* и даже если доказана *culpa praecedens*, совершенно несовместимо с *regula*, которую компиляторы Дигест позднее утверждают в качестве нормы древнего права (*ius antiquum*): *casus a nullo praestantur* (D. 50.17.23).

Та же логика, на мой взгляд, видна и в других источниках, например в случае найма неплодоносящих вещей. Если наймодатель не может обеспечить (гарантировать) пользование имуществом из-за проведения необходимых ремонтных работ, он обязан возместить нанимателю всю сумму или часть арендных платежей (*merces*); см. в отношении найма инсулы D. 19.2.30.2-35 *pr.*; 27 *pr.*⁶³.

что собственник должен отвечать перед колоном за действие любой силы, которой невозможно сопротивляться, как, например, нашествию рек, галок, скворцов, или если произойдет что-либо подобное, или если будет вражеское вторжение; однако если какие-либо пороки происходят из самой вещи, этот ущерб относится к арендатору, например если скиснет вино или посеvy подточили черви или сорняки. Но и в том случае, если произошел оползень и унес все плоды, ущерб не относится к арендатору, чтобы сверх ущерба, вызванного утратой посевного зерна, его не следовало принуждать вносить плату за поле. Но и если ржа нападет на плоды олив или это произойдет из-за непривычного жара солнца, ущерб ляжет на собственника; если же не произойдет ничего необычного, то ущерб относится к арендатору. То же самое надо будет сказать, если наступающее войско, мародерствуя, унесет что-либо. Но и в том случае, если поле будет так испорчено землетрясением, что окажется уничтожено, ущерб ложится на собственника: ведь он должен обеспечить арендатору, чтобы он мог эксплуатировать поле»). См.: С.А. CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit., (1996), pp. 87–88; интерпретация ответа Сервия как *iusta causa excusationis* была, однако, повторно предложена DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel diritto romano dalle origini a tutta l'età postclassica*, Bari (1994), pp. 35–36 и nn. 25–26. По этому вопросу см. также: R. CARDILLI, *L'obbligazione di praestare* cit., pp. 241 ss.

⁶² «Прикрепленный» к сельскохозяйственному земельному участку долгосрочный арендатор. — *Прим. пер.*

⁶³ См.: С.А. CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit., (1996), pp. 89–91. По мнению этого автора, хотя санкции, которые претерпевает арендатор в связи с неиспользованием арендованной вещи, различаются в зависимости от причины неисполнения (если оно было неизбежным, компенсация ограничивается стоимостью арендной платы, канона; если это произошло по его умыслу или вине, то подлежит возмещению полная сумма ущерба), «постановка темы всегда односторонняя, а именно с позиции определения обязательства арендодателя» (p. 91).

Конечно, я не имею в виду, что неисполнение вследствие обстоятельства *непреодолимой силы* или *случая* имеет тот же эффект, что и *culpa*. Это лишь означает, что, по мнению юриста, эти два вопроса могут найти единое решение в допустимом содержании обязательства *praestare*, за рамками современного деления на *Haftung* (*ответственность*) и *Gefahr* (*риск*), которым мы обязаны пандектистам⁶⁴ и которое, по существу, основано на *regulae* о *dolum et culpam praestare* и *casus a nullo praestantur*. Но если мы будем использовать это последнее деление как эвристическую категорию в *responsa* этого периода (т.е. в то время, когда принцип еще не был правилом), это может помешать нам понять ту концепцию, которую излагает римский юрист⁶⁵.

Мне кажется, что это явно следует — помимо уже упомянутых фрагментов — из текста, который я не рассматривал в своей работе 1995 года:

*'Aedilis in municipio balneas conduxerat, ut eo anno municipes gratis lavarentur: post tres menses incendio facto respondit posse agi cum balneatore ex conducto, ut pro portione temporis, quo lavationem non praestitisset, pecuniae contributio fieret'*⁶⁶ (Alf. l. 3 dig. a Paulo epit. (D. 19.2.30.1)).

Невыполнение арендодателем-*balneator* обязанности по *lavationem praestare* (предоставлению мытья) в силу случившегося пожара не делает его менее обязанным возместить арендатору-*aedilis* сумму платежей (*merces*) пропорционально тому времени, в течение которого он не обеспечивал возможность пользования банями (*balneae*)⁶⁷.

Социально-экономическая акцентуация содержания обязательства арендодателя и статуса собственника по отношению к *res locata*, которой он должен гарантировать возможность пользоваться или эксплуатировать вещь (*uti* или *frui*), сыграли важную роль в расширении содержания *praestare* за пределы *culpa*.

Возможно также, что знаменитое различие между *genera rerum locatarum* (типами найма) (Serv.-Alf., D. 19.2.31) было сформулировано для того, чтобы распростра-

⁶⁴ См.: Fr. MOMMSEN, *Die Unmöglichkeit der Leistung, in Beiträge zur Obligationenrecht*, Braunschweig (1853), pp. 245 ss; по этому вопросу см. также: Chr. WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie*, Cologne (1853), pp. 245 ss. — Wien (1970), pp. 118 ss.

⁶⁵ Такого рода рассмотрение, а также менее синтетическое исследование закалки пандектистской школы см.: *L'obbligazione di praestare* cit., pp. 19 ss.

⁶⁶ «Эдил арендовал в муниципии бани, чтобы муниципалы могли в этом году мыться бесплатно; спустя три месяца произошел пожар; ответил, что можно судиться с хозяином бань на основании аренды, чтобы он произвел денежное возмещение соразмерно тому времени, в течение которого он не обеспечивал мытья».

⁶⁷ Этот отрывок (который не является предметом интерполяционистской критики, см. *Index Interpolationum*) часто интерпретируется через понятие *remissio mercedis* (см., напр.: A. WATSON, *The Law of Obligations*, Oxford [1965, rist. Aalen 1984], p. 115; H. ANKUM, *Remissio mercedis*, в RIDA 19 [1972], p. 221; P.W. DE NEEVE, *Remissio mercedis*, в ZSS. 100 [1983], p. 306), тогда как денежное возмещение (*contributio pecuniae*) арендодателя, соразмерное тому времени, в течение которого вещь нельзя было пользоваться, обусловлено неисполнением обязанности обеспечить мытье (*lavationem praestare*); см.: L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ai margini della proprietà fondiaria*, Roma (19952), pp. 158–159. О муниципальных магистратах, которые предоставляли «бани» бесплатно, см.: CIL. 1, 1903.5: MUNICIPIBUS... LAVATIONEM IN PERPETUUM DE SUA PECUNIA DANT; CIL. 5, 6522: LAVATIONEM GRATUITAM.

нить обязанность морского перевозчика (*nauta*) по *praestare* в отношении *res locata in creditum ita* (поклажи с обезличиванием) на обстоятельства непреодолимой силы. *Nauta* был обязан не только перевезти товар из одного места в другое и предъявить его, но и передать в порту прибытия *tantundem* (столько же) заказчику (*locator*). Из этого следует, что морской перевозчик всегда нес ответственность за гибель груза в плавании, даже случайную⁶⁸.

В дополнение к логике «должник как собственник» Сервий и его *auditores* используют и другие критерии, отличные от *culpa*: например, вменение колону рисков (*pericula*), подразумеваемых и естественно включенных либо в обязанность по *colere*, т.е. в сельскохозяйственную деятельность, которой колон обязался заниматься *ex contractu* (*vitia quae ex ipsa re oriuntur*⁶⁹, которые с точки зрения *D. 19.2.15.2* составляют предел *praestare* арендодателя), либо в организацию людей и вещей (*domus colonica*, который мы должны понимать здесь в смысле производственного *oikos*, *домовладения*), которые он использует для обработки арендованной земли (*D. 19.2.30.4*)⁷⁰.

Распространение *praestare* на *vis maior* также может быть следствием стремления ужесточить санкции за поведение должника, противоречащее договорной логике, которое оценивается очень строго. Речь идет о кредиторе-залодержателе, который *sua auctoritate* (своей властью) держит на берегу реки вещь, являющаяся предметом *pignus*, против воли должника⁷¹. В этой ситуации поведение кредитора будет наказуемо: в любом случае именно он несет риск (*periculum*) воз-

⁶⁸ О тонкостях толкования и о сомнениях, которые все еще окружают источник, см.: *L'obbligazione di praestare cit.*, pp. 269–276.

⁶⁹ «Пороки, происходящие из самой вещи». — *Прим. пер.*

⁷⁰ ‘Colonus villam hac lege acceperat, ‘ut incorruptam redderet praeter vim et vetustatem’: coloni servus villam incendit non fortuito casu. non videri eam vim exceptam respondit nec id pactum esse, ut, si aliquis domesticus eam incendisset, ne praestaret, sed extrariam vim utrosque excipere voluisse’ («Колон взял в аренду виллу с тем условием, что он вернет ее невредимой, за исключением действия непреодолимой силы и естественного износа; раб колона поджег виллу и не вследствие несчастного случая. Ответил, что действие этой силы не считается исключенным и соглашение состояло не в том, что если кто-либо из домашних подожжет виллу, то он не нес бы ответственности, но воля обеих сторон была направлена на действие внешней силы»). Вопрос, поставленный в *lex contractus*, приводит юриста к интерпретации, которая склонна подчеркивать значение *vis* в смысле непреодолимой и внешней силы по отношению к организации людей и вещей в *domus colonica* как производственной единице (об этом значении *domus* см.: R. SALLER, *Familia, domus and the Roman conception of the family*, в *Phoenix* 38 [1984], pp. 336 ss; ID, *La schiavitù e la famiglia romana*, в *La schiavitù nel mondo antico*, a cura di M. FINLEY [1990], в частности, pp. 98–99), но в то же время он считает, что это соответствует *voluntas* обеих сторон, но скорее в силу *pacisci* (мирового соглашения), чем *legem dicere* (дополнительного условия).

⁷¹ Вопрос толкования возникает в связи с отношением между выражением *sua auctoritate* и различием, проводимым в *responsum* между *invito ratiario* и *debitor sua voluntate*. Интерполяционистская гипотеза, согласно которой этот последний вариант был вставлен компиляторами, поскольку он несовместим с *sua auctoritate* (в этом ключе см.: G. BESELER, *Romanistische Studien*, Т. 8. [1928, p. 287), может быть отвергнута, если мы интерпретируем вступление кредитора во владение как односторонний акт, лишенный *auctoritas* магистрата; P. FREZZA, *I formulari catoniani e le forme della protezione del creditore pignoratizio*, в *St. Betti* II, p. 438; ID, *Le garanzie delle obbligazioni*, Padova (1963), pp. 241–243. О фрагменте см. также: W. KUNKEL, *Hypothesen zur Geschichte des römischen Pfandrechts*, в *ZSS*. 90 (1973), p. 154; A. BÜRGE, *Vertrag und personale Abhängigkeit im Rom der späten Republik und der frühen Kaiserzeit*, в *ZSS*. 97 (1980), p. 151. Более обширную библиографию см.: *L'obbligazione di praestare cit.*, pp. 304–307.

можной гибели вещи в результате *vis fluminis* (силы реки), что равносильно тому, что он должен *vim maiorem praestare* (отвечать за действие непреодолимой силы) (*D. 13.7.30*)⁷².

Есть также *responsa*, которые перераспределяют понесенный ущерб «в соответствии с доброй совестью». Например, в случае с *labes facta* (оползня), который уничтожил весь урожай. Это не считается случаем *vitia quae ex ipsa re oriuntur*, поскольку колон и так уже понес ущерб от потери семян (*D. 19.2.15.2*)⁷³. То же самое относится к признанию обязательства различных заказчиков *portionem damni praestare* (взять на себя долю ущерба) в случае *iactus mercium*⁷⁴ для спасения самого судна и остального груза (*D. 14.2.2 pr.*)⁷⁵.

С) Лабен: *dolum et culpam praestare* и вменение *periculum*

Лабен подтверждает правило *dolum et culpam praestare*, применяя его к продавцу («...*si modo sine culpa venditoris mortem <servi> obierit*»; *D. 19.1.13.22*), к ссудополучателю («...*unus ex his irruit in equum teque deiecit et 'eo casu' crura equi fracta sunt. Labeo negat tecum ullam actionem esse*»; *D. 9.2.57*), к нанимателю, *locator* («*neglegentia <servi> mulus tuus perit... non ultra me tibi praestaturum, quam dolum malum et culpam meam abesse...*»; *D. 19.2.60.7*), к наймодателю, *conductor* («*si culpa caret non teneri*»; *D. 19.2.13.1*; «*eum teneri si culpa eius id fecit aedilis*»; *D. 19.2.13.8*), и subsidiарно к *accipiens rei alienae*

⁷² «Qui ratiario crediderat, cum ad diem pecunia non solveretur, ratem in flumine sua auctoritate detinuit: postea flumen crevit et ratem abstulit. si invito ratiario retinisset, eius periculo ratem fuisse respondit: sed si debitor sua voluntate concessisset, ut retineret, culpam dumtaxat ei praestandam, non vim maiorem» («Тот, кто дал займы рыбаку, когда с наступлением срока деньги не были уплачены, своей властью захватил сети на реке; затем река разлилась и унесла сети. Ответил, что если он удерживал их вопреки воле рыбака, риск гибели сетей был на нем; но если должник по своей воле допустил, чтобы тот удерживал, то кредитор отвечает лишь за вину, но не за непреодолимую силу»).

⁷³ Юрист, похоже, не считает это случаем *vis*, поскольку рассматривает его как исключение из признания *vitia* («*sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur*» — *D. 19.2.15.2*, цит. выше, сн. 56). Приведя судье полезные примеры различия между *vis* и *vitia*, необходимо также выделить случай, в котором правило должно претерпеть определенные изменения из-за *fides bona*; в этом ключе см. М. TALAMANCA, *Pubblicazioni pervenute*, в *BIDR.* 92–93 (1989–1990), р. 883. Другие примеры случаев, когда Сервий брал на себя диалектическую задачу интеграции и совершенствования правила или определения, которое он сам установил, чтобы удовлетворить требования практики, см.: М. BRETONI, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Bari (1982), pp. 96–97.

⁷⁴ «Выбрасывание товара за борт корабля». — *Прим. пер.*

⁷⁵ «Si laborante nave iactus factus est, amissarum mercium domini, si merces vehendas locaverant, ex locato cum magistro navis agere debent: is deinde cum reliquis, quorum merces salvae sunt, ex conducto, ut detrimentum pro portione communicetur, agere potest. Servius quidem respondit ex locato agere cum magistro navis debere, ut ceterorum vectorum merces retineat, donec portionem damni praestent...» («Если во время плавания корабля груз пришлось выбросить за борт, собственники выброшенных товаров, если они заказали перевозку товаров, должны судиться с капитаном корабля на основании заказа; а затем он может судиться с остальными, чей товар остался невредимым, на основании подряда, чтобы потери распределились пропорционально. Сервий же дал ответ, что следует судиться с капитаном корабля на основании подряда, чтобы он удержал товар остальных пассажиров до тех пор, пока они не возместят долю ущерба»); R. CARDILLI, *L'obbligazione di praestare cit.*, pp. 265–269.

в случае так называемых непоименованных контрактов (*'teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes...'*; *D. 19.5.17.1*; *'...culpam eorum quibus custodiendum perferendumve dederis, praestare te oportere'*; *D. 19.5.20.2*)⁷⁶. Он признает, как мы уже видели в разделе 3 настоящей работы, обязательство *custodiam praestare* за *fullo* и *horrearius* в случае кражи арендованных вещей (*D. 19.2.60.2*; 60.9).

Однако он не сводит вопросы неисполнения к простому признанию *praestare*. Это, на мой взгляд, главное его новшество. В рамках унитарной модели *actione teneri* (как «ответственность» ~ «отвечать за» в смысле подчинения действиям контрагента в случае вменяемого неисполнения)⁷⁷ он проводит различие между *praestare*, которое имеет единственным и возможным содержанием *dolus*, *culpa* или *custodia*, и критериями вменения, которые не могут быть сведены к этим понятиям.

В частности, должник все равно будет отвечать по иску кредитора, но этот иск не будет основан на его обязанности по *praestare*. Например, когда исполнение обязательства предполагает обращение к сложной организации людей и вещей (строительство акведуков, перевозка товаров по морю и т.д.), акцент делается на возможном вменении рисков, *periculorum*, связанных с этой деятельностью и этой организацией, установление же вины должника оказывается излишним (*D. 19.2.62*⁷⁸; *D. 14.2.10 pr.*⁷⁹).

Так, когда правоотношение не может быть сведено ни к одному из известных поименованных договоров, именно по критерию договорной инициативы (*rogatio*), указывающей на преобладающий экономический интерес в заключении сделки, делается вывод о том, что инициатор договора, *rogans*, должен претерпевать негативные последствия от гибели вещи как подразумеваемый риск самого проявления инициативы (*D. 19.5.17.1*⁸⁰; ср. также *D. 13.6.5.14*).

⁷⁶ По вопросам толкования см.: *L'obbligazione di praestare* cit., pp. 327–331 (*D. 19.1.13.22*); pp. 316–319 (*D. 9.2.57*); pp. 359–362 (*D. 19.2.60.7*); pp. 353–357 (*D. 19.2.13.1*); pp. 357–359 (*D. 19.2.13.8*); pp. 357–359 (*D. 19.2.13.8*); pp. 377–382 (*D. 19.5.17.1*); pp. 388–393 (*D. 19.5.20.2*).

⁷⁷ G. PUGLIESE, *Actio e diritto subbietivo*, Milano (1939), pp. 294 ss.

⁷⁸ *'Si rivum quem faciendum conduxeras et feceras, antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est'* («Если канал, который ты подрядишься сделать и сделаешь, до принятия работы испортит обвал, риск несешь ты»). См.: *L'obbligazione di praestare* cit., pp. 337 ss; из недавнего С.А. CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit., (1996), p. 82 и п. 53, говорил о *rischio d'impresa*, который следует рассматривать как *'una responsabilità per colpa-imperizia ovvero per difetto dell'organizzazione imprenditoriale, misurata su quella ideale dell'imprenditore-modello'* («коммерческий (предпринимательский) риск, который следует рассматривать как ответственность за вину-неопытность или неудовлетворительную организацию коммерческой деятельности, оцениваемую в сравнении с модельным коммерсантом». — *Прим. пер.*). По вопросам связи между римским правом и современными кодексами см.: R. CARDILLI, *Un 'diritto comune' in materia di responsabilità contrattuale nel sistema giuridico romanista*, готовится к публикации в *Rivista Dir. Civile* (работа была опубликована в *Rivista di diritto civile*, 1998, 44(3), pp. 315–354. — *Прим. пер.*).

⁷⁹ *'Si vehenda mancipia conduxisti, pro eo mancipio, quod in nave mortuum est, vectura tibi non debetur'* («Если ты подрядился перевозить рабов, то за того раба, который умер на корабле, плата за перевозку тебе не полагается»). См.: *L'obbligazione di praestare* cit., pp. 347 ss.

⁸⁰ *'Si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius periculum est? et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum: si tu me, tuum: si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus, et dolum et culpam mihi praestes'* («Если я дам тебе подвергнутый оценке жемчуг, чтобы ты вернул мне либо

Если среди факторов, вызвавших неисполнение, не удастся обнаружить вину должника или *vis*, т.е. «непредвидимую внешнюю силу»⁸¹, то при условии существования причинной связи между поведением должника и событием⁸² все же считается возможным привлечь контрагента по иску из договора (*actioni teneri ex contractu*) (D. 19.2.57⁸³; 11.4⁸⁴).

его же, либо его цену, а затем он погиб до продажи, то к кому относится риск? И Лабееон говорит, что и Помпоний написал, что если это я попросил тебя стать продавцом, то риск на мне, если же ты меня — на тебе, если же никто из нас, но мы просто пришли к согласию, то ты отвечаешь лишь за то, чтобы обеспечить умысел и вину»).

Субсидиарность применения правила *dolum et culpam praestare* (нести ответственность за умысел и вину) к бремени *periculum* является существенной. Первое вступает в силу только в том случае, если *rogatio* (инициативу) одной из двух сторон нельзя было обнаружить, а вручение означенных *margarita aestimata* произошло в силу простого взаимного и сопутствующего соглашения сторон. О природе «атипичного» юридического акта: *datio ad inspiciendum* (например, R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, в *AUPA*. 37 [1983], pp. 119–120) или *aestimatum* (M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani tra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, в *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardorepubblicana*, Atti Copanello [1988], pp. 90–91; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, I, Torino [1992], pp. 201–202).

⁸¹ «Вопреки обыкновению», говорит Лабееон в D. 18.1.78.3 ('*contra consuetudinem*').

⁸² По вопросу причинности у Лабееона см.: D. NÖRR, *Kausalitätsprobleme im klassischen römischen Recht*, в *Festschr. Wieacker* (70. G.), pp. 132 ss; ID, *Causa mortis*, München (1986), pp. 44–45, pp. 162 ss.

⁸³ 'Qui domum habebat, aream iniunctam ei domui vicino proximo locaverat: is vicinus cum aedificaret in suo, terram in eam aream amplius quam fundamenta caementicia locatoris erant congestit, et ea terra adsiduis pluviis inundata, ita parieti eius qui locaverat umore praestituto madefacto, aedificia corruerunt. Labeo ex locato tantummodo actionem esse ait, quia non ipsa congestio, sed umor ex ea congestione postea damno fuerit, damni autem iniuriae actio ob ea ipsa sit, per quae, non extrinsecus alia causa oblata, damno quis adfectus est: hoc probo' («Тот, у кого был дом, сдавал ближайшему соседу в аренду прилегающую к дому площадь; когда этот сосед возводил постройку на своем участке, он навалил земли на этой площади выше уровня каменного фундамента арендодателя, и эта земля, размокшая от непрерывных дождей, так увлажнила накопленной влагой стены здания арендодателя, что оно рухнуло. Лабееон говорит, что возникает иск из аренды, так как не сама куча земли, но влага из этой кучи впоследствии причинила ущерб, тогда как иск о противоправном причинении ущерба предназначен против той самой вещи, что стала причиной понесенного кем-либо ущерба, а не против другой внешней причины; что одобряю»). См.: *L'obbligazione di praestare* cit., pp. 362–367.

⁸⁴ 'Inter conductorem et locatorem convenerat, ne in villa urbana faenum componeretur: composuit: deinde servus igne illato succendit. ait Labeo teneri conductorem ex locato, quia ipse causam praebuit inferendo contra conductionem' («Между арендатором и арендодателем состоялось соглашение, чтобы в городской усадьбе не сваливали сено, арендатор свалил; затем раб устроил пожар. Лабееон говорит, что арендатор отвечает по иску из договора аренды, так как он сам создал причину пожара, внося сено вопреки условиям договора»).

С точки зрения Каннаты (C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit., (1996), pp. 63–65), хотя 'L'esistenza del limite contrattuale introduce dunque un criterio d'imputazione diverso da quello dell'imperizia e della negligenza' («наличие установленного договором ограничения вводит критерий вменения, отличный от неопытности и небрежности»), речь идет 'pur sempre di un caso di responsabilità per colpa, perché il limite funziona come elemento per la costruzione del modello sul quale deve misurarsi la correttezza o la riprovevolezza del contegno della parte' («все же об ответственности за вину, поскольку ограничение функционирует как элемент для построения модели, по которой должна измеряться правильность или предосудительность поведения стороны»). Несомненно, в конкретном договорном отношении, о котором здесь идет речь, факт «наваливания сена» является противоправным поведением; однако, как мне кажется, из этого текста можно сделать вывод, что Лабееон не квалифицирует это противоправное поведение как *culpa*, но, напротив, ясна мотивировка в пользу *teneri conductorem ex locato: conductor* несет ответственность, поскольку тот, кто свалил сено вопреки тому, что было установлено договором, создал причину, *causa* ущерба ('quia ipse 'causam praebuit' inferendo contra conductionem').

С лексической точки зрения в этой логике также используются типичные выражения, такие как *periculum alicuius est*, *periculum ad aliquem spectat* и т.д.

Распространение обязательства по *praestare* за пределы умысла, вины и *custodia* возможно только при наличии соглашения между сторонами, как в случае с *vim aut tempestatem praestare* (отвечать за действие непреодолимой силы или непогоды) из *D. 18.1.78.3*⁸⁵.

Таким образом, Лабеон находится на развилке между утверждением правила и открытием альтернативной модели того же правила. С первой точки зрения сведение *praestare* к *dolus*, *culpa* и *custodia* закладывает основы классической модели, которая достигнет своей полной зрелости у сабинианцев.

Со второй точки зрения распределение договорных рисков в соответствии с критериями, игнорирующими *culpa*, несовместимо с правилом *D. 50.17.23*, где *praestare* не может охватывать *casus fortuitus*. Это более эластичная модель, более соответствующая новым экономическим реалиям, согласно которым больше нет необходимости в том, чтобы должник-несобственник не нес ответственности в случае обстоятельств непреодолимой силы, или *casus fortuitus*.

Учение Лабеона представляется особенным и, как мы только что увидели, обособленным от представлений всех других юристов. В дальнейшем по его пути следовали лишь ранние прокулианцы. Однако это не должно удивлять, поскольку такие сложные модели, объединяющие столь разнообразные правила и *rationes decidendi*, обычно встречают большое сопротивление на практике.

D) Первые прокулианцы

Очерченная до сих пор штрихами картина заставляет нас обратить внимание на редкие, но оттого не менее значимые свидетельства первых представителей школы Прокула по вопросу неисполнения обязательства. Здесь мне кажется особенно примечательным (и это не всегда принимается во внимание), что в отношении Прокула и Нервы имеющиеся у нас источники демонстрируют преемственность с моделью Лабеона.

Так, Нерва в *D. 12.1.11 pr.*⁸⁶ полностью согласен с правилом Лабеона о распределении рисков в соответствии с критерием *rogatio*. В случае *datio ad vendendum ut pretium*

⁸⁵ 'Frumenta quae in herbis erant cum vendidisses, dixisti te, si quid vi aut tempestate factum esset, praestaturum: ea frumenta nives corruperunt: si immoderatae fuerunt et contra consuetudinem tempestatis, agi teco ex empto poterit' («Когда ты продавал мне несжатый хлеб, ты заявил, что если что-либо произойдет под действием непреодолимой силы или непогоды, ты это возместишь, а хлеб погубил снегопад; если он был чрезмерным и пошел вопреки сезону, против тебя можно подавать иск из купли»). См.: *L'obbligazione di praestare cit.*, pp. 331 ss.

⁸⁶ 'Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem: ego cum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes et nummis uteris. si vendideris, puto mutuam pecuniam factam. quod si lancem vel massam sine tua culpa perdidideris prius quam venderes, utrum mihi an tibi perierit, quaestionis est. mihi videtur Nervae distinctio

utereris в сочетании с неудовлетворенным требованием *mutuum* из-за недостатка наличных средств гибель в силу *casus fortuitus* (*si lancem vel aurum sine tua culpa perdidideris*) вещей, которые кредитор держал не для продажи (*nec venales*), ложится на должника в соответствии с критерием договорной инициативы (*rogasti me*).

В *D. 3.5.10 (11)*⁸⁷ Прокул говорит нам, что необходимо иногда (*interdum*) признавать *casum praestare* за лицом, ведущим чужие дела: например, когда *gestor* заключил такие договоры, которые отсутствующий (*absens*) раньше не имел привычки заключать (*novum negotium quod non sit solitus absens facere*). Обесценивание этого свидетельства, вытекающее из его толкования в смысле *culpa praecedens*, обусловлено, на мой взгляд, моделью *D. 50.17.23*. Напротив, следует признать, что логика, лежащая в основе этого решения, строится на объективном критерии (зона возможных переговоров отсутствующего лица) и отражает концепцию, согласно которой обязательство по *praestare*, следующее за неисполнением обязательства и обычно включающее *culpa* (см. Proc., *D. 3.5.17*; *D. 18.1.18 pr.*), может быть без *factum* или *culpa praecedens* распространено на *casus fortuitus*.

С точки зрения терминологии решение также показывает, что Прокул не следует лабеоновскому различию между *praestare* и *periculum*, поскольку *praestare* снова становится — как это было в суждениях (*responsa*) долабеоновской юриспруденции — единым отсылочным понятием, к которому прибегают, чтобы оправдать *actione teneri* в случае неисполнения.

Если принять во внимание *regula*, усвоенную юстиниановскими компиляторами (*D. 50.17.23*; cfr. *D. 13.6.5.2–4*; *C. 4.24.6*), в которой весь классический материал был собран, взвешен и отфильтрован, то эти свидетельства и согласования не кажутся мне незначительными. Конечно, нужно извлечь из различных элементов и представляющих особенную историческую сложность текстов ту нить мысли, что выступает альтернативной моделью, которая проигрывает с точки зрения систе-

verissima existimantis multum interesse, venalem habui hanc lancem vel massam nec ne, ut, si venalem habui, mihi perierit, quemadmodum si alii dedissem vendendam: quod si non fui proposito hoc ut venderem, sed haec causa fuit vendendi, ut tu uteris, tibi eam perisse, et maxime si sine usuris credidi' («Ты попросил у меня денег взаймы; я же, поскольку их у меня не было, дал тебе чашу или золотой слиток, чтобы ты их продал и воспользовался деньгами. Если ты продашь, полагаю, что деньги стали займом. Если же ты утратишь чашу или слиток не по твоей вине до того, как продашь, то встает вопрос: мне или тебе в ущерб она погибла? Мне представляется вполне верным различие, которые провел Нерва, полагая, что велика разница, собирался ли я продавать эту чашу или слиток, чтобы, если собирался, ущерб бы относился ко мне так же, как если бы я дал ее другому на продажу, если же у меня не было намерения продавать, но причиной продажи было именно то, чтобы ты ею воспользовался, то ущерб относится к тебе, особенно если я дал тебе взаймы без процентов»). См.: R. CARDILLI, *Il periculum e le usurae nei giudizi di buona fede*, (testo dell'intervento al convegno 'Usura ieri e oggi' Foggia, Aprile 1995), Ercolano (1996), pp. 16–21.

⁸⁷

'Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debes. sed Proculus interdum etiam casum praestare debere <ait>, veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine eius geras: veluti venales novicios coemendo vel aliquam negotiationem ineundo' («Если ты ведешь дела отсутствующего при его неведении, ты должен обеспечить и вину, и умысел. Но Прокул [говорит], что порой следует обеспечить даже случай — например, если ты ведешь новое дело, которое для отсутствующего не было привычным, допустим, покупая оптом для перепродажи рабов-новичков или вступая в какую-нибудь коммерческую сделку»).

Е. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano*, Roma (1958), p. 215, относит текст к случаю «эпидемии, вызванной рабами-novicii (новичками)». Дальнейшую библиографию см.: *L'obbligazione di praestare cit.*, pp. 398 ss.

мы, в частности, для целей проекции на века, *in omne aevum*, понятий *dolus*, *culpa*, *diligentia*, *casus* и *regulae* (*culpam praestare* ~ *casus a nullo praestantur*). Я думаю, однако, что мы не должны недооценивать значение усилий по восстановлению разнящихся позиций и альтернативных логик римской *iurisprudentia*, по которым уместно открыть обсуждение ввиду обнаруживаемых нами исторических и догматических перспектив в рамках проистекающей из римской традиции правовой системы, которая теперь ставит под сомнение и выдвигает возможные альтернативы принципу вины.

5. *Regula* классического римского права

А) От Сабина до Цельса и Юлиана

Исторически доминирующей моделью в компиляции Юстиниана является модель Сабина. Линия развития, соответствующая по содержанию Ulp., *ad Sab.*, D. 50.17.23 и согласующаяся по существу⁸⁸ с Ulp., *ad ed.*, D. 13.6.5.2–4; C. 4.24.6; Mod. Coll. 10.2.1, свидетельствует о «созревании» *praestare*, построенном на дихотомии *dolus* — *culpa* и ограниченном поначалу непреодолимой силой (Сабин), а затем, за счет вклада Юлиана, обстоятельствами *casus fortuitus*.

«Идеология», лежащая в основе этого мощного течения идей, базируется на понятиях *natura*, *fides bona* и *aequitas*. *Natura*: потому что в соответствии с «естественным порядком вещей»⁸⁹ должник обязан прилагать усилия по исполнению, ограничиваемые непреодолимыми и внешними силами. *Fides bona* и *aequitas*: в той мере, в какой такая *vinculum iuris* (обязательство как правовая связь) соответствует доброй совести, и потому что доброй совести (*bona fides*) и справедливости (*aequitas*) соответствует предпочесть этот «естественный порядок» той модели, которая, напротив, вменяет должнику неисполнение, вызванное *casus fortuitus*. В таких случаях, когда неисполнение происходит по причине непреодолимой силы, или *casus fortuitus*, ответ на вопрос дает уже не *obligatio* и его содержание, а внешние по отношению к обязательству факторы, такие как право собственности на утраченную вещь.

Аналогичная позиция ограничивает возложение на должника ответственности за неисполнение случаями *возможного* исполнения, т.е. не предотвращенными непреодолимой силой (*terrae motus* — *vis naturalis* (D. 19.2.59⁹⁰); *mors hominis* — *interitus*

⁸⁸ О формальных различиях см.: F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande Compilazione. Alle scaturigini della moderna teoria della responsabilità contrattuale*, Bari (1983) I, pp. 33 ss; pp. 43 ss ('interventi di Giustiniano'); pp. 47–48 ('residui storici'); S. TAFARO, *Regula e ius antiquum in D. 50.17.23. Ricerche sulla responsabilità contrattuale*, Bari (1984), I, pp. 91 ss.

⁸⁹ См. об этом: W. WALDSTEIN, *Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen*, в ANRW. II.15 (1976), pp. 163–173.

⁹⁰ 'Marcius domum faciendam a Flacco conduxerat: deinde operis parte effecta terrae motu concussum erat aedificium. Massurius Sabinus si vi naturali, veluti terrae motu, hoc acciderit, Flacci esse periculum' («Марций взял у Флакка подряд на постройку дома; затем, когда часть работы была сделана, здание было разрушено землетрясением. Массурий Сабин решил, что, если это произошло вследствие действия природной силы, например в результате землетрясения, риск несет Флакк»). См.: *L'obbligazione di praestare cit.*, pp. 416 ss.

naturalis (D. 16.3.14.1⁹¹). За этим пределом⁹² *obligatio* больше не действует как *vinculum iuris* (правовая связь) и бремя ущерба должно быть возложено на собственника вещи, *dominus rei*.

Такая интерпретация, с концептуальной точки зрения соответствующая традиции, дает нам правило, которое является образцом синтеза (чем и должна быть *regula* в понимании Сабина; D. 50.17.1), а также очень просто может применяться судами. Начиная со II века н.э. оно неизбежно утверждается в праве как *communis opinio*. Юриспруденция все больше фокусируется на *понятиях*, т.е. существующих догмах, а не на применимых *правилах*, которые больше не подлежали обсуждению. В этом и заключается та разница, что лежит между юриспруденцией до Сабина и юриспруденцией III века н.э.

Нераций занят вопросами *custodia* (D. 19.1.31 *pr.*)⁹³, Цельс — *dolus, culpa latior, culpa imperitia, damnum fatale* (D. 16.3.32 *pr.*; D. 19.2.9.5; D. 17.2.52.3)⁹⁴, Юлиан — *casus fortuitus* (D. 16.3.1.35)⁹⁵ и *custodia* (D. 19.2.41; D. 50.16.9).

Впредь единственно возможным содержанием *praestare* считается «отвечать за *dolus, culpa, diligentia, custodia*», за исключением *casus fortuitus* (важное значение имеют фрагменты Цельса, D. 13.6.5.15: ‘...*et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere*’; D. 17.2.52.2–3: ‘...*dolum et culpam praestare... damna quae imprudentibus accidunt, hoc est damna fatalia, socii non cogentur praestare*’; и Юлиана, D. 16.3.1.35: ‘...*non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos*’).

Мы, таким образом, заложили основы *правила* D. 50.17.23.

⁹¹ ‘Sive autem cum ipso apud quem deposita est actum fuerit sive cum herede eius et sua natura res ante rem iudicatam interciderit, veluti si homo mortuus fuerit, Sabinus et Cassius absolvi debere eum cum quo actum est dixerunt, quia aequum esset naturalem interitum ad actorem pertinere, utique cum interitura esset ea res et si restituta esset actori’ («Если иск предъявлен к самому поклажепринимателю или к его наследнику и вещь по своей природе погибнет до вынесения судебного решения, например если раб умрет, Сабин и Кассий сказали, что ответчика следует оправдать, так как справедливо, чтобы естественная гибель относилась к истцу, особенно если бы вещь погибла, даже если бы она была возвращена истцу»). Согласно справедливости (*aequitas*) риск естественной гибели вещи (*interitus naturalis*) несет истец-*dominus*, поскольку она все равно погибла бы, если бы была передана ему в момент *litis contestatio*. О вопросах, поднимаемых фрагментом в отношении иска, см.: *L’obbligazione di praestare* cit., pp. 422 ss; и M. WIMMER, *Besitz und Haftung des Vindikationsbeklagten*, Köln — Weimar — Wien, (1995), pp. 60–61 n. 275.

⁹² То есть если вещь (объект обязательства) погибла в силу обстоятельства непреодолимой силы. — *Прим. пер.*

⁹³ ‘Si ea res, quam ex empto praestare debebam, vi mihi adempta fuerit: quamvis eam custodire debuerim, tamen propius est, ut nihil amplius quam actiones persequendae eius praestari a me emptori oporteat, quia custodia adversus vim parum proficit’ («Если та вещь, которую я должен предоставить по договору купли, будет отнята у меня силой, то хотя я и должен ее охранять, однако вернее, чтобы я был обязан предоставить покупателю не больше, чем иски для преследования этой вещи, поскольку ответственность за сохранность в случае применения силы не может служить основанием иска»).

⁹⁴ О Цельсе и содержании *praestare* см.: *L’obbligazione di praestare* cit., pp. 433–467.

⁹⁵ См.: *L’obbligazione di praestare* cit., pp. 469 ss.

В) Правило D. 50.17.23 как *regula iuris antiqui* (руководство древнего права)

В своей работе 1995 года я объяснил хронологический предел своего исследования учением Гая тем, что мне казалось (и кажется до сих пор), что для более поздних периодов, в частности для юриспруденции эпохи Северов, для постклассического права, для компиляции Юстиниана и для византийского права, с теми выводами, к которым пришла доктрина, вполне можно согласиться⁹⁶.

Особенно убедительным является утверждение, что *regula D. 50.17.23*⁹⁷ отражает, по существу, *ius antiquum* (древнее право)⁹⁸ — как в свете запрета *pactum 'ne dolo praestetur'* (соглашения не нести ответственность за умысел), так и в свете дихотомии *'dolus — culpa'* и принципа *casus a nullo praestantur*. Многочисленные аргументы были рассмотрены в монографиях (или главах монографий), специально посвященных этой проблеме. Сходство с *Ulp. ad ed., D. 13.6.5.2–4*⁹⁹ и с *Mod.*

⁹⁶ Некоторые монографии или их части посвящены этим различным периодам: D. NÖRR, *Die Fahrlässigkeit im byzantinischen Vertragsrecht*, München (1969); F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel diritto della grande Compilazione* cit., I (parte generale: regola e concetti); II (singoli contratti); S. TAFARO, *Regula e ius antiquum* cit., в частности о *D. 50.17.23* в связи с *D. 13.6.5.2–4* и *Coll. 10.2.1*; C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit., (1996), pp. 143 ss.

⁹⁷ 'Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. dolum tantum depositum et precarium. dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam. societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit... animalium vero casus mortisque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur' («Некоторые договоры принимают лишь злой умысел, некоторые — и умысел и вину. Только умысел — поклада и прекарий. Умысел и вину — поручение, ссуда, продажа, получение залога, наем, а также предоставление приданого, опека, ведение дел; в последних также и заботливость. Товарищество и общность имущества принимает и умысел, и вину. Но это так, если что-либо не было оговорено специально (либо больше, либо меньше) в отдельных договорах: ведь будет соблюдаться то, о чем изначально договорились (поскольку договор дает закон [сторонам]), за исключением того, что Цельс полагает, что не имеет силы, если договорятся, чтобы не отвечать за умысел; ведь это противно формуле по доброй совести и это право действует у нас. За несчастные же случаи и смерть животных, которые наступают без вины, побег рабов, которых не принято охранять, грабежи, землетрясения, пожары, наводнения, нападения разбойников не отвечает никто»).

⁹⁸ В этом смысле см.: S. TAFARO, *Regula e ius antiquum* cit., pp. 307 ss (conclusioni). Однако остаются сомнения относительно формы, которая может быть не более чем кратким изложением оригинального текста Ульпиана.

⁹⁹ '2. Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolus an et culpa an vero et omne periculum. et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus: dolum in deposito: nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus... sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur' («Теперь следует рассмотреть, что входит в иск из ссуды — только ли умысел и вина или же и любой ущерб. И мы отвечаем по договорам порой только за умысел, а порой и за вину: за умысел — по договору поклада, ведь раз тот, у кого оставляют на хранение, не получает никакой выгоды, логично, что он отвечает только за умысел... Но там, где обе стороны получают выгоду, как при купле, аренде, приданом, залоге, товариществе, возникает ответственность и за умысел, и за вину»).

3. [См. *выше* сн. 41].

4. 'Quod vero senectute contigit vel morbo, vel vi latronum ereptum est, aut quid simile accidit, dicendum est nihil eorum esse imputandum ei qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interveniat. proinde si incendio vel ruina aliquid contigit vel aliquid damnum fatale, non tenebitur' («Относительно того, что происходит вследствие старости или болезни, или отнято силой разбойников, или еще чего-либо подобного, следует сказать, что ничего из этого не следует вменять ссудополучателю, если только не примешалась какая-либо вина. Поэтому если что-либо произойдет вследствие пожара, или землетрясения, или какой-либо непреодолимой силы, он не будет отвечать»).

в *Coll.* 10.2.1¹⁰⁰ проясняет — на мой взгляд, довольно убедительно — роль и значение *regula* в праве III века н.э.

Следует также отметить соответствие этой модели рескрипту императоров Севера и Антонина от 225 года:

*‘Quae fortuitis casibus accidunt cum praevideri non potuerant, in quibus etiam adgressura latronum est, nullo bonae fidei iudicio praestantur: et ideo creditor pignora, quae huiusmodi causa interierunt, praestare non compellitur nec a petitione debiti submovetur, nisi inter contrahentes placuerit, ut amissio pignorum liberet debitorem’*¹⁰¹ (С. 4.24.6).

Проблема, которая порождает это *quaestio*, заключается в утрате имущества, являющегося предметом залога, в результате грабежа. Вопрос состоит в том, может ли кредитор нести ответственность за это и может ли это также повлиять на иски, связанные с обеспеченным долгом¹⁰².

Рескрипт устанавливает применимое *правило (regula)*: в исках по доброй совести (*iudicia bonae fidei*) нет ответственности за *casus fortuitus*, к которым относится разбойное нападение, *adgressura latronum*. Следовательно, поскольку залог относится к *iudicia bonae fidei*, кредитор не несет ответственности за случайную утрату предмета залога и сохраняет все свои иски по обеспеченному требованию, если нет соглашения об обратном. Логический путь, пройденный Императорской канцелярией Северов (казус — *regula* — решение), очень интересен, поскольку он с уверенностью доказывает существование *правил* и его применимость ко всем *iudicia bonae fidei* (*‘Quae fortuitis casibus accidunt... nullo bonae fidei iudicio praestantur’*).

Содержательное и терминологическое сравнение *D.* 50.17.23, *D.* 13.6.5.2–4 и *C.* 4.24.6 позволяет нам с определенной уверенностью понять масштаб усилий Ульпиана по синтезу *regula* сабинианцев.

Наиболее важным мне кажется различие между моделью договорной ответственности Цельса и Юлиана, выстроенной вокруг понятий умысла, вины, за-

¹⁰⁰ ‘Commodati iudicio conventus et culpam praestare cogitur: qui vero depositi convenitur, de dolo, non etiam de culpa condemnandus est. Commodati enim contractu, quia utriusque contrahentis utilitas intervenit, utrumque praestatur: in depositi vero causa sola deponentis utilitas vertitur et ibi dolus tantum praestatur’ («Привлеченный по иску из ссуды должен отвечать и за вину; тот же, кто отвечает по иску из поклажи, подлежит осуждению за умысел, но не за вину. Ведь по договору ссуды, так как здесь наличествует выгода обеих сторон, возникает ответственность и за то и за другое; а при поклаже наличествует лишь выгода поклажателя и здесь возникает лишь ответственность за умысел»).

¹⁰¹ «За то, что происходит в силу непреодолимых случаев, в число которых входит и нападение разбойников, если его нельзя было предвидеть, никто не отвечает в процессе по доброй совести, и поэтому кредитор не обязан вернуть залог, который был утрачен в силу такого случая, а также не ограничен в возможности истребовать долг, разве что между сторонами не было условлено, что утрата предмета залога освобождает должника». — *Прим. пер.*

¹⁰² О рескрипте см., напр.: M. KASER, *Besitzpfand und ‘besitzloses’ Pfand*, в SDHI. 45 (1979), p. 71 и n. 245; ID, ‘Furtum pignoris’ e ‘furtum fiduciae’, в ZSS. 99 (1982), p. 254 и n. 31; H. ANKUM, *Furtum pignoris und furtum fiduciae im klassischen römischen Recht* (I), в RIDA 26 (1979), p. 135.

ботливости (*diligentia*) и *custodia*, и моделью Ульпиана и Модестина, в центре которой находилась дихотомия '*dolus — culpa*'. Именно постепенно увеличивающееся тяготение *custodiam praestare* к *culpam praestare* при посредстве *diligentia* занимает юриспруденцию этого периода. Марцел и Гай, каждый через свои собственные доводы, показывают нам фрагменты этого процесса, поначалу только номинального, но оттого не менее необходимого для неумолимого исчезновения старого значения *custodiam praestare*.

Подтверждение этому мы обнаруживаем у Ульпиана¹⁰³, который в вопросах ссуды (*D. 13.6.5.5—6.9*) толкует *custodiam praestare* древних (*veteres*) в смысле *custodia diligens*. Еще нет существенной модификации последствий кражи или повреждения ссуженной вещи, за которые ссудополучатель остается ответственным, даже если и безвиновно (см. *Ulp., D. 13.7.13.1*). Однако уже можно констатировать, что техническая *custodia* стремится в область *culpa*¹⁰⁴.

Сравнив это обстоятельство с тем фактом, что обнаруживаемый во многочисленных текстах Ульпиана оборот *custodiam praestare* может объясняться историко-догматическим контекстом соответствующего фрагмента¹⁰⁵, мы сможем лучше понять степень происходящего развития. И действительно, по сути, *custodiam praestare* по-прежнему представляет собой безвиновную ответственность, но смена перспективы поспособствует постклассической мутации в сторону *custodiam praestare* — особой обязанности проявлять заботливость (*diligentia*).

6. Заключение

Классическое *правило (regula)* и содержащиеся в нем понятия были сформулированы *in omne aevum (на все времена)* юстиниановскими компиляторами, а их развитие вплоть до современных кодификаций представляет собой эволюцию редчайшей непрерывности.

Вопросы, которыми занималась юридическая наука в течение веков, охватываемых моим исследованием, сосредоточены на понятиях *culpa, diligentia, casus*. Наука раз-

¹⁰³ Иное мнение см.: M. SARGENTI, *Problemi della responsabilità contrattuale*, в *Atti seminario problematica contrattuale*, I, (1988), p. 115.

¹⁰⁴ См.: С.А. CANNATA, *Sul problema della responsabilità cit.*, (1996), pp. 180—181.

¹⁰⁵ *Veteres* прямо цитируются в *D. 13.6.5.5* и *D. 13.6.5.9*; Цельс в *D. 13.6.5.15*; и, возможно, в *D. 17.2.52.3* (где *culpam praestare* определенно не принадлежит Ульпиану, учитывая '*Haec vera sunt...*', которое следует за ним; см.: *L'obbligazione di praestare cit.*, pp. 454 ss.), и Юлиан в *D. 47.2.14.pr.—1; 14.10; Jul. D. 16.3.1.35; D. 47.10.14.10*. Эта формулировка также появляется во взятых из комментариев *ad Sabinum* фрагментах относительно аналогичного распространения *culpam praestare* ссудополучателя на *inspector* (*D. 13.6.10.1*), *culpam praestare* продавца (*D. 18.6.1.1*; аналогичный текст в Paul. ad Sab. *D. 18.6.3*), *culpam praestare fullonis* (*D. 47.2.12*) или ситуации, которую Ульпиан, в отличие от Лабеоны, квалифицирует как ссуду (*D. 13.6.5.14*).

работала многочисленными дистинкциями и уточнениями, не затрагивая при этом саму норму (*regula*)¹⁰⁶.

Первый реальный разрыв с традицией *Corpus Iuris* произошел в Кодексе Наполеона 1804 года, который закрепил понятие «внешняя причина, за которую лицо не несет ответственности» (*cause étrangère qui ne peut lui être imputée*) (ст. 1147)¹⁰⁷. Эта формулировка вызвала многочисленные споры как во Франции, так и в других странах, последовавших примеру ФГК (например, *causa externa non imputabile* (ст. 1222 ГК Италии 1865 года); *causa non imputabile* (ст. 1218 ГК Италии 1942 года)).

Немецкая кодификация также отклонилась от традиции, последовав учению о невозможности (*Unmöglichkeit*) (§ 275), разработанному Ф. Моммзенем и Б. Виндшайдом. Значение этого слова толкуется с юснатуралистских позиций и меняет логику рассуждений в вопросах договорной ответственности: речь теперь идет не о вменении неисполнения (как это по-прежнему имеет место в Кодексе Наполеона, ст. 1147), а о вменении возникшей невозможности. Данное изменение не является незначительным, особенно если принять во внимание, что эта по-новому определенная «невозможность» теряет всякую связь с усилиями, приложенными должником для исполнения своего обязательства.

¹⁰⁶ По этим вопросам см.: D. MAFFEI, *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori*, Milano (1957), passim; H. DILCHER, *Die Theorie der Leistungsstörungen bei Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, Frankfurt am Main (1960), pp. 17 ss; pp. 90–108; pp. 185; H.J. HOFFMANN, *Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte*, Berlin (1968), pp. 35 ss; M. TALAMANCA, *Colpa civile. a) Diritto romano e diritto intermedio*, в ED. VII (1960), pp. 517 ss; I. BIROCCI — U. PETRONIO, *Responsabilità contrattuale (diritto intermedio)*, в ED. XXXIX (1988), pp. 1060 ss; A. DOLL, *Von der vis maior zur höheren Gewalt*, Frankfurt a.M. — Bern — New York — Paris (1989), pp. 135 ss; см. также: R. CARDILLI, *Un 'diritto comune' in materia di 'responsabilità contrattuale'* cit.

¹⁰⁷ Формулировка, которой нет ни у DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, edizione Paris (1771), I, Livre I, Titre I, Section, III, n. 8 e 9, p. 20, ни у POTHIER, *Traité des Obligations, en Oeuvres*, a cura di M. BUGNET, Paris (1848), I, pp. 95 ss.; ID., *Pandectae Justinianae, in novum ordinem digestae*, edizione Paris (1820), V, p. 173, впервые появляется в проекте Комиссии правительства VIII года, составленном TRONCHET, BIGOT — PRÉAMENEU, PORTALIS и MALLEVILLE; P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris (1827; переиздание Osnabrück 1968), XIII, pp. 55–56. По данному вопросу см.: С.А. CANNATA, *Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi*, в *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* 35 (1981), pp. 998–999 и n. 34; и R. CARDILLI, *Un 'diritto comune' in materia di 'responsabilità contrattuale'* cit., § 3. A.