

В Е С Т Н И К ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

№ 5
2023
Том 23

Редакционный совет

Юрген БАЗЕДОВ

Беа ВЕРШРАЕГЕН

В.В. ВИТРЯНСКИЙ

Г.А. ГАДЖИЕВ

А.Г. ДОЛГОВ

В. ЕМ

И.С. ЗЫКИН

А.С. КОМАРОВ

Хельмут КОЦИОЛЬ

П.В. КРАШЕНИННИКОВ

А.А. МАКОВСКИЙ (председатель)

Л.Ю. МИХЕЕВА

Л.А. НОВОСЕЛОВА

Е.А. СУХАНОВ

В.В. ЧУБАРОВ

В.Ф. ЯКОВЛЕВ

Главный редактор

Е.А. СУХАНОВ

Зам. главного редактора

А.Е. ШЕРСТОБИТОВ

С.В. ТРЕТЬЯКОВ

Ответственные редакторы

М.И. ЛУХМАНОВ,

М.А. ПШЕНИЧНИКОВ

Редакционная коллегия

М.Л. БАШКАТОВ, Р.С. БЕВЗЕНКО,

Е.В. ВЕРШНИНИНА, А.В. ЕГОРОВ,

О.М. КОЗЫРЬ, А.Н. КУЧЕР,

А.А. МАКОВСКАЯ, Е.А. ПАВЛОВА,

С.В. САРБАШ, С.А. СИНИЦЫН,

Н.Б. ШЕРБАКОВ, А.М. ШИРВИНДТ,

Т.С. ЯЦЕНКО

ISSN 1992-2043

Отдел подписки: mvgp@mvgp.org

Журнал «Вестник гражданского права»
выходит три раза в полугодие,
зарегистрирован Федеральной службой
по надзору за соблюдением законодательства
в сфере массовых коммуникаций
и охране культурного наследия.
Пер. № ФС77-25484 от 14 августа 2006 г.

Учредители:

В. ЕМ, А.А. Маковский, Е.А. Суханов

Издатель: ООО «Издательский дом В. Ем»
119454, г. Москва, ул. Лобачевского, д. 92, корп. 2.
тел.: +7 (495) 649 18 06; www.mvgp.org

Перепечатка материалов из журнала
«Вестник гражданского права»
допускается только с согласия Издателя.
Ссылка на источник опубликования обязательна.

Издатель или Редакция не дают справок
и консультаций и не вступают в переписку.
Рукописи не возвращаются.
Учредитель, Издатель не несут ответственности
за содержание рекламы и объявлений.

Журнал «Вестник гражданского права»
включен в Перечень ведущих рецензируемых
научных журналов и изданий, в которых
должны быть опубликованы основные
научные результаты диссертаций
на соискание ученой степени
доктора и кандидата юридических наук



Исследовательский центр частного права имени С.С. Алексеева
при Президенте Российской Федерации

CIVIL LAW

R E V I E W

No. 5

2023

Vol. 23

Editorial Council

Jürgen BASEDOW

Bea VERSCHRAEGEN

V.V. VITRYANSKY

G.A. GADZHIEV

A.G. DOLGOV

V. EM

I.S. ZYKIN

A.S. KOMAROV

Helmut KOZIOL

P.V. KRASHENINNIKOV

A.L. MAKOVSKY (chairman)

L.Yu. MIKHEEVA

L.A. NOVOSELOVA

E.A. SUKHANOV

V.V. CHUBAROV

V.F. YAKOVLEV

ISSN 1992-2043

Subscription Dep.: mvgp@mvgp.org

The *Civil Law Review* Journal is being published three times in a half of the Year.

The *Civil Law Review* is registered by the Federal Service for supervision of legislation in mass communications and cultural heritage protection (Russia). Reg. No. FS77-25484 of August 14, 2006.

Publisher:

LLC «V. Em Publishing House»

119454, Moscow, Lobachevskogo st., 92, building 2.

Phone: +7 (495) 649 18 06; www.mvgp.org

Editor-in-Chief

E.A. SUKHANOV

Deputy Editors-in-Chief

A.E. SHERSTOBITOV,

S.V. TRETYAKOV

Managing and Executive Editors

M.I. LUKHMANOV,

M.A. PSHENICHNIKOV

Editorial Board

M.L. BASHKATOV, R.S. BEVZENKO

E.V. VERSHININA, A.V. EGOROV,

O.M. KOZYR, A.N. KUCHER,

A.A. MAKOVSKAYA, E.A. PAVLOVA,

S.V. SARBASH, S.A. SINITSYN,

N.B. SHCHERBAKOV, A.M. SHIRVINDT,

T.S. YATSENKO

Founders:

V. Em, A.L. Makovsky, E.A. Sukhanov

Reprint and republication of all the materials of the *Civil Law Review* Journal are allowed only with the consent of the Publisher. The appropriate reference to the source of publication is obligatory.

The Publisher and the Editor's office do not render information and consultations and do not enter into correspondence. Manuscripts are not being returned. The Founders and the Publisher are not responsible for the content of advertisements and announcements.

The *Civil Law Review* Journal is included into the official governmental List of leading peer-reviewed scientific periodicals (Russia)



Private Law Research Centre under the President
of the Russian Federation named after S.S. Alexeev

ПРОБЛЕМЫ ЧАСТНОГО (ГРАЖДАНСКОГО) ПРАВА

УМЫСЕЛ (DOLUS) И «ПРИРОДА ЧЕЛОВЕКА» В СИСТЕМЕ КРИТЕРИЕВ ДОГОВОРНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ*

Д.В. ДОЖДЕВ,

доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории и истории частного права Исследовательского центра частного права им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, избранный член Международной академии сравнительного права

<https://doi.org/10.24031/1992-2043-2023-23-5-9-54>

Вопреки унификации критериев договорной ответственности в учении пандектистов в великих кодификациях нашлось место для учета индивидуальных особенностей должника в отдельных видах обязательств, что восходит к классической категории «diligentia quam suis» – осмотрительности как в отношении своих вещей. Категория рождается в ходе полемики о возможности расширительного толкования dolus (умысла) как критерия вменения по договору поклажи в прокулианской школе lex 'quod Nerva' (D. 16, 3, 32). Анализ подходов к договорной ответственности за умысел (Proc. D. 18, 1, 68, 1–2; Nerat. in D. 19, 1, 13, 14) раскрывает диапазон трактовки умысла в прокулианской школе, который включал и сознательное неисполнение гарантийного обязательства, и обман в отношении объема исполнения. Эгезега D. 16, 3, 32 не подтверждает понимания «сiſra latior» как относительного умысла, предложенного австрийскими романистами в 1970-х–1980-х гг. Цельс не релятивизирует умысел, но выстраивает абстрактный и обобщенный критерий нарушения fides (fraude non caret) как уровня ответственности в обороте, ориентированного на нормального (природного) человека. При этом допускается оправдание, исходящее из индивидуального образа действий должника (suis modus), что предвосхищает современные подходы.

* Настоящая статья подготовлена в рамках выполнения государственного задания, утвержденного Исследовательскому центру частного права им. С.С. Алексеева при Президенте РФ (номер научно-исследовательской работы в ЕГИСУ НИОКТР 122040500017-5).

Ключевые слова: договорная ответственность; умысел; вина; неосторожность; осмотрительность как в отношении своих вещей; осмотрительность заботливого главы семейства; пандектистика; usus modernus; римское право; римская юриспруденция; сравнительное право.

FRAUDULENT INTENT (DOLUS) AND “HUMAN NATURE” IN THE SYSTEM OF CONTRACTUAL LIABILITY

D.V. DOZHDEV,

Doctor in Law, Professor, Head, Department of Theory and History of Private Law,
S.S. Alexeev Private Law Research Center under the President of the Russian Federation,
Elected Member, International Academy of Comparative Law

*Despite the unification of the criteria of contractual liability in the teachings of pandectists, in the great European codifications there remained an account of the individual specifics of the debtor in certain types of obligations. That approach goes back to the classical category of *diligentia quam suis* – diligence as to one’s own things. The category was born in the course of controversy about the possibility of a broad interpretation of *dolus* (intention) as a criterion for the imputation under a depositum contract in the Proculian school (*lex ‘quod Nerva’* – D. 16, 3, 32). Analysis of approaches on contractual liability for intent (*Proc. D. 18, 1, 68, 1–2; Nerat. In D. 19, 1, 13, 14*) reveals the range of interpretation of *dolus* in the Proculian school, which included conscious failure to fulfill warranty as well as deception regarding the scope of execution. The exegesis of D. 16, 3, 32 does not support the understanding of “*culpa latio*” as a relative *dolus*, proposed by Austrian scholars in the 1970s–1980s. Celsus does not relativize *dolus*, but builds an abstract and general criterion for violation of *fides* (“*fraude non caret*”) as a level of responsibility in civil turnover oriented towards a normal (natural) person. At the same time, justification is allowed, if based on the debtor’s individual mode of action (*suius modus*), which anticipates modern approaches.*

Keywords: contractual liability; fraudulent intent; willful misconduct; dolus; fault; culpa; negligence; standard of care; level of care like in one’s own affairs; diligence of a prudent housekeeper; Pandect law; usus modernus pandectarum; Roman law; Roman jurisprudence; comparative law.

1. УНИФИКАЦИЯ КРИТЕРИЕВ ВМЕНЕНИЯ В НОВОЕ ВРЕМЯ И ОТСТУПЛЕНИЯ В ПОЛЬЗУ ИНДИВИДУАЛЬНОГО ПОДХОДА (*CULPA IN CONCRETO*)

Утверждение в европейских правовых порядках представления об объективном характере вины закономерно сопровождалось выдвиганием единого стандарта осмотрительности (заботливости) – «осмотрительности заботливого главы семейства» (*diligence du bon père de famille*), восходящей к *diligentia diligentis patris familias* римского права или к *culpa levis*, более распространенной в учениях *usus modernus* и пандектистике XIX в. Несмотря на консолидацию критерия вины (**art. 1137 ФГК¹, § 276 ГГУ²**,

¹ **Code civil, art. 1137:** *L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, oblige celui qui en est chargé à apporter tous les soins d'un bon père de famille.*

Обязательство заботиться о сохранности вещи, предполагает ли соглашение выгоду только одной стороны или выгоду обеих, обязывает того, на кого оно возлагается, приложить все усилия порядочного главы семейства.

После реформы 2016 г. договорная ответственность регулируется положениями двух статей, в которых наряду с виной, состоящей в причинении, предусматривается и вина за упущения.

Code civil (2016), art. 1240: *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.*

Любое действие человека, которое причинило вред другому, обязывает того, по чьей вине он наступил, его возместить.

Art. 1241: *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.*

Любой отвечает за вред, который он причинил не только своим действием, но и своей неосмотрительностью или неосторожностью.

² **§ 276 BGB [Haftung für eigenes Verschulden]**

(1) ¹*Der Schuldner hat, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten.* ²*Fahrlässigkeit handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.* ³*Die Vorschriften der §§ 827, 828 finden Anwendung.*

Ответственность за вину

(1) Должник отвечает, если не установлено иное, за умысел и неосторожность. Действует неосторожно тот, кто пренебрегает заботливостью, которая требуется в обороте. Соответственно применяются предписания §§ 827 и 828.

После реформы 2002 г. название соответствующего параграфа ГГУ уже не упоминает вину (*Verschulden*) и прямо указывает на возможность более строгой или мягкой ответственности в зависимости от содержания обязательства.

§ 276 BGB 2002 [Verantwortlichkeit des Schuldners]

(1) *Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos, zu entnehmen ist. Die Vorschriften der §§ 827 und 828 finden entsprechende Anwendung.*

(2) *Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Achtlässt.*

Ответственность должника

(1) Должник отвечает за умысел и неосторожность, если более строгая или более мягкая ответственность прямо не установлена либо не вытекает из иного содержания обязательства, в особенности из предоставления гарантии или из риска приобретения определенного предмета. Соответственно применяются предписания §§ 827 и 828.

(2) Действует неосторожно тот, кто пренебрегает заботливостью, которая требуется в обороте.

ср. п. 1 ст. 401 ГК РФ¹), ведущие гражданские кодексы XIX в. допускали также ответственность по стандарту *заботливости как о своих делах (вещах)*, удерживая наряду с абстрактным (*culpa in abstracto*) критерием вменения, ориентированным на некий общий уровень неосторожности (осмотрительности), и вменение по индивидуальным меркам (*culpa in concreto*), которое не предполагает какого-либо обобщенного стандарта и не ориентировано ни на какой критерий, принимая за извиняющие обстоятельства специфику отдельного исполнителя (должника).

Таковы положения ФГК о поклаже в 1804 г. (в 2016 г. статья не менялась).

Art. 1927:

Le dépositaire doit apporter, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent.

Хранитель должен приложить в отношении сохранности вещи, принятой на хранение, те же усилия, которые он прилагает в отношении сохранности вещей, которые ему принадлежат.

В итальянском Гражданском кодексе 1942 г. общий критерий ответственности по модели рачительного хозяина (*buono padre di famiglia – art. 1176*) воспроизводится и применительно к поклаже, включая безвозмездную (*art. 1768*), хотя в Кодексе 1865 г., очень близком к Кодексу Наполеона, соответствующая ст. 1843 предусматривала для любого хранителя обязанность приложить к охране взятых на хранение вещей «осмотрительность, какую он прилагает к охране собственных вещей».

Пандектистика не скрывала отрицательного отношения к *culpa in concreto*, и она не была допущена в первый проект ГГУ Виндшайдом, который унифициро-

Положения § 827 снимают ответственность с лиц, причинивших вред в бессознательном состоянии или в состоянии болезненного расстройства психической деятельности, исключаящем свободное волеизъявление, а § 828 – с малолетних: до семи лет вовсе, а с семи до десяти – если лицо не осознавало своей ответственности. Оба положения исходят из кантианской теории о свободном волеизъявлении как основании участия в обороте и несения ответственности. См.: Schermaier M.J. *Verantwortlichkeit des Schuldners* // *Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB* / Hrsg. von M. Schmöckel, J. Rückert, R. Zimmermann. Tübingen, 2003. Bd. II. T. 2. S. 1134 sq., 1156 sq.

¹ В ГК РСФСР 1922 г. вина как условие ответственности не упоминалась (она появится лишь в ст. 222 ГК 1964 г.): закон просто устанавливал обязанность должника возместить кредиторю убытки, причиненные неисполнением (ст. 117), и освобождал его от ответственности при условии, если должник «докажет, что невозможность исполнения обусловлена обстоятельством, которого он не мог предотвратить, либо создалась вследствие умысла или неосторожности кредитора» (ст. 118). По структуре это регулирование предвосхищает ст. 401–404 ГК 1994 г., обходясь без упоминания вины должника (умысла и неосторожности), как и ее презумпции (п. 2 ст. 401), по содержанию – следует достижениям пандектики.

² В действующем итальянском праве лишь в Кодексе о перевозках для лица, предложившего поездку на машине из вежливости, ответственность ограничивается умыслом и грубой неосторожностью (*art. 414, 949*).

вал единый критерий вменения на уровне *culpa levis* именно с тем, чтобы устранить неравное отношение к поверенному и безвозмездному хранителю. В первом проекте *diligentia quam suis* (или *quam in suis*) предусматривалась лишь для договора товарищества (здесь авторитет римского права и *ius commune* не пошатнулся). Для общей собственности (*Motive*, II, 678) *culpa in concreto* была исключена, как и для опеки (*Motive*, IV, 1175–1176).

Однако пересмотр первого проекта в германистическом духе затронул и наш институт: *diligentia quam suis* была возвращена как *culpa in concreto* в норму § 690, регулируемую безвозмездное хранение во втором проекте ГГУ со ссылкой на обычаи земель, опыт прусского и саксонского уложений¹.

§ 690 [Haftung bei unentgeltlicher Verwahrung]:

Wird die Aufbewahrung unentgeltlich übernommen, so hat der Verwahrer nur diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

Если поклажа безвозмездна, хранитель отвечает только за такую меру заботливости, какую он проявляет в собственных делах.

Последующие комментаторы отмечали очевидное отступление от достигнутый пандектистики в пользу средневековых установок². Современные критики § 690, как и их предшественники, считают, что норма создает преимущества для небрежных и неосмотрительных должников, а также вызывает проблемы с доказыванием³.

Сходным образом звучит и п. 3 ст. 891 ГК РФ («Обязанность хранителя обеспечить сохранность вещи»): «Если хранение осуществляется безвозмездно, хранитель обязан заботиться о принятой на хранение вещи не менее, чем о своих вещах». Идея недопущения небрежения чужим имуществом сформулирована здесь, однако, не как минимум ответственности, а как требование к проявлению повышенного уровня заботы.

¹ Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. II: Recht des Schuldverhältnisse. Berlin, 1898. S. 393.

² Sertorio L. La “culpa in concreto” nel diritto romano e nel diritto odierno. Torino, 1914. P. 215 sqq.; Hausmaninger H. Rechtsvergleichende notizien zur “diligentia quam in suis” // Festschrift für Hermann Baltl. Innsbruck, 1978. P. 286 sq.; Id. *Diligentia quam in suis: A Standard of Contractual Liability from Ancient Roman to Modern Soviet Law* // Cornell Int. L.J. 1985. Vol. 18. P. 188 sq. В поддержку нормы § 690 как исключения см.: Wacke A. *Diligentia quam in suis rebus adhibere solet* // JA. 1981. Bd. 13. S. 400 sqq.

³ Deutsch E. *Haftungsrecht*. Bd. I: Allgemeine Lehren. Köln; Berlin; Bonn; München, 1976. S. 291 sq.; Id. *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt: eine privatrechtliche Untersuchung*. Köln; Berlin; Bonn; München, 1963. S. 9 sq. (исторический обзор), 151 sq. (*culpa in concreto*); Id. *Abschied von der culpa in concreto?* – BGH, VersR 1960, 802 und BGHZ 43, 313 // JuS. 1967. Bd. VII. S. 496 sqq.; Müller-Graf P.-C. *Haftungsrecht und Gesellschaftsrecht: Der Maßstab der “diligentia quam suis” für Geschäftsführer in Personengesellschaften* // AcP. 1991. Bd. 191. S. 475–494.

Несмотря на некоторые разногласия (*Protokolle*, II, 418), вторая комиссия также ввела *diligentia quam suis* и в сфере семейных отношений: между супругами – для обязанностей, вытекающих из брака (*Motive*, IV, 121; *Protokolle*, IV, 108 – § 1359 BGB), а также применительно к обязанности родителей заботиться о детях (*Protokolle*, IV, 561 – § 1664 BGB). Критерий заботливости как о своих собственных делах был применен также к ответственности наследника, призванного первым, перед вторым (*Protokolle*, V, 96 – § 2131 BGB)¹. В общем смысле § 277 BGB устанавливал, что сторона, отвечающая за *diligentia quam in suis*, не может быть освобождена от ответственности за грубую неосторожность.

§ 277 [Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten; grobe Fahrlässigkeit]:

Wer nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in eignen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, ist von der Haftung wegen grober Fahrlässigkeit nicht befreit.

Тот, кто отвечает лишь за ту меру заботливости, которую он проявляет в собственных делах, не освобождается от ответственности за грубую неосторожность.

Culpa in concreto не была забыта и в ходе реформы обязательственного права в 2000–2002 гг. Теперь § 346(3)(3) BGB также говорит о *diligentia quam suis* при отказе от договора (*Rücktritt*): обязанность возместить стоимость полученного по договору или извлеченных доходов отпадает, если ухудшение или гибель предмета, находившегося у должника, произошли «несмотря на то, что он проявил заботливость, свойственную ему в собственных делах».

В австрийском Общем гражданском кодексе 1811 г. *culpa in concreto* была сознательно исключена. Ф. фон Цайлер, исходя из достижений современной ему романистики, полагал, что унификация категории вины отвечает подлинному римскому праву и больше соответствует праву естественному². Он же указывал, что критерий *quam in suis* не создает определенности для суда и ставит осмотрительного гражданина в более сложное положение, чем неосмотрительного³. В регулировании поклажки стандарт «*quam in suis*» не представлен; здесь (ст. 961) предусматривается общий критерий осмотрительности (ст. 1295). Депозитарий также освобождается от ответ-

¹ См. исторический обзор: *Deutsch E. Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt*. S. 9 sq.; *Maganzani L. La "diligentia quam suis" del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali. Casi e questioni di diritto civile nella prospettiva storico-comparatistica // Rivista di Diritto Romano*. 2003. Vol. 3. P. 41–42; Там же. P. 41, nt. 193 – другая литература.

² *Commentario sul Codice Civile Universale*. Vol. V. Milano, 1816. Comm. al § MCCXCV, p. 29–299. Цит. по: *Maganzani L. Op. cit.* P. 34.

³ *Ibid.* Comm. al § MCCXCVIII, p. 304. Цит. по: *Maganzani L. Op. cit.* P. 36. Здесь австрийский правовед следует наработкам гуманистов и юристов эпохи Просвещения.

ственности за несчастный случай, даже если мог спасти взятую на хранение вещь, но предпочел спасти собственную, даже менее ценную (ст. 964).

В Саксонском гражданском кодексе 1865 г., напротив, *culpa in concreto* применялась достаточно широко: и в общей норме о критериях вины § 730, и в § 1371 о договоре товарищества, и в § 1655 о приданом, и в § 1949 об опеке. Норма о поклаже не предусматривает критерий *quam in suis*, но действует общий принцип § 728 о понижении стандарта ответственности до умысла и грубой неосторожности применительно к стороне, которая не извлекает из договора никакой выгоды (*utilitas contrahentium*).

Сходным образом, Прусское земское уложение 1794 г. выдвигает как общий принцип (I 3 § 25) то, что в договорах, предусматривающих особую доверительность, при установлении ответственности учитываются личные качества сторон, и последовательно реализует его – в договорах безвозмездного поручения (I 13 §§ 55–58); поклажи (I 14 §§ 11, 21); товарищества (I 17 §§ 211–214); приданом (II 1 §§ 554–555) и опеке (II 18 § 275)¹. Эти положения и составляют то наследие европейской правовой традиции, к которой вернулась вторая комиссия.

Однако уже в XVIII в. как в Германии, так и во Франции разнообразие оснований вменения, свойственное пониманию римского права в Средние века, как и сама категория «*culpa in concreto*», подверглось обоснованной критике. Унификация форм вины произошла в результате решительного разрыва с наследием глоссаторов и комментаторов в эпоху гуманизма и просвещения. Глоссаторы разработали трехчастную классификацию категории вины: *culpa lata*, *culpa levis*, *culpa levissima* (грубая, легкая и легчайшая)². Приведенное деление вины утверждается только с Азонием (Аццо) и таким образом фиксируется в *Glossa Magna*, составленной его последователем Аккурсием. Углубляя положения Глоссы, Бартол³ поддерживал концепцию пяти видов вины: *culpa latissima* (или *dolus manifestus*), *culpa latior* (или *dolus praesumptus*)⁴, *culpa lata*⁵, *culpa levis* и *culpa levissi-*

¹ Hoffmann H.-J. Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte: unter besonderer Berücksichtigung der *culpa levissima*. [Berlin, 1968.] Reprint: Berlin, 2017. S. 157–161.

² Последняя форма прилагается к поверенному – новаторский ход Булгара и Мартина, который и вводит новую категорию, неизвестную ни юстиниановскому *Corpus Iuris*, ни византийским комментаторам. Рогерий прилагает ее к залогодержателю как освобождение от требования *diligentia exactissima* (известного и прежде применительно к ссудополучателю): так постепенно формируется особый вид упущения – *culpa levissima*. См.: *Talamanca M. Culpa civile (storia)* // ED. Vol. 7. Milano, 1960. P. 523. О *culpa levissima* в юриспруденции Средних веков см.: Hoffmann H.-J. Op. cit. S. 35 sqq.

³ Bartoli in *Secundam Digesti veteris Partem Commentaria*, n. 8.

⁴ И здесь Бартол ссылается на *lex magna*, т.е. D. 50, 17, 223 pr, где говорится о том, что к умыслу приравнивается *culpa lata* (см. след. прим.), которую он все же выделяет как отдельную форму вины.

⁵ *Culpa lata* (D. 50, 17, 223 pr; 50, 16, 213, 2; 17, 1, 29 pr) *id est non intellegere id quod omnes intellegunt* (т.е. не понимать того, что понимают все) – «предельная неосмотрительность», она же *magna neglegentia, magna culpa* (cfr. D. 26, 7, 7, 2: *lata neclegentia*).

та. И хотя в дальнейшем дробность порой еще более возрастала¹, уже Ульрих Цазий допускает только два основных вида – *culpa lata, culpa levis*, и последующие творчески настроенные авторы – Донелл, Пуфендорф, Томазий², Потье³ – критикуют разнообразие форм вины в *ius commune* и его логику, поддерживая концентрацию видов и единство оснований ответственности.

Пуфендорф считал, что ответственность хранителя сводится к критерию заботливости о своих вещах в связи с тем, что этот договор основан на особой доверительности между сторонами, так что тот, кто доверил свою вещь нерадивому хранителю, сам не свободен от вины (*quia ipse culpa non vacat, qui homini dissoluto rem suam concredidit*)⁴. Ле Брюн, отстаивая единый критерий ответственности по модели рачительного хозяина (*bon père de famille*) для всех видов договорных и квази-договорных обязательств, допускал индивидуальный подход в отношениях общей собственности и товарищества, поскольку задача согласования собственного поведения с интересами товарищей и сособственников лучше всего выполняется, если относиться к общим вещам, как к своим⁵.

Это не особые случаи субъективного вменения в контексте господства объективного. *Culpa in concreto* – это вообще отказ от правового критерия, поскольку приравнять индивидуальные особенности в принципе невозможно. В той или иной мере мыслители отразили противоречие между подходом *in concreto*, с учетом специфики индивида, и правовым принципом равенства. Так, Пуфендорф увязывал ответственность по индивидуальному критерию с моральными требованиями в оппозиции к правовым⁶. Согласование индивидуального пове-

¹ Так, Генрих Кокцей (*de Coccejus H. Tractatus de doli, culpaе et negligentiae praestationis in quolibet negotio. Heidelbergae, 1672*) наряду с умыслом различал пять форм вины, усиливая видовое разнообразие: *culpa lata in abstracto, culpa lata in concreto, culpa levis in abstracto, culpa levis in concreto, culpa levissima*.

² Христиан Томазий был деканом факультета в Халле, где под его председательством (*praeside Dn. Cristiano Thomasio, Jcto, et facultate juridicae h.t. decano*) в 1705 г. Христиан Готлоб Кресс защитил диссертацию по проблеме вины (*Kress Chr.G. De usu practico doctrinae difficilimae juris romani de culparum praestatione in contractibus. Halae, 1731*). См.: *Maganzani L. Op. cit. P. 31, nt. 145*.

³ В приложении (*Appendice*) к «Трактату об обязательствах» Потье (*Pothier R.J. Traité des obligations. De la prestation des fautes. Oeuvres de Pothier. Paris, 1861. Vol. II. P. 503 sq.*) вместе с рецензией воспроизведена диссертация Дени Ле Брюна, адвоката Парламента (*Le Brun D. Essai sur la prestation des fautes, ou l'on examine combine les lois romaines en distinguent d'espèces. Paris, 1764*). Другую рецензию на эту работу см. во 2-м издании ключевого труда Хассе: *Hasse J.C. Die Culpa des römischen Recht: eine civilistische Abhandlung / Hrsg. von A. Bethmann-Hollweg. 2. Aufl. Bonn, 1838. Bd. 3. S. 504 sqq.*

⁴ *Pufendorf S. De iure naturae atque gentium. Amsterdam, 1715. P. 492 (Liber V, caput IV, § 7)*.

⁵ *Le Brun D. Op. cit. P. 504*.

⁶ Мыслитель исходит из того, что договор поклажи обычно заключают по дружбе и его нарушение означает прежде всего нарушение морального долга (*amicitiae et humanitatis jura*); в случае опасности хранитель даже обязан спасти более ценные вещи поклажедателя, пожертвовав своими, тогда как никакой закон к этому обязать его не может.

дения с общественным порядком требует приложения абстрактного критерия, единого для всех¹.

2. КРИТЕРИЙ «КАК О СВОИХ ВЕЩАХ» В ДРЕВНЕМ ПРАВЕ

Учение о вине по критерию конкретного ответчика восходит к категории *осмотрительности как в отношении своих вещей* (*diligentia quam suis, или quam in suis*), которая была выдвинута последним главой прокулианской школы, консулом 107 г. Ювенцием Цельсом-сыном.

D. 16, 3, 32 (*Cels.*, 11 dig.):

Quod Nerva diceret litiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit.

То, что Нерва говорил, что совсем грубая вина – это умысел, Прокул не одобрял, мне же представляется вполне верным. Ведь и в том случае если кто-либо осмотрителен не в той мере, в какой этого требует природа человека, если только он не по своему обыкновению обеспечивает заботу в отношении поклажи, не свободен от злонамеренности: ведь не оправдывает доверия² тот, кто прилагает осмотрительность меньшую, чем к своим вещам.

Судьба этого текста, получившего широчайшую известность в *ius commune* под наименованием *lex 'quod Nerva'*, в римском праве, очевидно, прерывается вместе с закатом прокулианской школы. Хронологически следующим автором, использовавшим конструкцию *diligentia quam suis*, был Гай, позднейший адепт сабинианской школы, автор «Институций», знакомых сегодня каждому, но, видимо, совершенно неизвестных его современникам. В дальнейшем категория «*diligentia quam suis*» неоднократно воспроизводится в работах поздних

¹ К такому обобщению приходит Л. Магандзани (*Maganzani L.* Op. cit. P. 32, 46), ссылаясь на Пуфендорфа, но оппозиция равенства как характеристики правового подхода и учета индивидуальных особенностей как морального принципа ему, конечно, неизвестна: как все юснатуралисты, он слабо различает право и мораль.

² Выражение «*nec salva fide*» относится к категории «*fides*», которая в древности указывала на качество участника оборота (доверие и признание), тогда как в классический период просто означает соблюдение условий договора и может быть переведено: «не держится договора». Цельс противопоставляет *fides* – «*fraus*», явно апеллируя к традиционным ценностям. *Fraus* – это нарушение *fides* (*fraudem facere = fidem frangere* – *Cic.*, pro Rosc. Com. 6, 16; *per fide agere* – XII tab. in D. 26, 7, 55, 1; *Serv.*, Aen., 6, 609; D. 16, 3, 1, 4: *fidem frangere*; D. 3, 2, 6: *de perfidia agitur*); «*fraus*» – это само деяние (*fraudem admittere est delinquere*) и метонимически может указывать на тяжесть наказания (D. 21, 1, 23, 2: *veteres enim fraudem pro poena ponere solebant* («юристы прошлого обычно употребляли «*fraus*», указывая на наказание»)).

классиков (Ульпиан, Павел, Модестин) и проникает в Институции Юстиниана, в тексты, основанные на наследии Гая¹. Гай находился под сильнейшим влиянием Юлиана, унаследовавшего немало достижений Цельса и его школы². Конструкция могла иметь более широкое хождение в II в., чем тот предельно узкий круг свидетельств, которым мы сегодня располагаем, в любом случае, через Цельса, через Гая или его старших современников, она получает распространение в конце классической эпохи и сохраняется в юстиниановском праве, получая своеобразное понимание в трудах византийских юристов-антецессоров (*antecessores*), прежде всего Стефана (VI в.).

В работе 1955 г. Ханс Юлиус Вольф, опираясь на эллинистическую линию в биографии Гая, возводил изучаемую категорию к восточно-эллинистической философии, привлекая притчу Ев. Иоанна (*Ioann.* 1, 11) о пастыре, самоотверженно защищающем свое стадо, в отличие от торговца, обращающегося в бегство при виде волка³. Заметим, однако, что в притче не проводится сопоставление различных видов осторожности, но заботе о стаде противостоит забота о себе. О единой риторико-философской матрице говорит и Герберт Хаусманингер, но единственный источник, который он может привести, – это безымянный старший современник Цицерона (*Auct. ad Herenn.*, 4, 25: *adcurata conservatio suorum*). Современник Прокула и Цельса-отца ритор Квинтилиан в обширнейших *«Institutiones oratoriae»* («Наставлениях в ораторском искусстве»), к сожалению, не оставил подобных высказываний. Разнородные хронологически и географически, обрывочные свидетельства явно не желают складываться в сколь-нибудь определенную картину, тогда как идея заботы о своем как естественном критерии осмотрительности представляется вполне универсальной. Об универсальной «природе человека» говорит и Цельс, переходя от интуитивной очевидности на уровень философского обобщения.

В юридическом сочинении ссылку на заботу о своем мы впервые встречаем у Квинта Муция Сцевола (2-я половина II – начало I вв. до н.э.) во внедоговорном контексте.

D. 9, 2, 39 pr – 1 (*Pomp.*, 17 ad Q. Muc.):

Quintus Mucius [scribit]: equa cum in alieno pasceretur, in cogendo quod praegnas erat eiecit: quaerebatur, dominus eius possetne cum eo qui coegisset lege Aquilia agere, quia equam in iciendo ruperat. si percussisset aut consulto vehementius gisset, visum est agere posse.

¹ А. Пернис считал именно Гая автором категории: *Pernice A. Labeo: römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit. Bd. 2. Abt. II/1. Halle, 1878. S. 360.*

² Сам Гай ни разу не упоминает Цельса, хотя с прокулианской школой находится в постоянном диалоге. См.: *Honoré T. Gaius. Oxford, 1965. P. 33.*

³ *Wolf H.J. Zur Geschichte der diligentia quam suis // Iura. 1955. Vol. 6. P. 152 sq.*

Pomponius. quamvis alienum pecus in agro suo quis deprehendit, sic illud expellere debet, quomodo si suum deprehendisset, quoniam si quid ex ea damnum cepit, habet proprias actiones. itaque qui pecus alienum in agro suo deprehenderit, non iure id includit, nec agere illud aliter debet quam ut supra diximus quasi suum: sed vel abigere debet sine damno vel admonere dominum, ut suum recipiat.

Квинт Муций: Когда лошадь паслась на чужом участке и ее выгоняли, она выкинула плод, который носила; спрашивалось, может ли ее собственник судиться против того, кто ее выгонял, по закону Аквилія в связи с тем, что он повредил лошадь, когда ее толкнул? И если он ее ударил или намеренно обращался с ней слишком сурово, считается, что можно подавать иск.

Помпоний: Когда кто-либо застает на своем поле хотя бы и чужой скот, он должен выгонять его так, как будто бы он застал свой, поскольку если в этой связи будет причинен ущерб, он защищается специальными исками. Итак, тот, кто застал чужой скот на своем поле, не в праве его запереть и не должен обращаться с ним иначе, чем, как мы сказали выше, как со своим; но он должен или выгнать его, не причинив ущерба, или позвать хозяина, чтобы он забрал свое.

Текст происходит из комментария Помпония к сочинению Кв. Муция, поэтому слова комментатора четко отделены от цитаты из самого труда республиканского юриста, в которой излагается сам казус, но не приводится его квалификация. Слова Помпония, несомненно, зависят от оценки предшественника, и его указание на обязанность обращаться с чужим животным, как со своим, восходит к основам *ius civile*¹, так что многие в этой связи говорят о «золотом правиле», моральном императиве². Кюблер в авторитетной работе о влиянии греческой философии на римское право³ приводит данные, собранные Кошачером в работе о кодексе Хаммурапи, согласно которым вменение хранителю заботы о чужих вещах, как о своих, было широко известно многим древним правопорядкам⁴.

¹ Behrends O. Römischrechtliche Exegese: das deliktische Haftungssystem der *lex Aquilia* // JuS. 1985. Bd. 25. S. 878 sq.; Wacke A. Notwehr und Notstand bei der aquilischen Haftung // ZSS. 1989. Bd. 106. S. 490 sq.

² Dihle A. Die Goldene Regel: eine Einführung in die Geschichte der antiken und frühchristlichen Vulgärethik. Göttingen, 1962; Spindel G. Die Goldene Regel als Rechtsprinzip // Festschrift für Fritz von Hippel. Tübingen, 1967. S. 491 sq.; Pflüger H.H. Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischem Recht // ZSS. 1947. Bd. 55. S. 167.

³ Kübler B. Der Einfluss der griechischen Philosophie auf die Entwicklung der Lehre von den Verschuldensgraden im römischen Recht // Festgabe für Julius Binder. Berlin, 1930. S. 73 sq.

⁴ Koschacker P. Rechtsvergleichende Studien zur Gesetzgebung Hammurapis: Königs von Babylon. Leipzig, 1917. S. 27 sq.

В этом ключе уже византийский комментатор Стефан, а затем и европейские глоссаторы сближали с текстом Цельса порядок возложения ответственности за несчастный случай на ссудополучателя, который при пожаре предпочел спасти свои вещи, тогда как ссуженные погибли (D. 13, 6, 5, 4: *cum possit res commodatas salvas facere, suas praetulit*)¹. Стефан объявлял умыслом, *dolus*, если депозитарий не заботился о взятых на хранение вещах, как о своих (Bas. 13.1.5 (D. 13.6.5.2) Schol. 4: *dolum esse, et si quis rerum depositarum non eandem curam habeat, quam suarum*). Уже у глоссаторов такой подход приводит к вменению *in concreto*: депозитарий, *diligentissimus in suis*, отвечает, если в отношении поклажи он лишь *diligens* (усматривается *fraus* – *Glossa 'quod Nerva'*). Аккурсий не считает возможным освободить ссудополучателя от ответственности, даже если его вещь была ценной, тогда как полученная в ссуду – дешевой (*Gl. 'salvas facere': si res commodata erat vilis pretii, sua vero pretiosa*), ссылаясь на текст Цельса (D. 16, 3, 32: *quod Nerva*) и на вменение опекуну обязанности заботиться о вещах подопечного, как о своих (D. 26, 7, 13).

Л. Магандзани, полагая, что ответственность ссудополучателя за спасение чужой вещи определяется той выгодой (*utilitas*), которую он получает от сделки, упрекает глоссатора в том, что он прилагает к поклаже несвойственный этому договору уровень вменения: хранитель, который не извлекает из сделки никакой пользы, ни при каких обстоятельствах не обязан предпочитать чужие вещи своим³. Исследовательница справедливо отвергает сближение двух ситуаций: в «*quod Nerva*» речь идет о сопоставлении актуальной осмотрительности хранителя с привычным ему уровнем заботливости о своих вещах, тогда как применительно к ответственности ссудополучателя проводится сравнение двух групп вещей, попавших в одну беду, чтобы презюмировать вину должника. Это суждение можно усилить, вспомнив Карла Биндинга, который объяснял возложение ответственности на ссудополучателя тем, что он самим фактом спасения своих вещей опровергает собственное же утверждение о непреодолимости несчастного случая, повлекшего гибель вещей ссудодателя⁴. Это не ответственность за слу-

¹ Норма известна многим современным правовым порядкам. Статья 696 ГК РФ говорит об ответственности ссудополучателя за действие непреодолимой силы, если он «мог предотвратить... пожегивание своей вещью, но предпочел сохранить свою вещь».

² Accursii Glossa in Digestum Vetus // Corpus Glossariorum Iuris Civilis. Vol. VII / A cura di M. Viora. Torino, 1968. P. 503. При этом Аккурсий удерживает и абстрактный критерий, вменяя умысел тому, кто осмотрителен в меньшей мере, чем того требует природа человека, хотя и в терминах субъективного вменения (*negligentissimus*), – Accursii Glossa in Digestum Novum, in Corpus Glossariorum Iuris Civilis. Vol. IX. P. 589.

³ Maganzani L. Op. cit. P. 10.

⁴ Binding K. Die Normen und ihre Übertretung: eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. Bd. II: Schuld und Vorsatz. T. 2: Der Rechtswidrige Vorsatz. 2. Aufl. Leipzig, 1916. S. 740. Ср.: Hesse A. Zur Lehre von *dolus* und *culpa* // AcP. 1878. Bd. 61. S. 203 sq. Ср.: Walter T. Die Funktionen der *Actio Depositum*. Berlin, 2012. S. 167, nt. 181.

чай или непреодолимую силу, это безвиновная ответственность, свойственная судополучателю в римском праве (*custodia*).

3. *FRAUS, DOLUS* И ТЕОРИЯ МИТТАЙСА

Сравнение двух ситуаций обостряет понимание оперативного смысла ссылки на заботу о своем: в одних свидетельствах она выступает как ослабление критерия ответственности, извиняющая ссылка на собственную нерадивость, в других – напротив, как усиление стандарта осмотрительности: как о своем (*quam suis*) – значит, лучше, чем о чужом. На эти расхождения накладываются различия в исторической трактовке роли *quam suis* в ходе становления ответственности за вину: одни считают свойственным классическим авторам стремление расширить сферу ответственности за умысел, объявляя сближение умысла с грубой неосторожностью (*culpa lata*) характерным для византийских юристов (подобно Стефану)¹, тогда как другие считают постклассической тенденцией обращение к *quam suis* для усиления стандарта². Предполагается, что смена концепции повлекла намеренное искажение текстов классиков, вошедших в Дигесты, что затрудняет реконструкцию развития учения о договорной ответственности в римском праве.

В начале XX в. авторитетный австрийский романист Людвиг Миттайс предположил³, что на ранней стадии развития римского обязательственного права прежде всего подавлялся оппортунизм, фрустрирующий доверие кредитора, *fraus* и *dolus* как прямое нарушение *fides*, что влекло для должника бесчестье, *infamia (ignominia)*, поражение в личном статусе. К инфамирующим искам относились иски по публичным обвинениям, деликтам, в области частного права бесчестьем покрывались присужденные по иску об опеке, фидуции, товариществе, поручении и поклаже (D. 3, 2, 1: *qui in iudicio publico calumniae praevaricationisve causa quid fecisse iudicatus erit, qui furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo malo suo nomine damnatus*; Gai., 4, 182: *velut furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, item pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi*; Cic., de nat. deor. 3, 30, 74; D. 48, 1, 7; 47, 2, 64; 1, 22, 2; C. 2, 11; 10, 59)⁴. Миттайс согласовал инфамирующее действие

¹ Европейские глоссаторы, напротив, противопоставляли умысел и *culpa lata* (гл. 'dolum esse' ad D. 50, 17, 223): *Dolus fit ex fraude, magna culpa ex fatuitate* («умысел совершается из коварства, грубая неосторожность – по глупости»).

² Так Г.Ю. Вольф (Wolf H.J. Op. cit.) – применительно к дидактикам восточных юридических школ IV–V вв., последователям и популяризаторам Гая.

³ *Mitteis L. Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians. Bd. I: Grundbegriff und Lehre von den Juristischen Personen. Leipzig, 1908. S. 317 sq.*

⁴ Есть и эпиграфическое свидетельство.

Lex Iulia municipalis (Tab. Heracl.) 11.1: *Quei furtei, quod ipse fecit fecerit, condemnatus pactusue erit; queiue iudicio fiduciae, pro socio, tutelae, mandatei, iniuriarum, deue d(olo) m(al)o condemna-*

присуждения с обвинением в умысле и коварстве. Тяжесть последствий определяла узость круга отношений, в которых критерием вменения выступал *dolus (fraus)*. Постепенное расширение этого круга опиралось на введение презумпций, позволявших приравнять к умыслу также грубую неосторожность (будущая *culpa lata*).

Миттайс считал тенденцию к распространению ответственности классической, тогда как другие функции пересмотра оснований вменения (в частности, оправдательные, связанные с понижением стандарта ответственности, как у *Windscheid*, Pand. 2 § 438 A. 6) должны были свидетельствовать о вторжении в тексты классиков постклассических или юстиниановских авторов¹.

В Италии, опираясь на эту теорию, В. Аранжо-Руиц выдвинул значительно более радикальную теорему². Уравняв по смыслу *dolus* с нарушением *fides*, ученый объявил классическим соответствием требованию добросовестности (*bona fides*) отсутствие умысла: все тексты, в которых присуждение должника ставилось в зависимость от критерия вины (*culpa – sine culpa*), соответственно, должны были подвергнуться искажению в позднейшие эпохи и признавались интерполированными³. Это учение надолго парализовало развитие романистики в области договорной ответственности.

В действительности даже в рамках концепции Аранжо-Руица оставалось место и для ответственности за вину, как вполне классической признавалась и ответственность за *custodia*, однако хронологически развитие учения значительно сдвигалось вправо: получалось, что только с Юлианом и Гаем виновное и безвиновное вменение по принципу *utilitas contrahentium* получало широкое и уверенное применение⁴, хотя центральный обобщающий текст D. 50, 17, 23 по-прежнему признавался глубокой постклассической переработкой Ульпиана⁵. Зависимость от концепции Аранжо-Руица очевидна еще у Казера, хотя для

tus est erit; queiue lege Plaetoria ob eamue rem, quod aduersus eam legem fecit fecerit, condemnatus est erit («тот, кто присужден или будет присужден за кражу, которую сам совершил, или пошел на мировую о краже, или кто по иску о фидуции, о товариществе, опеке, поручении, обиде, или о злом умысле присужден или будет присужден; или кто по закону Плетория по тому же делу, которое он совершил или совершает вопреки этому закону, был или будет присужден...»).

¹ *Mitteis L. Op. cit. S. 328.*

² *Arangio-Ruiz V. Responsabilità contrattuale in diritto romano. 2 ed. Napoli, 1958. P. 58 sq.*

³ Миттайс считал учение о вине разработкой классической юриспруденции 2-й половины II в.: *Mitteis L. Op. cit. S. 324.*

⁴ Миттайс относил учение об *utilitas contrahentium* к ранним классикам («*jüngerer Klassiker*») со ссылкой на Африкана-Юлиана в D. 30, 108, 12: *Mitteis L. Op. cit. S. 324.* О становлении объективной ответственности за *custodia* см.: *Metro A. L'obbligazione di custodire nel diritto romano. Milano, 1966.* Преувеличивает субъективный момент в структуре *custodia* бельгийский автор Р. Робай: *Robaye R. L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain. Bruxelles, 1987.*

⁵ *Mitteis L. Op. cit. S. 322, nt. 34; Wieacker F. Textstufen klassischer Juristen. Göttingen, 1960. S. 218 sq.* Подробнейший анализ текста: *Tafaro S. 'Regula' e 'ius antiquum' in D. 50.17.23. Ricerche sul-*

большинства немецкоязычных авторов следует предполагать определяющее влияние В. Кункеля¹. Доверие к текстам ранних классиков в работах шотландских романистов А. Ватсона² и Дж. Маккормака³ в 1970-е и 1980-е гг. не опиралось на сколь-нибудь глубокую текстологическую критику или историко-правовые соображения и поддержки современников не получило. Однако шаг за шагом общая картина восстанавливалась в убедительной полноте, и сегодня есть впечатляющий опыт консервативного прочтения большинства ведущих свидетельств республиканской эпохи.

4. ИСТОРИЧЕСКОЕ РАЗВИТИЕ ИСКОВОЙ ЗАЩИТЫ ДОГОВОРНЫХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

Учение о договорной ответственности тесно связано с учением об исковой защите и хронологией исков по доброй совести (*bonae fidei iudicia*). По общим представлениям, иски, основанные на факте (*actiones in factum*), допускали обсуждение субъективных критериев вменения только в тех случаях, когда они прямо упоминались в исковой формуле. Так, формула *in factum* иска из поклажи (*actio depositi*) упоминала как условие присуждения умысел (*dolus malus*)⁴, что не только возлагало на истца бремя доказывания, но и исключало неосторожность из оснований ответственности хранителя. В исках же по доброй совести подобных ограничений не было, и обсуждение критериев и видов вины получило применительно к этой проблематике большое развитие. Здесь ответственность выступает элементом содержания обязательства (*oportere*) и автоматически следует из невыполнения требований *ius civile*.

В этой связи следует подчеркнуть, что предполагавшаяся еще во 2-й половине прошлого века такая фаза развития для исков из консенсуальных договоров, когда они якобы имели только формулу *in factum*, не находит подтверждения в источ-

la responsabilità contrattuale. Vol. 1. Bari, 1984. P. 21 sq. Опыт бережного прочтения: Santucci G. 'Utilitas contrahentium'. Note minime su una regola che 'cacciata dalla porta rientra dalla finestra' // Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Vol. 3 / A cura di R. Fiori. Napoli, 2008. P. 277 sq. См. также: Pelloso C. La 'latitudine' della culpa e l'*utilitas contrahentium*. Brevi note su pensiero classico e regole post-classiche // Studi Urbinati, A – Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche. 2020. Vol. 71. P. 595 sq. (<https://doi.org/10.14276/1825-1676.2496>).

¹ Kunkel W. *Diligentia* // ZSS. 1925. Bd. 45. S. 170 sq.; *Id.* Das römische Privatrecht. Köln; Wien, 1946. S. 174 sqq.

² Watson A. *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*. Oxford, 1965.

³ MacCormack G. 'Culpa' // SDHI. 1972. Vol. 38. P. 176 sq.; *Id.* Custodia and culpa // ZSS. 1972. Bd. 89. S. 181 sq.; *Id.* Dolus in the Law of the Early Classical Period // SDHI. 1986. Vol. 52. P. 268 sq.; *Id.* Dolus, culpa, custodia, diligentia: Criteria of Liability or Content of Obligation // Index. 1994. Vol. 22. P. 189 sq.

⁴ Текст формулы приводит Гай (*Gai.*, 4, 47). См.: Дождев Д.В. Римское частное право. 3-е изд. М., 2008. С. 212–213 [п. 85]. Помимо иска о поклаже прямое упоминание умысла содержали и некоторые другие иски *in factum* (*Labeo in D. 27, 6, 9, 1: in dolum concipiuntur*). См.: *Mitteis L. Op. cit.* S. 320.

никах¹. Во-первых, для исков из консенсуальных договоров гипотетическая фаза с формулой *in factum* не оставила решительно никаких следов; во-вторых, в науке все больше утверждается точка зрения, по которой различие между формулами определяется различием функций, а не стадий развития исковой защиты договорных обязательств: под сомнение ставится само допущение периода, когда формулы *in factum* (основанные не на праве, а на *imperium* претора) были бы единственным средством защиты договорных обязательств. Напротив, применительно к договору купли-продажи исковая защита с формулой *in ius* удостоверена для конца III в. до н.э. – самого раннего из возможных этапов наблюдения (D. 19, 1, 38, 1)². Сходная датировка предполагается и для *actio fidei* – иска из фидуциарного договора, формула которого сохранила архаические языковые формы, которые исчезают во II в. до н.э. Для эпохи *veteres* – II–I в. до н.э. – известны свидетельства в пользу существования формул *in ius* и для других договорных типов.

Рассмотрим следующий текст в материи ведения чужих дел без поручения (*negotiorum gestio*). Иск из действий в чужом интересе имел две формулы – *in ius* и *in factum*, что и стало предметом изучения со стороны Морица Влассака, предложившего теорию перехода от первоначальной преторской защиты исками с формулой по факту к искам, основанным на праве (*bonae fidei iudicia*)³. Эти данные понадобятся нам в дальнейшем исследовании, а небольшое погружение в проблематику текстологического анализа может послужить предварительным введением в историю оснований ответственности в римском праве.

D. 3, 5, 10 (*Pomp.*, 21 ad Q. Muc.):

Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debes.
sed Proculus interdum etiam casum praestare debere, veluti si novum nego-

- ¹ Формулы *in factum* наряду с формулами *in ius* зафиксированы для договоров поклажи и ссуды (*Gai.*, 4, 47), а также убедительно реконструированы для реального залога и *negotiorum gestio*. Однако феномен двойных формул ограничивается этим узким кругом. См. в целом по проблеме: Gallo F. *Bona fides e ius gentium // Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*. Atti A. Burdese. Padova, 2003. Vol. II. P. 142 sq.
- ² Невозможность защиты требования продавца о компенсации расходов на содержание вещи до передачи в рамках иска по строгому праву отмечал уже Броджини: Broggin G. *Iudex arbiter*: Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters. Böhlau, 1957. S. 221–223. См. также: Apathy P. *Mora accipiendi und Schadenersatz // ZSS*. 1984. Bd. 101. S. 193; *Talamanca M. Vendita (dir. rom.) // ED*. Vol. 46. Milano, 1993. P. 305; Gröschler P. *Willenseinigung zur Schuldbegründung (Konsensualkontrakte) // Handbuch des römischen Privatrecht / Hrsg. von U. Babusiaux, Chr. Baldus, W. Ernst, F.-S. Meissel, J. Platschek, Th. Ruffner*. Bd. III. Tübingen, 2023. S. 650 и nt. 25, где другая литература.
- ³ Вопрос остается нерешенным. См.: Gröschler P. *Actiones in factum: eine Untersuchung zur Klagen-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich*. Berlin, 2002; Fiori R. *Ea res agatur: I due modelli del processo formulare repubblicano*. Milano, 2003; Kranjc J. *In ius und in factum konzipierte Klagenformularen // Usus antiquus Juris Romani: antikes Recht in lebenspraktischer Anwendung / Hrsg. von W. Ernst, E. Jakob*. Berlin, 2005. S. 127 sq.

tium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine eius geras: veluti venales novicios coemendo vel aliquam negotiationem ineundo. nam si quid damnatum ex ea re secutum fuerit, te sequetur, lucrum vero absentem: quod si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnatum, absens pensare lucrum cum damno debet.

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; например, покупая оптом для перепродажи рабов-новичков или вступая в какую-нибудь коммерческую сделку. Ведь если вследствие этого дела наступит какой-либо ущерб, он ляжет на тебя, а выгода достанется отсутствующему; если же от одних дел получится прибыль, от других – ущерб, отсутствующий должен будет зачесть выгоду с ущербом.

Обратим сразу внимание на то, что глагол «*praestare*» (обеспечивать, предоставлять) может употребляться не только с положительными наименованиями моделей исполнения – прилежанием, вниманием, рачительностью, заботливостью, охраной (*praestare diligentiam, curam, custodiam*), но и их противоположностями – умыслом, виной, неосторожностью, неопытностью и нерадивостью (*praestare dolum, culpam, negligentiam, imprudentiam, imperitiam*), причем последнее употребление более распространено и может считаться идиоматическим¹. Такое словоупотребление не только показывает амбивалентность понятия «*praestare*», для которого в современном языке весьма непросто подобрать универсальный эквивалент, способный соответствовать всем аспектам смысла, но и подчеркивает материально-правовой характер названной обязанности. Поэтому хотя перевести «*praestare*» в терминах ответственности – «отвечать за умысел», «нести ответственность за вину», «отвечать за неосмотрительность» или, наоборот, «отвечать за заботливость», «отвечать за рачительность» – соблазнительно удобно, все же такой перевод в полной мере не передает и даже искажает важнейшее свойство феномена, а именно то, что *praestare* принадлежит плану предоставления (плану долга, исполнения, *Schuld*), а не плану ответственности (*Haftung*). *Praestare* указывает на качество действий, ожидаемых от должника, качество, которое является определяющим для установления содержания обязательства. В этом смысле триада – *dare, facere, praestare* (*Gai.*, 4, 2)² – представляет собой органичное единство, выстроена на едином основании и относится к *Schuld* (предоставлению), а не к формам ответственности. Как неисполне-

¹ Это положение – отправное в прорывной работе Р. Кардилли: *Cardilli R. L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano* (II sec. A.C. – II sec. D.C.). Milano, 1995. P. 188 sq.

² Идиома засвидетельствована эпиграфически: *lex de Gall. Cis.*, XXII, 31 (сер. I в. до н.э.); *lex Irnit.*, с. 79, 50; с. 83, 48 (конец I в. н.э.).

ние и просрочка являются основаниями вменения при обязательствах *in dando* (*dare*)¹, так и отступление от стандарта осмотрительности и заботливости при обязательствах *in faciendo* (*facere*) составляет виновное нарушение и квалифицируется как неисполнение или ненадлежащее исполнение и составляет основание для присуждения ответчика. Нарушение обязанности *praestare* есть нарушение обязательства, вид неисполнения.

В нашем тексте Прокул, авторитетнейший юрист 1-й половины I в., под именем которого в дальнейшем известна школа, основанная Лабеоном, возражая юристу предшествующего поколения, прибегает к выражению «*casum praestare*» («отвечать за случай»), что проявляется в том, что возможный ущерб от сделок, непривычных хозяину дела (*dominus negotii*), ложится на *gestor'a*, тогда как все выгоды достанутся принципалу. Распределение прибыли и ущерба от совместной деятельности или деятельности в общем интересе – важнейшее определение возникающих обязательств сторон. «Случай» относится к неизвестности и неопределенности результата ведения дел для *gestor'a*, тогда как сама возможность такого распределения выгод и невыгод между сторонами наделяет содержанием обязательство и формирует *praestare*: не действия должника и даже не их качество, а иной элемент предмета обязательства – режим соучастия и взаимодействия в общем деле.

Четкое отделение позиции Прокула (*sed Proculus ...*) и указание на ее новизну подчеркивает принадлежность первой фразы («*Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debes*») к устойчивому и известному порядку, управляющему отношению *negotiorum gestio*. Получается, что сам Кв. Муций Сцевола понтифик (сочинение которого комментирует юрист II в. Секст Помпоний) мог обсуждать параметры присуждения по иску *ex fide bona*, причисляя к ним *culpa*. Исходя из этих соображений, Влассак признавал, что текст зафиксировал введение формулы *in ius* уже к концу II в. до н.э.³ О. Ленель считал, что начиная с этого фрагмента изложение *negotiorum gestio* в титуле D. 3, 5 обра-

¹ Сходная логика прослеживается и при обращении к проблеме в понятиях «обязательство-результат» и «обязательство-средство» (если таким образом передать предложенную Рене Демогом (*Demogue R. Traité des obligations en général*. T. V. Paris, 1925. P. 6 sq.) дихотомии *obligations de resultat – obligations des moyens*). Однако в современной французской доктрине и судебной практике дихотомия выдерживается только применительно к обязательствам *in dando*, которые всегда представляют собой обязательство-результат. Обязательства *in faciendo* (сделать или воздержаться от действия) распадаются на обязательства-результат, смягченное обязательство-результат (*allegée*), усиленное обязательство-результат (*aggravée*), обязательство-средство и усиленное обязательство-средство. При смягченном результативном обязательстве должник может оправдаться, доказав, что ущерб наступил без его вины (например, ст. 1732 ФГК), тогда как при усиленном – лишь доказав действие непреодолимой силы. См.: *Terré F., Simler Ph., Lequette Y., Chénéde F. Droit civil. Les obligations*. 12th éd. Paris, 2018. P. 907–908.

² О тексте см.: *Cardilli R. Op. cit.* P. 211–214, 398–401, 412.

³ *Wlassak M. Zur Geschichte der Negotiorum Gestio: eine rechtshistorische Untersuchung*. Jena, 1879. S. 37 sq.