

Д. В. ДОЖДЕВ,
профессор, докт. юрид. наук,
ведущий научный сотрудник ИГП РАН,
декан факультета права Московской высшей
школы социальных и экономических наук

ВОЗЛОЖЕНИЕ РИСКА НА ПОКУПАТЕЛЯ В КЛАССИЧЕСКОЙ КУПЛЕ-ПРОДАЖЕ

В римском праве, в котором впервые была разработана конструкция договора купли-продажи, утвердилось правило возложения риска случайной гибели или повреждения товара на покупателя (*periculum est emptoris*). Смысл и значение этого правила составляют научную проблему, не решенную до сих пор. Остаются неясными как подлинное содержание договорного риска при купле-продаже, взятого в структуре взаимных обязательств сторон, так и основание парадоксального распределения ущерба, вызванного действием непреодолимой силы.

По классическим воззрениям, договор купли-продажи вступает в силу с момента его заключения, т. е. достижения соглашения по существенным элементам содержания — о товаре и цене (консенсуально, *consensu* — Gai. 3, 135, 136), так что стороны соглашения становятся соответственно покупателем и продавцом еще до того, как они приступили к исполнению. На продавца до передачи товара возлагается строгая (безвиновная) ответственность за любые повреждения или ухудшения проданной вещи (*custodia*), будь они даже следствием несчастного случая (*casus minor* в средневековой терминологии) или действий третьих лиц, тогда как действие непреодолимой силы (*vis, casus maior*) поражает покупателя. Риск (*periculum*) связан именно с теми событиями, которые не находятся под контролем людей, которым человеческая слабость противостоять не может (почему здесь, собственно, и говорят о «*vis*» — непреодолимой силе). За события такого рода никто не отвечает (даже современный российский предприниматель), они составляют сферу риска, а не ответственности, и распределение риска подчиняется правилам, отличным от правил, которые управляют

договорной ответственностью¹. В рамках взаимных обязательств сторон купли-продажи возложение риска на покупателя означает, что в случае гибели товара обязательство покупателя остается в силе, несмотря на невозможность исполнения обязательства продавца, так что покупатель обязан уплатить цену ни за что. В случае повреждения товара под действием непреодолимой силы покупатель лишен права соразмерно уменьшить цену и его обязательство сохраняется в полном объеме, несмотря на частичное освобождение продавца от встречного предоставления (так называемая частичная невозможность исполнения).

Возложение на покупателя риска случайной гибели или повреждения товара компенсируется тем, что в его пользу зачисляются все плоды и доходы от вещи, а также приращения, вызванные природными событиями или действиями третьих лиц (включая требования из правонарушений против третьих лиц, даже штрафные, объем которых превышает понесенный ущерб). Иными словами, структура римской купли-продажи относит к покупателю все выгоды и невыгоды (*commoda et incommoda*), связанные с проданной вещью, с момента вступления договора в силу (достижения соглашения о товаре и цене). При продаже родовых вещей вопрос об угрозе гибели или повреждения может, разумеется, встать только с момента их индивидуализации, когда становится точно ясно, что именно стало объектом купли — *emptio perfecta* («совершенная купля»). Достижение требуемой определенности предмета составляющих правоотношение взаимных обязательств (товар, цена) отводит правилу распределения риска место в структуре обязательственного эффекта договора. Отнесение выгод и невыгод на покупателя происходит в силу обязательственного права и должно быть осмыслено в этих категориях.

Правило *periculum est emptoris* нарушает принцип условной синаллагмы (взаимности обязательств, от греч. *Synállagma* — обменная сделка): если одно из синаллагматических обязательств прекращается из-за невозможности исполнения и так, что сторона, освободившаяся от обязательства, за это не отвечает, другое обязательство также должно прекратиться, так как оно не может существовать в отсутствие встречного обязательства².

¹ Противопоставление различных критериев ответственности и возложения риска проводится в знаменитом тексте D. 50, 17, 23 (Ulp., 29 ad Sab.), из последних слов которого выводят максимум: «за действие непреодолимой силы никто не несет ответственности» (*casus a nullo praestatur*).

² Benöhr H. P. Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts. Hamburg, 1965. S. 1 sq.; 8 sq.; 81 sq.; Zimmermann R. The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford, 1996. P. 810.

Обязательство, возникающее между сторонами из договора купли-продажи, синаллагматическое (взаимное): оно может возникнуть только как взаимное, на обеих сторонах — *генетическая* синаллагма, и каждая из сторон может потребовать исполнения в свою пользу, только предложив или гарантировав (предоставив обеспечение) свое обязательство, — *функциональная* синаллагма³. В рамках функциональной синаллагмы и выделяют *условную* синаллагму, так что описанная взаимная обусловленность требований исполнения предстает функциональной синаллагмой «в узком смысле», составляя вместе с условной синаллагмой функциональную синаллагму «в широком смысле»⁴. В действительности этот аспект ближе к генетической синаллагме: обязательство может как возникнуть, так и продолжать существовать только как взаимное⁵.

Этот принцип и нарушается при возложении риска на покупателя: с прекращением встречного обязательства продавца его обязательство продолжает существовать. Если бы невозможность исполнения на стороне продавца наступила виновно (или даже безвиновно — *custodia*), это обязательство преобразовалось бы в ответственность (римляне здесь прибегают к гениальной конструкции увековечения обязательства — *perpetuatio obligationis*), так что сохранение обязательства по уплате цены не наносило бы покупателю невосполнимый ущерб: обязательства бы погашались зачетом. Сходным образом если бы продавцу следовали какие-либо компенсации от третьих лиц (например, за повреждение или уничтожение товара), даже страховка, то нарушение баланса (*aequilibrium*) не выглядело бы таким вопиющим. В ситуации же когда продавец освобождается от своего обязательства без всякой ответственности и компенсаций — за действие непреодолимой силы никто не отвечает! — сохранение в силе обязанности по уплате цены предстает совершенной несправедливостью. Эта несправедливость и составляет проблему.

³ Категории разработаны Бехманном именно применительно к купле-продаже. См.: *Bechmann A. Der Kauf nach gemeinem Recht. Bd. I. Geschichte der Kaufs im römischen Recht. Erlangen, 1876. S. 565 sqq.*

⁴ Критику см.: *Gernhuber J. Das Schuldverhältnis. Tübingen, 1989. S. 317.* Там же (А. 27) другая литература.

⁵ В ФГК этот принцип сформулирован в категориях отменительного условия (art. 1184: *condition résolutoire*), под которым существуют взаимные обязательства. В ГГУ содержатся две нормы: в общей части договорного права § 326, которая представляет собой частный случай прекращения обязательства вследствие наступления невозможности исполнения и конкретизирует общий принцип обязательственного права, выраженный в § 275; в ст. 328 ГК РФ отражен принцип функциональной синаллагмы, тогда как нормы, регулирующие условную синаллагму, в нашем Кодексе нет.

1. Правило «*periculum est emptoris*» в пандектистике

Римское правовое наследие в области распределения риска при купле-продаже воспринималось вполне одобрительно в Средние века и в эпоху Возрождения: следование классическим образцам отвечало их авторитету, а также тому развитию, которое консенсуализм получил в романской правовой культуре. Однако наделение соглашения сторон (консенсуса) вещно-правовым действием в романской традиции лишило правило возложения риска на покупателя присущего ему обязательственно-правового значения. Переход риска стал увязываться с переносом собственности и восприниматься как проявление правила *casus sentit dominus* (случай поражает собственника; в другом варианте: *res perit domino* — вещь гибнет в ущерб собственнику). В эпоху рационализма возложение риска на собственника представляли соответствующим требованиям естественного права (Гроций, Пуффендорф), хотя в обоснование приводился скорее авторитет очевидности (лучше сказать, умозрительности). Связь возложения риска с получением права собственности получила отражение в «естественно-правовых» гражданских кодексах XVIII в. и сохранилась в последующих кодификациях.

Французский гражданский кодекс (art. 1358) переносит риск на покупателя с момента договора (и даже воспроизводит концепцию *emptio perfecta*: «*la vente parfaite*» — art. 1583–1586). Однако этот момент во французском праве означает и переход права собственности на покупателя. Германское гражданское уложение (§ 441 (1)) относит переход риска к моменту передачи, т. е. также к переносу права собственности. По совершенно справедливому суждению Циммерманна⁶, оба порядка совпадают в одном: они следуют правилу *res perit domino*. Заметим, однако, что положение о переходе риска на покупателя оказывается излишним именно постольку, поскольку этот момент совпадает с переходом собственности. Если покупатель стал собственником, основное обязательство продавца исполнено, и последующая гибель или порча товара уже никак не сможет сказаться на судьбе встречного обязательства покупателя. Во французском праве, где на продавце, несмотря на перенос собственности, остается еще обязанность по передаче владения, постановка вопроса о (договорном) риске, кажется, не совсем лишена смысла: если вещь погибнет до передачи под действием непреодолимой силы, покупатель так и не получит владения, но будет должен заплатить покупную цену (или не сможет вернуть уже уплаченную).

⁶ Zimmermann R. Op. cit. P. 292.

Разрыв между полным исполнением обязательства одной стороной и неполным исполнением другой создает почву для возможного нарушения взаимности и ставит вопрос о риске. Правило *res perit domino* оказывается несправедливым, демонстрируя свою ограниченность и несогласованность с вопросами обязательственного права.

Обращение к примитивным (интуитивным) конструкциям в Новое время связано именно с тем, что справедливость и необходимость классического правила *periculum est emptoris* отнюдь не очевидна: оно по-прежнему нуждается в обосновании и надлежащей юридической квалификации. Подводя итоги осмысления правила в пандектистике XIX в., Фосс выделял три группы теорий⁷:

- 1) фикция вины покупателя;
- 2) фиктивное исполнение;
- 3) независимость взаимных обязательств.

Первую группу теорий образуют концепции, которые связывают возложение риска на покупателя с задержкой принятия или выборки товара, что хотя и не составляет просрочку кредитора с технической точки зрения, все же по последствиям приравнивается к ней. Эта немногочисленная группа авторов наиболее остро почувствовала несправедливость правила *periculum est emptoris*, но в поиске обоснования пришла к тому, чтобы выдать следствие за причину: раз покупатель ставится в столь неблагоприятное положение, следует презюмировать его вину.

Надо сказать, что именно эти авторы выступают противниками правила. Иеринг⁸ демонстрирует вопиющую несправедливость возложения риска на покупателя, обращаясь к ситуации многократной продажи одной и той вещи: если представить себе, что проданный несколько раз последовательно разным покупателям корабль утонет, то все покупатели останутся обязаны заплатить цену! Ясно, что несправедливость нарушения взаимности будет той же и при одной продаже; увеличивая число потерпевших, ученый достигает более сильного впечатления, но не углубляет понимание проблемы. В римском праве ситуация многократной продажи будет рассматриваться так же, как если бы продажа была заключена с одним покупателем («*quasi alii non vendidissem* (будто бы другому я не продавал)» — Paul., 19 quaest., D. 18,

⁷ Voss F. Über den Satz «periculum est emptoris». Ein kritischer Versuch. Hamburg, 1898.

⁸ Ihering R. v. Über den Sinn des Satzes: Der Käufer trägt die Gefahr, mit besonderer Beziehung auf den Fall des mehrfachen Verkaufs (Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufcontract. I) // Jahrb. f. Dogm. 3, 1859. S. 449 sqq.

4, 21⁹), и в отсутствие действия непреодолимой силы продавец будет нести ответственность за неисполнение перед каждым покупателем. Ответственность за каждую последующую продажу (которую будет невозможно исполнить) многократно увеличит потери продавца, его же выигрыш при гибели товара и составляет проблему, которая только затемняется с обращением к многократной продаже.

В представлении Иеринга возложение риска на покупателя означает, что от покупателя ожидаются немедленные действия по принятию товара и он несет неблагоприятные последствия их несовершения. При обязательственном действии купли задержка исполнения запрограммирована, и чтобы не перегружать процессуальную сферу, вводится презумпция, в соответствии с которой возможный ущерб возлагается на покупателя¹⁰. Сходную логику развивает и Пунтшарт¹¹, акцентируя значение момента перфекции купли-продажи (*emptio perfecta*) как возложение обязанностей на покупателя: осведомленный о готовности обязательства к исполнению, покупатель выступает тем лицом, кого в первую очередь касается результат исполнения и на кого поэтому падают последствия случайного неисполнения. Зная о готовности товара к передаче, покупатель оказывается естественным образом той стороной, неспособность которой к принятию товара трактуется как нежелание. Переход риска предвосхищает задержку по принятию (даже в отсутствие *mora creditoris*)¹².

Задержка исполнения, связанная с обязательственным характером римской купли-продажи, традиционно признавалась достаточным оправданием возложения риска на покупателя. Савиньи, Пухта, Вангеров¹³ преподносили перенос риска как нормальное следствие откладывания переноса права собственности. Пухта формулирует как правило то, что гибель индивидуально-определенной вещи относится к кредитору: *species perit ei cui debetur*¹⁴. Кох¹⁵ просто рассуждает в терминах *creditoris est periculum*: любое случайное препятствие к исполнению, естественно, ложится на

⁹ О тексте см.: Weyand S. Kaufverständnis und Verkäuferhaftung im klassischen römischen Recht // TR, 51, 1983. S. 258 sqq.

¹⁰ Ihering R. v. Über den Sinn, cit. S. 461–465; Id. Der Geist des ro

¹¹ Puntshart V. Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des römischen Privatrechts. Halle, 1885. S. 215 sqq.

¹² См. также: Bernhöft F. Beitrag zur Lehre vom Kaufe // Jahrb. f. Dogmatik, 14, 1875. S. 58 sq., 81 sq.

¹³ Vangerow K.A. v. Lehrbuch der Pandekten. Bd. III. Marburg, 1869. S. 211.

¹⁴ Puchta G.F. Lehrbuch der Pandekten, 3 Aufl. Leipzig, 1845. S. 428 (§ 302).

¹⁵ Koch C.F. Das Recht des Forderungen. Berlin, 1858. S. 202 sq.

кредитора (покупателя), должник свободен от ответственности, потому что никто не отвечает за действие непреодолимой силы. Действительно, Кох связывает переход риска при купле-продаже с фикцией реального исполнения, к которому приравнивается случайная гибель товара, и в этом смысле примыкает к получившей значительное распространение **второй группе теорий**. В этом ключе уже Савиньи говорил о преобразовании обязательственного правоотношения с гибелью вещи (невозможность исполнения) и подчинении отношения правилам права собственности¹⁶.

К трактовке невозможности исполнения как фикции передачи прибегает еще ранее Вэхтер¹⁷, но само выделение этой группы теорий сомнительно¹⁸. Теорию фингированного исполнения Регельсбергер в 1871 г. противопоставляет «старому учению»¹⁹, инспирированному идеей *periculum creditoris*. Наиболее яркий автор теории фикции Фукс²⁰ возводит ее к естественному праву и считает приравнивание невозможности исполнения к передаче наиболее справедливым решением. Вэхтер же объявляет возложение риска на покупателя несправедливым и необъяснимым²¹. Сохранение одного из встречных обязательств в силе при прекращении другого невозможностью исполнения он объясняет не столько тем, что невозможность приравнивается к передаче²², сколько признанием независимости этих обязательств друг от друга, предвосхищая теорию Дербурга. Несоответствие правила *periculum est emptoris* принципам взаимного обязательства, поскольку невозможность исполнения на одной из сторон должна отменять встречное обязательство, отмечает и Моммзен²³. Он снимает противоречие тем, что приравнивает перфекцию купли к исполнению, также примыкая к теории Фукса.

¹⁶ Savigny F. C. v. Obligationenrecht. Bd. II. Berlin, 1853. S. 287. См. также: *Id.* System des heutigen römischen Rechts. Bd. III. Berlin, 1840. § 104.

¹⁷ Wächter C. G. v. Wer hat bei Obligationen der Gefahr zu tragen? // Archiv f. civ. Praxis, 15, 1832. S. 188 sqq.

¹⁸ Век спустя Пеннитц также объединяет Коха и Вэхтера как адептов концепции фикции реального исполнения. См.: Pennitz M. Das Periculum rei venditae: ein Beitrag zum «akzonenrechtlichen Denken» im römischen Privatrecht. Wien; Köln; Weimar, 2000. S. 16.

¹⁹ Regelsberger F. Über die Tragung der Gefahr beim Kaufvertrag // Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 13, 1871. S. 93 sq.

²⁰ Fuchs K. Beitrag zur Lehre vom *periculum* bei Obligationen // AcP, 34, 1851. S. 110.

²¹ Wächter C. G. v. Wer hat bei Obligationen, cit. S. 192 sq.; 198 sq.

²² Здесь Вэхтер опережает Савиньи. Регельсбергер (Regelsberger F. Über die Tragung der Gefahr, cit. S. 92) именует его теорию «теорией невозможности» («Impossibilitätstheorie»).

²³ Mommsen F. Beiträge zum Obligationenrecht. Bd. I. Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse. Braunschweig, 1853. S. 346 sq. См. также:

Самую широкую трактовку перфекции как акта, предвосхищающего реальное исполнение, предложил в своей диссертации Кунтце²⁴. Его называют подлинным основателем концепции юридической природы купли как отчуждения (*Entäußerungstheorie*). Кунтце впервые говорит о переносе товара в имущественную сферу покупателя с момента *emptio perfecta*. Еще до передачи товар юридически рассматривается как принадлежащий покупателю. Подхваченная Эндеманном²⁵ и Виндшайдом²⁶, эта теория заметно искажается. Виндшайд представляет заключение договора продавцом как отречение от вещи, ее назначение в обладание покупателя²⁷.

Трактовка правил о возложении риска с позиций вещно-правового действия купли, которое усматривается либо в содержании самого обязательства продавца, либо в фикции передачи (при случайной гибели или в момент *perfectio*), закономерно влечет за собой трактовку в псевдоисторическом (и псевдоэволюционистском) ключе, будто такая конструкция представляет собой пережиток древней реальной сделки. Эта позиция озвучена в работе Перниса²⁸. Именно она сегодня становится ведущей для объяснения правила *periculum est emptoris*. Следующие ей авторы апеллируют к Виндшайду, но у великого пандектиста речь шла о свойствах *обязательства*. Этот аспект (и этот уровень понимания вопроса) сегодня, как мы еще увидим, игнорируется. Это неудивительно, если учитывать, что современные последователи Виндшайда склонны рассматривать риск покупателя как коррелят к строгой ответственности продавца, спекулятивно представляя правоотношение как одностороннее (ведь риску гибели подвержен только товар), будто проблема сводится не к согласованию взаимных обязательств, а к специфике обязательства продавца. Этот подход воспроизводит слабости «старой» трактовки проблемы с позиций *periculum creditoris* — обычного возло-

Mommsen F. Erörterungen aus dem Obligationenrecht. Heft. 1. Erörterungen über die Regel: Commodum eius esse debet, cuius periculum est. Braunschweig, 1859 (есть новый репринт — Aalen: Scientia Verlag, 1997).

²⁴ Kuntze J. E. In obligationibus bilateralibus ad utrum contrahentium obligationis periculum pertineat? Lipsiae, 1851.

²⁵ Endemann W. Das Deutsche Handelsrecht. Systematisch dargestellt. 3 Aufl. Heidelberg, 1876. S. 545.

²⁶ Windscheid B. Lehrbuch des Pandektenrechts, 5 Aufl. Bd. II. Stuttgart, 1879. S. 465 sqq.

²⁷ Этой мысли следует Бернхёфт, ссылаясь на D. 41, 2, 51, см.: Bernhöft F. Beitrag, cit. S. 126 sq.

²⁸ Pernice A. Marcus Antistius Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit. Bd. I. Halle, 1873. S. 456 sq.; Bd. II. Halle, 1895. S. 320 (отсылка к купле за наличные).

жения риска на кредитора как следствия правила *casus a nullo praestatur* (за действие непреодолимой силы никто не несет ответственности).

Противоречие, в котором правило перехода риска оказывается со взаимностью обязательств, пытается преодолеть **третья группа теорий**. Парадоксальным образом именно эти концепции отрицают взаимозависимость возникающих из договора купли-продажи обязательств. Автор теоретического обоснования функциональной синаллагмы Бехманн критикует Вэхтера за неисторичность и отказ учитывать взаимность обязательств сторон договора купли-продажи²⁹. В представлении же Бехманна именно возложение риска на покупателя выступает проявлением единства принципов генетической и функциональной синаллагмы. Риск оказывается следствием отсрочки перехода собственности, как в «старом учении»³⁰. Верный различению взаимности предоставлений и взаимности обещаний, Бехманн объявляет куплю-продажу *идеальным* обменом (*Austausch und Umsatz*) товара на деньги³¹, так и не достигая понимания договора как установления взаимных обязательств.

Полный разрыв с идеей синаллагмы провозглашает Дербург³². Он, как и сторонники «старого учения», считает совершенно нормальным, что покупатель остается обязанным, несмотря на прекращение обязательства продавца. По его мнению³³, такова природа двустороннего договора: она предполагает, что у покупателя на требование цены есть возражение о передаче товара, поэтому когда товар гибнет случайно и продавец не несет ответственности, возражение снимается и, таким образом, риск ложится на покупателя!

Выводы, к которым приводит этот обзор, неутешительны: даже те ученые, которые осознавали проблему, не удовлетворяясь бессмысленным *casus sentit dominus*³⁴, не предложили убедительного обоснования классического принципа, что, конечно, обедняет наше знание в области купли-продажи. Вместе с тем эти поиски выявили клю-

²⁹ *Bechmann A.* Der Kauf nach gemeinem Recht. Bd. II. System des Kaufs nach gemeinem Recht. Erlangen, 1884. S. 101 sq.

³⁰ Закономерна критика Дегенкольба в рецензии на первый том Бехманна. См.: *Degenkolb H.* Krit. VJS, 20, 1878. S. 499–501.

³¹ *Bechmann A.* Der Kauf nach gemeinem Recht. Bd. I. S. 542, 591 sq.

³² Уже в работе: *Dernburg H.* Die Compensation nach römischem Rechte mit Rücksicht auf die neueren Gesetzgebungen. Heidelberg, 1854.

³³ См.: *Dernburg H.* Pandekten. Bd. II. 4 Aufl. Berlin, 1894. S. 54 (§ 20).

³⁴ Как поступает, например, Бринц. См.: *Brinz A. V.* Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl. Erlangen, 1873. Bd. II, 1 § 277. Такой подход означает отказ от понимания классического правила.

чевые проблемы и наметили дальнейшие пути, по которым пошла современная романистика. Идея уподобления (фикции) невинной гибели товара передаче (лишь намеченная в наших источниках), несомненно, несет в себе значительный эвристический заряд: понятно, что оставление обязательства покупателя в силе предполагает либо его ответственность за задержку передачи (также фиктивную), либо удовлетворенность, которая предвосхищается в момент достижения полной определенности предмета договора (*emptio perfecta*). Однако центральное направление осмысления распределения договорного риска при купле-продаже не сопровождалось разработкой структуры правоотношения, так что учение о взаимности обязательств именно в этом пункте (где противоречие могло бы привести к новому знанию) осталось неосмысленным, а также стимулировало метафорическое привнесение вещно-правовых категорий в чисто обязательственную конструкцию классической купли. Итак, в области учения о синаллагме попытка осмысления правила *periculum est emptoris* привела к отказу от соблюдения принципа взаимозависимости договорных обязательств и, по сути, к утрате парадигмы³⁵; в области уподобления перехода риска передаче прорывные суждения Кунтце об обязательственно-правовом воплощении искомого вещного эффекта в рамках купли-продажи были подзабыты и подменены либо вещно-правовыми категориями, либо псевдоисторическим возведением ключевого аспекта структуры классической купли-продажи к гипотетическим примитивным или обывательским формам, таким как купля за наличные (*Bahrkauf*) или купля с немедленным исполнением (*Zug um Zug*).

Сегодня правило *periculum est emptoris* остается неосмысленным: оно находится в явном противоречии с принципами взаимных обязательств и не пользуется признанием в действующих кодификациях гражданского права. Господствующее в романистике направление, вопреки убедительной критике³⁶, выводит его из якобы исторически предшествующей развитой конструкции купли за наличные, надолго заразившей мышление классиков идеей (*Bahrkaufgedanke*), которая

³⁵ Так, уже Иеринг представлял двусторонний договор как обмен односторонними обещаниями (*Ihering R. v. Geist, cit. Bd. II. S. 576*), закрывая путь к адекватному осмыслению института.

³⁶ См.: *Flüme W. Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken. Paderborn; München; Wien; Zürich, 1990. S. 57–58*, где автор отказывается следовать идее о происхождении договора купли-продажи из купли за наличные, критикуя Казера, Мейлана и Рабеля.

не могла не привести к несправедливому порядку. Теория опирается на авторитет великих ученых³⁷. Этой теории сегодня следуют даже те, кто убедительно высказался за трактовку правила в контексте обязательственных отношений³⁸.

Тезис о специфическом распределении риска как следствии (или пережитке) купли за наличные (*Bahrkauf*), как якобы первичной стадии в развитии купли-продажи предполагает, что римляне пошли на нарушение принципов консенсуальной купли с чисто обязательственным действием под влиянием некоего исторического прошлого и что это прошлое получило признание, которое ведет к осознанному насаждению несправедливости в настоящем. Получается, что классики удержали от гипотетического прошлого такие взгляды на институт, которые совершенно не совместимы с договорной куплей-продажей: они, согласно этой концепции, не только предвосхищали результат исполнения, но и подчиняли всю юридическую конструкцию купли вещно-правовым ожиданиям сторон. Пребывали ли римские юристы в плену примитивных представлений прошлого (которое остается недоказанной гипотезой) или шли на поводу у обывательских представлений — такая картина противоречит прежде всего глубокому аналитическому проникновению римских юристов в сущность института и тончайшей проработке обязательственных отношений, возникающих из договора купли-продажи. Различение вещных и обязательственных отношений было принципиальным основанием всей системы римского права (Gai., 4, 1).

2. Значение передачи владения в контексте распределения риска

Текстовая основа наших представлений о правиле также не свободна от противоречий. Принцип *periculum est emptoris* удержался и в постклассический и в юстиниановский период, что исключает возможность позднейшего искажения текстов³⁹. Вопрос, однако, ос-

³⁷ Pernice A. Labeo, cit. Bd. II. S. 320; Rabel E. Grundzüge des römischen Privatrechts, 2 Aufl. Bonn, 1955. S. 107 sq.; Kunkel W. Römisches Privatrecht, 3 Aufl. Berlin; Göttingen; Heidelberg, 1949. S. 176 sq.; 227 sq.; Cuq E. Manuel de droit romain. Paris, 1928. P. 461, 922; Kaser M. Das römische Privatrecht. Bd. I. München, 1971. Bd. I, S. 547; Monier R. Manuel de droit romain. Paris, 1948. Vol. 2, P. 149.

³⁸ Wolf J. G. Barkauf und Haftung. D. 19, 1, 23, Iul. 13. dig. // TR, 45, 1977. S. 13; Weyand S. Kaufverständnis und Verkäuferhaftung im klassischen römischen Recht // TR, 51, 1983. S. 226 A.10; Ernst W. Periculum est emptoris // SZ, 99, 1982. S. 216 sq., 239, 245; Zimmermann R. The Law of Obligations, cit. P. 291 sq.

³⁹ Рескрипт Диоклетиана (С. 4, 48, 5а, 285), в котором риск возлагается на покупателя, дошел также в Ватиканских фрагментах (очевидно, свободных от интерполяций),

ложняется тем, что ряд источников в нашем распоряжении отмечает применение в некоторых ситуациях противоположного правила. Уже Куяций в комментарии к «*Quaestiones*» Африкана на основе D. 19, 2, 33 фиксировал возложение риска на продавца — *periculum venditoris*⁴⁰. Другие авторы усматривали свидетельство древности этого порядка в текстах Алфена Вара (D. 18, 6, 13/15)⁴¹. Соблазн объявить эти исключения правилом воплотился в ряд великолепных исследований, которые объявили большинство классических текстов интерполированными. Первенство принадлежит Арно⁴²; затем последовали работы Хайманна⁴³, Константиновича⁴⁴ и других авторов⁴⁵.

Вопрос вызвал весьма острую дискуссию в 1920-х гг., сопровождавшуюся широким применением интерполяционного метода. Исследования исходили из методологически порочной догматической установки, полагая, что все отступления от единого принципа представляют собой результат *интерполяций* — сознательного изменения текстов классических юристов (I–III вв.) составителями Дигест Юстиниана или

пусть и во фрагментированном виде (Vat., 23). См. подробнее: *Ernst W.* Periculum, cit. S. 220–221; *Meylan Ph. Fr.* Vat. 16 et la question des risques dans le contrat de vente // *Jura*, I, 1950. P. 253 sq.; *Id.* Inst. III. 23. § 3 et 3a, et l'unification du régime des risques dans le contrat de vente par Justinien, in: *Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia di diritto* (Verona, 1948). Vol. 3. Milano, 1951. P. 387 sqq.; *Nörr D.* Die Struktur des Kaufs nach den byzantinischen Rechtsbüchern // *Byzantinische Forschungen*, I, 1966. S. 230 sqq. Напротив, Хайманн и следующий ему Бетти утверждали, что принцип перехода риска с момента заключения договора мог возникнуть только в византийском (юстиниановском) праве с приданием купле вещно-правового характера: договор о переносе собственности (*emptio perfecta*, в интерпретации этих авторов) естественным образом приводил и к переходу риска; классические тексты были якобы соответственно искажены.

⁴⁰ *Cuiacius I.* Ad Africanum Tractatus VIII, in: *Opera Omnia*, Vol. I., Venetiis, 1768: ad L. si fundus 33. loc. et cond.

⁴¹ *Wächter C. G. v.* Op. cit. S. 190; *Puntschart V.* Die fundamentalen Rechtsverhältnisse, cit. S. 220.

⁴² *Arno M. C.* La teoria del periculum rei venditae. *Giurisprudenza ital.*, 1897. P. 209 sq.; *Id.* Nuovi studi su Cassio. Paris, 1925. P. 19 sq.

⁴³ *Haymann F.* *Periculum est emptoris* (Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht. II) // *SZ*, 41, 1920. S. 44–185; *Id.* Zur Klassizität des *periculum emptoris* // *SZ*, 48, 1928. S. 314–418.

⁴⁴ *Konstantinovitch M.* Le periculum rei venditae en droit romain, thèse. Lyon, 1923 [Mihailo Konstantinovitch. Impr. Bosc Frères et Riou, 1923].

⁴⁵ Аранжо-Руиц, хотя и с сомнениями, также поддерживал эту идею, но позже от нее отказался. См.: *Arangio Ruiz V.* Istituzioni di diritto romano. Napoli, 1934. P. 330–332. Ср. 4-е изд. (*Id.* Napoli, 1952. P. 342).

юристами IV–V вв.⁴⁶ Заметно более взвешенную позицию в ту эпоху занял Эрнст Рабель, объяснив расхождения в источниках практической ориентацией римской юриспруденции на разнообразие реальных казусов⁴⁷. Этот подход в дальнейшем получил широкую поддержку⁴⁸, позволив вытеснить порочный метод безудержной критики источников новым исторически обоснованным методом, который видит в разногласиях среди классиков (*discussiones, quaestiones, controversia*) источник познания подлинных путей развития римского права, объясняя споры среди юристов нормальным способом существования и развития римской юридической науки и права (*ius controversum*). В целом аутентичность возложения риска на покупателя с момента заключения договора получила в науке широкое признание⁴⁹.

⁴⁶ Haymann F. *Periculum est emptoris*, cit. S. 44 sqq.; 172 sqq.; *Id.* Zur Klassizität des *periculum emptoris*, cit. S. 314 sqq.; Seckel E., Levy E. Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht // SZ, 47, 1927. S. 117 sqq.; Appleton Ch. Les risques dans la vente et les fausses interpolations // RH, 5, 1926. P. 375–417; 6, 1927. P. 195–253; Beseler G. v. Romanistische Studien. Die Gefahrtragung beim Kaufe im klassischen römischen Rechte // RHD, 8, 1928. S. 279–313; Betti E. *Periculum. Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, in: St. P. De Francisci. Vol. I. Milano, 1956. P. 131–197; Luzzatto G. I. Spunti critici in tema di responsabilità contrattuale // BIDR, 63, 1960. P. 75–76; *Id.* L'art. 1470 c.c. e la compravendita consensuale romana / Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 19, 1965. P. 930.

⁴⁷ Rabel E. Gefahrtragung beim Kauf // SZ, 42, 1921. S. 543 sqq.; Boyer M. Recherches historiques sur la résolution des contrats. Paris, 1924. P. 113–146; Krückmann P. Einige Randfragen zum *periculum emptoris* // SZ, 59, 1939. S. 1–30; *Id.* *Periculum emptoris* // SZ, 60, 1940. S. 1–79. Еще более определенно высказался Фогт, отказав в действительности какому-либо принципу (*periculum emptoris* или *periculum venditoris ante traditionem*) в римской казуистике купли-продажи: Vogt H. Zur Gefahrtragung beim Sklavenkauf, in: Festschrift P. Koschacker. Bd. II. Weimar, 1939. S. 162 sqq.

⁴⁸ MacCormack G. Further on *Periculum* // BIDR, 82, 1979. P. 11 sqq.; *Id.* Alfenus Varus and the Law of Risk in Sale // LQR, 101, 1985. P. 573 sqq.; *Id.* *Periculum* // SZ, 96, 1979. P. 129 sqq.; Talamanca M. Vendita in generale: Diritto romano // ED, 46, 1993. Col. 449 sq.; Jakab E. *Periculum und Praxis: Vertragliche Abreden beim Verkauf von Wein* // SZ, 121, 2004. S. 189 sqq.; 191 sq.; *Id.* Risikomanagement beim Weinkauf. *Periculum und Praxis im imperium romanum*. München, 2009. S. 187 sqq.; Krampe Chr. Aedilis lectos emptos condidit. Paulus / Alfenus D. 18, 6, 13; 15, in: Fides Humanitas Ius. Studi in onore di L. Labruna. Vol. IV. Napoli, 2007. P. 2695 sqq.

⁴⁹ Kaser M. RPR, I, cit. S. 552; Peters F. *Periculum est emptoris*, in: Juris professio. Festschrift Max Kaser z. 80 Gb. Wien, 1986. S. 221–232; Molnár I. Die Frage der Gefahrtragung und des Eigentumsüberganges beim Kauf // Index, 16, 1988. S. 25; Zimmermann R. The Law of Obligations, cit. P. 281 sq.; Honsel H., Mayer Maly Th., Selb W. Römische Privatrecht. Wien, 2005. S. 309. Отметим и справедливую критику плюралистического взгляда Рабеля на *periculum emptoris*, которая угрожает разрушением правила: Ernst W. *Periculum*, cit. S. 216 sq.

Вернувшись к проблеме *periculum est emptoris* в 1965 г., выдающийся знаток догматики римского права Эмилио Бетти призвал строго различать вопросы риска и договорной ответственности, показав, что вопрос о риске встает только после того, когда выяснено отсутствие оснований для постановки вопроса об ответственности⁵⁰. Бетти также подчеркнул, что принцип *res perit domino* относится к области вещных прав и возложение на собственника бремени содержания имущества, его случайной порчи или гибели не имеет отношения к проблеме риска, которая целиком принадлежит к области обязательственного права (или, точнее сказать, к той проблеме, которая в области обязательственного права именуется проблемой распределения риска). Предлагая историческое объяснение правила *periculum est emptoris*, Бетти не удержался в рамках выдвинутой строгой теории соотношения обязательственных и вещно-правовых аспектов проблемы риска. Его концепция, возлагающая всю ответственность за правило *periculum est emptoris* на юстиниановских юристов, исходит из того, что в эллинистическом мире (и в юстиниановском праве) купля-продажа трактовалась как способ переноса собственности, как вещно-правовой акт. Именно с этим обстоятельством Бетти, вслед за Хайманном, и увязывает возложение риска на покупателя, тем самым воспроизводя принцип *res perit domino*.

К этой трактовке склоняются и те современные авторы, которые, признавая правило *periculum est emptoris* классическим, прибегают к метафоре вещно-правового действия купли-продажи. Если Петерс объявляет покупателя «собственником в экономическом смысле»⁵¹, то Эрнст, признавая недопустимость такой квалификации в вещно-правовых категориях, все же говорит об имущественных, так как с момента заключения купли вещь, по его мнению, входит в имущество покупателя «по отношению к продавцу»⁵². К сходным выражениям прибегает и Циммерманн, возводя этот подход к Виндшайду⁵³. В действительности переход риска на покупателя происходит с момента вступления в силу обязательственного договора купли и не имеет никакого отношения к последующим актам переноса собственности. Усматривать противоречие между классическим распределением риска и правилом *res*

⁵⁰ Betti E. Zum Problem der Gefahrtragung bei zweiseitig verpflichtenden Verträgen // SZ, 82, 1965. S. 1 sq.; 20 sq. См. также: Id. Teoria generale delle obbligazioni, I. Milano, 1953, P. 154 sq.; Id. Periculum, cit., P. 133 sq.

⁵¹ Peters F. Periculum est emptoris, cit. S. 223.

⁵² Ernst W. Periculum emptoris, cit. S. 245.

⁵³ Zimmermann R. The Law of Obligations, cit. P. 290.

perit domino — значит придавать обязательственному договору купли-вещно-правовое измерение. В этом отношении обе позиции — и тех, кто как Хайманн и Бетти, относит формирование правила к византийской эпохе, и тех, кто считает его классическим, — смыкаются. И те, и другие придают ему значение вещно-правового порядка, совершенно так же, как это выражено в ведущих кодификациях Нового времени.

В 1990-е гг. выдающийся итальянский романист Марио Таламанка выдвинул цельную концепцию, согласно которой правило *periculum est emptoris* разделялось только юристами прокулианской школы, тогда как в сабинианской школе и предшествующей ей школе Сервия Сульпиция (консула 51 г. до н.э.) всегда держались позиции возложения риска на продавца до передачи товара⁵⁴. В основании концепции — те два текста, в которых переход риска увязывается с передачей владения. Они отстоят друг от друга на 200 лет: первый (D. 18, 6, 13/15) принадлежит юристу школы Сервия Алфену Вару (консул 39 г. до н.э.), второй — Африкану (D. 19, 2, 33), который информирует о позиции его учителя, последнего главы сабинианской школы Сальвия Юлиана (II в.). Такой разрыв, казалось бы, не оставляет никаких шансов попытке связать два свидетельства между собой. Но Таламанка добавляет к этим двум текстам еще некоторые, в которых, несмотря на возложение риска на покупателя, он усматривает следы противоположной трактовки. Эти следы объявляются свидетельством того, что возложение риска на продавца было основным правилом, которое, несмотря на конкуренцию другого решения, якобы просуществовало в течение всего классического периода. Юлиан, согласно этой теории, допускал переход риска на покупателя до передачи только применительно к рабам (этот распространенный в ту эпоху товар больше других подвержен случайностям), но не в иных случаях, тогда как более широкое распространение правила *periculum est emptoris* было якобы осуществлено позднейшими классиками. Даже при таком беглом обзоре не могут не возникнуть сомнения в обоснованности предложенной реконструкции. Тщательность анализа, которой отличаются экзегезы Таламанки, не может компенсировать ничтожность данных в основании его концепции. Вопреки методологии *ius controversum* римский мэтр выдвинул, по сути, другую догму, возвращая познание вопроса к началу XX в. Мы увидим, что большинство его интерпретаций

⁵⁴ Talamanca M. Considerazioni sul «periculum rei venditae»// Seminarios Complutenses de Derecho romano, 7, 1995. P. 217 sqq.; *Id.* Lex ed interpretatio in Lab. 4 post. a lav. epit. D.19, 1, 50, in: Nozione, formazione e interpretazione del diritto dalla età romana alle esperienze moderne. *Ricerche F. Gallo*. Vol. II. Napoli, 1997. P. 353 sq.

исходят из того, что *periculum venditoris* было не исключением, а именно правилом, причем первичным и долгое время господствующим, тогда как именно это положение нуждается в доказательстве. Отбросив этот тезис как недоказанный, мы не найдем других оснований для прочтения данных текстов в том ключе, в котором их толкует Таламанка.

Главным побудительным мотивом для итальянского мэтра выступают недостатки теоретического осмысления самой категории договорного риска. С одной стороны, ее смешивают с договорной ответственностью, с другой — с вещно-правовым результатом исполнения купли-продажи. Что до первого основания, оно вступает в очевидное противоречие с казуистическим методом, так что когда ученый выдвигает такую причину для пересмотра господствующего воззрения, он сам предлагает осмыслить явление в категориях общих правил и строгих норм, т. е. вернуться к устаревшей методологии. В то же время известные исключения из правила не представляются настолько существенными, чтобы стимулировать пересмотр достигнутого понимания нормы. Можно вспомнить опыт Эрнста, который объявил, что не нашел никаких исключений из классического порядка возложения риска на покупателя⁵⁵, а также Циммерманна, для которого правило *periculum emptoris* представляется вполне обоснованным и разумным решением непростой практической проблемы распределения рисков при купле-продаже⁵⁶. Вопрос заключается преимущественно в слабости существующего теоретического осмысления классического правила⁵⁷.

Таламанка⁵⁸ связывает неопределенность современной теоретической концепции риска с недостатками немецкой пандектистики, которая вместо единого понятия выдвигает ряд специальных значений риска («*Leistungsgefahr*» — риск неисполнения, «*Preisgefahr*» — риск неуплаты цены)⁵⁹, что закрывает путь к пониманию классического правила и затемняет его юридическое значение. Применительно к римским штудиям такой подход проявляется в последней работе Пен-

⁵⁵ Ernst W. *Periculum*, cit. S. 217–218.

⁵⁶ Zimmermann R. *The Law of Obligations*, cit. P. 281 sq.

⁵⁷ Так, сам Циммерманн (Zimmermann R. *The Law of Obligations*, cit. P. 283) признает: «Попытки представить рациональное обоснование этого правила представляются надуманными и сомнительными» («*the attempts to provide a rational justification for this rule sound rather forced and awkward*»).

⁵⁸ Talamanca M. *Considerazioni*, cit. P. 217, nt. 4; P. 219, nt. 10.

⁵⁹ Таламанка специально останавливается на работах Эрнста (Ernst W. *Periculum*, cit.) и Тильманна (Thielmann G. *Traditio und Gefahrübertragung* // SZ, 106, 1989. S. 286 sqq.).

нитца⁶⁰, который исходит из многозначности понятия «*periculum*», которое зачастую в трудах римских юристов употреблялось нетехнически (например, Gai., 2, 181 или D. 26, 7, 5, 9)⁶¹. В противоречии с этой констатацией Пеннитц пытается выявить общее понятие риска, приходя к трактовке, выдержанной в процессуальном ключе, свойственном римской юриспруденции. По мнению исследователя, «*periculum*» относится к опасности проигрыша процесса. Однако даже намеренное приближение к категориальной системе классиков не ведет к прогрессу в понимании института, напротив, расщепление общего понятия риска на казуистически верифицированные варианты грозит утратой предмета исследования. Наши источники нередко используют термин «*periculum*» для указания на имущественные потери кредитора в значении «ущерб» или «ответственность»⁶².

Следуя строгому разграничению категории риска и ожидаемых вещно-правовых следствий купли-продажи, попытаемся оценить значение классического правила *periculum est emptoris*. Только на этой основе можно затем предлагать объяснения его исторических корней и обсуждать специфику римского решения или выдвигать его социально-экономические обоснования, которые всегда останутся на уровне вторичных оправданий, пока не показана догматическая необходимость именно такого правила. Поиск догматического обоснования порядка возложения риска на покупателя предполагает унитарную трактовку этого правила. Любые отступления будут означать относительность этого порядка и вести к отрицанию искомой необходимости, опровергать предложенную трактовку правила как нормы. Я склонен поэтому поддержать Эрнста в его критическом отношении к плюрастическим концепциям, которые призваны подорвать значение классического порядка, представив его досадным недоразумением. Правило *periculum est emptoris* отвечает юридическому смыслу обязательственной купли-продажи и при адекватном понимании раскрывает принципиальные основания классического института.

⁶⁰ Критика Таламанки направлена против работы о распределении риска при продаже вина: Pennitz M. Die Gefahrtragung beim Weinkauf im klassischen römischen Recht // TR, 62, 1994. S. 251 sqq.

⁶¹ См. следующую объемную монографию автора: Pennitz M. Das Periculum rei venditae: ein Beitrag zum «akzionenrechtlichen Denken» im römischen Privatrecht. Wien; Köln; Weimar, 2000. S. 54 sq.

⁶² О многозначности «*periculum*» см.: Mommsen F. Beiträge zum Obligationenrecht. Bd. I, cit. S. 237 sq.; Seckel E., Levy E. Die Gefahrtragung, cit. S. 249; Rabel E. Gefahrtragung, cit. S. 554 A.1.

Есть лишь один контекст, в котором вопрос о риске оказывается на своем месте. Это условная синаллагма: если обязательство одной из сторон становится невозможным вследствие действия непреодолимой силы, так что она не отвечает за неисполнение, обязательство другой стороны должно также прекратиться. Если признать встречное обязательство существующим (а встречное требование со стороны освободившегося от своего исполнения должника — действительным), возникает нарушение принципа взаимности и связанного с ним баланса интересов сторон (которое и представляется несправедливым). Это нарушение как раз и именуется договорным риском. Оно никак не связано с отступлением от принципа *res perit domino*, который лишь в некоторых случаях может служить ориентиром (и поверхностным оправданием) порядка распределения риска как обязательно-правового явления. Надо сказать, что допущение историчности (подлинности) правила *periculum est emptoris* означает тем самым признание относительности действия принципа *res perit domino*. На примере французского опыта мы видели также, что этот принцип не обеспечивает искомый баланс интересов сторон и не исключает нарушения принципа взаимности договорных обязательств (условной синаллагмы).

С позиций учения об условной синаллагме те тексты, которые связывают переход риска с передачей, предстают в совершенно ином ключе. Начнем с цепочки фрагментов, в которой получили отражение взгляды школы Сервия Сульпиция.

Paul., 3 epit. Alf., D. 18, 6, 13:

Lectos emptos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emptori aut per eum stetisset quo minus traderentur, emptoris periculum esse placet.

Когда купленные кровати были выставлены на публичной дороге, их порубил эдил: решено, что если они были переданы покупателю или от него зависело, что они не были переданы, риск лежит на покупателе.

Iul., 3 ad Urs. Ferocem., D. 18, 6, 14:

Eumque cum aedili, si id non iure fecisset, habiturum actionem legis Aquiliae; aut certe cum venditore ex empto agendum esse, ut is actiones suas, quas cum aedile habuisset, ei praestaret.

И у него есть против эдила, если он сделал это не по праву, иск по закону Аквилія; или уж точно он может выдвинуть иск против

продавца, чтобы тот предоставил ему свои иски, что у него были против эдила.

Paul., 3 epit. Alf., D. 18, 6, 15 pr-1:

Quod si neque traditi essent neque emptor in mora fuisset quo minus traderentur, venditoris periculum erit.

1. *Materia empti si furto perisset, postquam tradita esset, emptoris esse periculo respondit, si minus, venditoris; videri autem trabes traditas, quas emptor signasset.*

Если же они не были переданы и покупатель не был в просрочке в отношении передачи, риск несет продавец.

1. Если купленный материал пропадет в результате кражи, после того как он был передан, ответил, что риск несет покупатель, если нет — продавец; считаются же переданными те бревна, на которые покупатель нанес маркировку.

Поставив переход риска в зависимость от передачи или просрочки покупателя, Алфен, казалось бы, ясно дает понять, что правилом для него выступает *periculum venditoris*. В доктрине широко распространен взгляд, согласно которому на продавца здесь возлагается ответственность за сохранность (*custodia*), что снимало бы вопрос о риске⁶³. Однако термин «*periculum*» в тексте присутствует и он прилагается к обеим сторонам. Его применение в отношении продавца (D. 18, 6, 15 pr), напротив, исключает его ответственность в техническом смысле (за вину, *culpa*, или за *custodia*)⁶⁴. В отсутствие просрочки покупателя продавец несет именно *риск*. Юрист не упоминает упущения продавца, он связывает распределение ущерба именно с передачей, а не с виной. Кровати индивидуализованы и купля совершенна (*emptio perfecta*). По общему правилу (*periculum est emptoris*) риск должен быть на покупателе независимо от передачи. Здесь же общее правило, как кажется, не действует.

⁶³ Seckel E., Levy E. Die Gefahrtragung, cit. S. 244 sq.; Arangio Ruiz V. La compravendita in diritto romano. Vol. II. Napoli, 1954. P. 269; Benöhr H.P. Das sogenannte Synallagma, cit. S. 88 sq.; MacCormack. Periculum, cit. P. 575 sq. (который говорит о *culpa*, а не о *custodia*, которая в ту эпоху еще не получила обобщающего значения ответственности за сохранность); Zimmermann R. The Law of Obligations, cit. P. 289.

⁶⁴ Vogt H. Zur Gefahrtragung, cit. S. 164.

Кардилли⁶⁵ связывает специфику решения с публичным характером нарушения (в отличие от Юлиана в D. 18, 6, 14 Алфен рассматривает действия эдила как оправданные, точнее, для него их правомерность или неправомерность не является фактором, значимым для решения⁶⁶), когда упущение продавца получаетотягчающую квалификацию. Следует в таком случае предполагать, что кровати были не просто не переданы, но именно брошены на общественной дороге, а покупатель не был уведомлен о доставке. Такая ситуация действительно может оправдать необычное распределение риска. Обращение Юлиана (текст которого привлечен компиляторами, очевидно, по сходству проблематики) к защите по закону Аквилія показывает, что речь идет об ущербе (*periculum* в значении *damnum*⁶⁷), так что ответственность продавца обращена более вовне, нежели в отношении покупателя. Для Алфена важно, что продавец остается собственником, и именно поэтому на него возлагаются последствия правомерных действий властей⁶⁸. Юрист не говорит, что обязательство продавца остается в силе, несмотря на гибель товара, так что проблема поставлена не в категориях риска и взаимности обязательств. Применительно к отношениям сторон решение Алфена приведет к освобождению покупателя от обязательства по оплате товара или к возможности истребовать обратно уже уплаченную цену⁶⁹, но отнюдь не к возмещению ему убытков⁷⁰, как следовало бы при постановке вопроса о риске. Показательно, что Юлиан говорит лишь о защите покупателя; при этом возможность потребовать на основании договора уступку исков, которые есть у продавца как собственника погибшей мебели, против эдила (если решение магистрата неправомерно)⁷¹ предполагает, что вернуть цену

⁶⁵ Cardilli R. L'Obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. A. C. — II sec. D. C.). Milano, 1995. P. 297–298.

⁶⁶ Об этом Таламанка. См.: Talamanca M. Considerazioni, cit. P. 227.

⁶⁷ Так Тильманн: Thielmann G. Traditio, cit. S. 314.

⁶⁸ См.: Zimmermann R. The Law of Obligations, cit. P. 289.

⁶⁹ В терминологии немецкой доктрины это был бы риск получения цены («Preisgefahr»), но именно так трактует отношения сторон Таламанка (Talamanca M. Vendita, cit. Col. 452).

⁷⁰ Взыскание положительного интереса допускают МакКормак (MacCormack G. Periculum, cit. P. 132) и Кардилли (Cardilli R. L'Obbligazione di «praestare», cit. P. 300), понимая решение Алфена в классических категориях договорного риска.

⁷¹ Безелер (Beseler G. v. Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen, cit. S. 185) подзревает текст в позднейшей переработке, поскольку в нем однажды говорится «*cum aedile*», а затем следует «*cum aedili*» (по-латыни обе формы допустимы, но вторая менее

по договору покупатель не может, т. е. в рамках отношений сторон ущерб от гибели товара возлагается на покупателя (как и возможные поступления направляются в его пользу).

Таламанка выводит из текста далеко идущее обобщение об историческом приоритете и широком распространении принципа *periculum venditoris*. Методология *ius controversum* предполагает, что перед нами обособленное решение, логику которого определяет специфика казуса. Исключение же не определяет правила. Важно учитывать, что сам вопрос, поставленный перед юристом (*consultatio*), допускает обе возможности: покупатель готов принять на себя обязанность по уплате цены даже в ситуации, когда товар (кровати) уничтожен⁷². Применительно к распределению риска колебания Алфена показывают, что даже доставка кроватей не воспринимается как фактор, который сделал бы обязанность покупателя по уплате цены безусловной. Но это именно исключение: Юлиан, рассматривая тот же случай, указывает, что если, несмотря на гибель товара, у продавца остается возмещение за товар, оно подлежит выдаче покупателю. Это означает признание сохранения обязательства покупателя в силе в соответствии с правилом *periculum est emptoris*. Добавляя новую гипотезу, классик не пересматривает, а развивает решение Алфена, которое, очевидно, не воспринималось им как проявление совершенно противоположного подхода и уж тем более устойчивой традиции применения противоположного правила.

Известен другой текст Алфена, в котором в отсутствие вины продавца за гибель товара с него снимается всякая ответственность.

Alf., 2 dig., D. 18, 6, 12:

Si vendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid iuris sit? respondit, quia sine patris familias culpa fieri potest neque, si servorum negligentia factum esset, continuo dominus in culpa erit, quam ob rem si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi et diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit.

Если бы проданная инсула сгорела, то каким будет право, раз пожар без вины возникнуть бы не мог? Ответил: так как это может случиться без вины домовладыки и необязательно вина возлагается на хозяина, если это произошло по недосмотру рабов, по этой причине если про-

принята), что вряд ли может принадлежать одной руке. Большинство комментаторов защищает текст.

⁷² Соображение принадлежит Тильманну: *Thielmann G. Traditio*, cit. S. 310.

давец приложил в отношении этой инсулы такую осмотрительность по сохранности, какую должны обеспечивать разумные и заботливые люди, то если что-либо произошло, к нему это не относится.

Вопрос «каким будет право?» указывает на то, что дело уже находится в производстве и к юристу обращаются за квалификацией ситуации, фактический состав которой выяснен⁷³. Так, установлено, что инсула сгорела из-за недосмотра рабов. Проблема заключается в том, чтобы возложить вину на их хозяина, продавца. Вопреки высказанному другим юристом или предполагаемому распространенным воззрением автоматизму («*continuo*» — «тем самым») возложения ответственности на хозяина за упущения рабов Алфен (или скорее сам Сервий⁷⁴) дает продавцу возможность уйти от ответственности, доказав, что он надлежащим образом наблюдал за проданной инсулой. При этом применяется тест конформности поведения продавца критериям разумного и порядочного человека (показательна республиканская терминология: «*frugi et diligentes*»), консолидированным в воззрениях предшествующего поколения юристов, прежде всего в учении Кв. Муция (D. 13, 6, 5, 3; Cic., de orat, 1, 24, 113)⁷⁵. Обсуждение критериев вменения, связанных с концептом вины (*culpa*), может указывать на возложение риска на покупателя (*periculum est emptoris*) по общему правилу, что признает и Таламанка⁷⁶. С другой стороны, в обсуждаемой ситуации вопрос о риске не ставится, поскольку установлено, что инсула сгорела по недосмотру, и дискутируется лишь возможность возложения на хозяина вины за упущения его рабов⁷⁷. Следует, однако, принять во внимание и то, что защита продавца строится как негативная: он доказывает свою надлежащую осмотрительность с целью обосновать *отсутствие* вины. Приложение схемы объективного вменения хотя и связано в данном случае с установленными упущениями рабов (обсуждается распространение вины на хозяина), но все же возло-

⁷³ См.: Cardilli R. L'Obbligazione di «praestare», cit. P. 292 sq.

⁷⁴ Ватсон отмечает, что это единственный текст анонимной эпитомы (традиционно признаваемой более близкой к оригиналу), где после слова «ответил» (*respondit*) следует прямая речь, что должно указывать на непосредственное воспроизведение ответа Сервия Сульпиция. См.: Watson A. The Law of Obligations in Later Roman Republic. Oxford, 1965. P. 71.

⁷⁵ Cardilli R. L'Obbligazione di «praestare», cit. P. 223 sqq.

⁷⁶ Talamanca M. Considerazioni, cit. P. 232: è sicuramente possibile, sarebbe anche probabile. Бетти считал текст полностью интерполированным, так как он предполагает возложение риска на покупателя. См.: Betti E. Periculum, cit. S. 137.

⁷⁷ См.: MacCormack G. Alfenus Varus and the Law of Risk // LQR, 101, 1985. P. 586.

жение на продавца обязанности обеспечить надлежащую охрану (*praestare diligentiam in custodiendo*)⁷⁸ указывает на его освобождение от риска.

Наконец, в замыкающем цепочку тексте (Paul., 3 epit. Alf., D. 18, 6, 15, 1)), где речь идет о краже проданных дров, юрист также концентрируется на особой ответственности продавца до передачи, а не на вопросе распределения риска. Распространенной трактовке текста как первого свидетельства об ответственности продавца за сохранность (*custodia*) до передачи противопоставляется то, что это понятие в тексте не упоминается, а говорится о риске (*periculum*), причем применительно к обеим сторонам, тогда как покупатель ни в коем случае не отвечает за *custodia*⁷⁹. К этому можно добавить и то, что в республиканскую эпоху *custodia* не включала в себя ответственность за кражу, а прилагалась только к случаям бегства рабов или животных. Однако гипотеза кражи никак не связана с распределением риска: напротив, вопрос об ответственности за пропажу вещи в результате кражи технически противостоит вопросу о риске. Поиск ответственной стороны приводит Алфена к решению, противоположному тому, что утвердилось в классическую эпоху.

Ulp., 29 ad Sab., D. 47, 2, 14 pr:

Eum qui emit, si non tradita est ei res, furti actionem non habere, sed adhuc venditoris esse hanc actionem celsus scripsit. mandare eum plane oportebit emptori furti actionem et condictioem et vindicationem, et si quid ex his actionibus fuerit consecutus, id praestare eum emptori oportebit: quae sententia vera est, et ita et Iulianus. et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet.

У того, кто купил вещь, если она ему не передана, нет иска о краже, пишет Цельс, но до этого момента этот иск принадлежит продавцу. Разумеется, он должен будет наделить покупателя иском о краже, а также кондикционным иском и виндикационным, а если он что-либо взыщет по этим искам, он должен будет предоставить это покупателю; это суждение верно, и так [говорит] и Юлиан. И, конечно, риск вещи относится к покупателю, пока продавец до передачи обеспечивает ее сохранность.

В заключительной фразе формулируется правило (*regula iuris*): риск до передачи лежит на покупателе, ответственность за сохранность — на

⁷⁸ Вочи в специальном исследовании защищает формулировку, представленную в тексте, от подозрений в интерполяции. См.: Voci P. *Diligentia* // SDHI, 56, 1990. P. 63 sq.

⁷⁹ Cardilli R. *L'Obbligazione di «praestare»*, cit. P. 300.

продавце⁸⁰. Цельс говорит о предоставлении иска о краже (*actio furti*), которым наделяется тот, кто признается заинтересованным в сохранности вещи, независимо от права собственности⁸¹. Интерес в сохранности определяется ответственностью в случае кражи — ответственностью за сохранность (*custodia*). Логично, что должник, возместивший убытки, взыскивает с вора штраф в свою пользу; если нет — он уступает иск кредитору (*beneficium cedendarum actionum*). В нашем случае речь идет о должнике-собственнике, поэтому уступке подлежит не только иск о краже, но и виндикационный иск (или кондикционный иск из кражи). В случае если продавец сам произведет взыскание, все полученное подлежит передаче покупателю — такова обязанность продавца по договору (по правилу о *commoda et incommoda*). Передача снимает с продавца ответственность за *custodia* (с которой связан и иск о краже), поскольку делает покупателя собственником.

В тексте Алфена к передаче приравнивается маркировка (*signatio*), которая право собственности не переносит. Ключевым для понимания текста оказывается выражение «*materia empti*»⁸². С одной стороны, дрова куплены, с другой — до маркировки они не индивидуализированы. Понятно, что говорить о краже *проданного* товара⁸³ можно только в случае, если речь идет о выборке из определенного массива — так называемое *genus limitatum*⁸⁴. В случае кражи всего массива пропадут и проданные дрова, но в отсутствие маркировки обычное правило возложения риска на покупателя и ответственности за сохранность на

⁸⁰ Союз «*dummodo*» понимается по-разному: «лишь бы», «поскольку», «пока»; лучшее прочтение связывает его со словами «до передачи», получая значение ближе к временной, нежели к причинной обусловленности.

⁸¹ Хрестоматийный обзор вопроса см.: Gai., 3, 203–207. Ульпиан в том же сочинении (29 ad Sab.) подробно рассматривает отдельные случаи, нередко употребляя термин «*periculum*». Так, иск о краже дается ссудополучателю (D. 47, 2, 4, 16), подрядчику (D. 47, 2, 12 pr), залогодержателю (D. 47, 2, 12, 2): критерием выступает не право собственности («*quamvis in bonis eius res non sit*»), а ответственность за сохранность («*praestare enim custodiam debet*») чужих вещей (*quorum periculo res alienae sunt*). См. также D. 50, 17, 23. Во всех этих случаях речь идет о *periculum custodiae*, так что термин получает значение «ответственность». См.: Seckel E., Levy E. Die Gefahrtragung, cit. S. 247 sqq. Попытка авторов придать это значение слову «*periculum*» в D. 18, 6, 15, 1 не обоснована: в этом тексте оно значит «ущерб».

⁸² Schermaier M. J! Materia. Wien; Köln; Weimar, 1992. S. 18.

⁸³ Многие считают, что кража предполагает индивидуализацию уже состоявшейся: Thilmann G. Traditio, cit. S. 303; Cardilli R. L'Obbligazione di «*praestare*», cit. P. 301.

⁸⁴ Так — Таламанка (Talamanca M. Vendita, cit. Col. 453, nt. 1555). Там же критика трактовки данной купли как родовой (*emptio generis*).

продавца не сработает. Напротив, с момента нанесения маркировки Алфен снимает с продавца ответственность за пропажу товара. Здесь на покупателя возлагается не только риск, но и событие кражи!

На основании текста нельзя говорить, что Алфен отступает от правила *periculum est emptoris*. Алфен еще не знает ответственности за *custodia*, которая в дальнейшем возлагается на продавца. Применительно к проданным и доставленным кроватям, когда вопрос об индивидуализации не стоит, ущерб все же возлагается на продавца до передачи (если покупатель не был в просрочке по принятию товара). В этом случае юрист стремился выявить собственника, чтобы возложить на него последствия действий властей, в случае же с дровами он рассуждает в обязательственных категориях, уместных в контексте договорных отношений. Считая маркировку достаточным основанием для суждения о передаче, Алфен позволяет отвергнуть интерпретации, связанные с переходом собственности: для него передача не акт переноса, а показатель исполнения обязательства продавца. В школе Сервия, таким образом, не следуют пресловутому *res perit domino*.

Формальная трактовка передачи в D. 18, 6, 15, 1 отвечает известной дискуссии в следующем поколении юристов.

Ulp., 28 ad Sab., D. 18, 6, 1, 2:

Si dolium signatum sit ab emptore, Trebatius ait traditum id videri; Labeo contra, quod et verum est: magis enim ne summutetur, signari solere, quam ut traditum videatur.

Если бочка маркирована покупателем, Трèбаций говорит, что она считается переданной; Лабеон возражает, и это верно: ведь обычно маркировку наносят скорее для того, чтобы не перепутать, нежели для того, чтобы вещь считалась переданной.

Лабеон не отвергает, но уточняет прежнюю традицию: его решение развивает идею идентификации товара для целей распределения риска⁸⁵. Оба юриста говорят не о передаче как способе переноса права собственности, а о том, что «считается передачей» (*videtur traditum*). Такое словоупотребление принадлежит сфере обязательств и относится

⁸⁵ Традиция связывать с маркировкой момент перехода риска ясно представлена в словах Ульпиана из комментария «К Сабину» (Ulp., 28 ad Sab., D. 18, 6, 1 pr): *signata tamen ab emptore vasa vel dolia, consequenter dicemus adhuc periculum esse venditoris* (когда же ваза или бочка промаркирована покупателем, мы соответственно скажем, что до этого момента риск лежал на продавце) ...

к главной обязанности продавца — передать владение. Можно утверждать, что Требаций связывает нанесение покупателем маркировки именно с задачей определить момент исполнения этой обязанности продавца, однако выдвигаемая им формулировка создает двусмысленность⁸⁶, что и заставляет Лабео́на подчеркнуть (одобрение Ульпиана, несомненно, воспроизводит аргументацию юриста I в.), что маркировка (*signatio*) производится именно для целей идентификации (обязательственных), а не для целей переноса (вещно-правовых).

Внимание Лабео́на к соотношению обязательственных (для целей исполнения обязательства продавца) и вещно-правовых следствий передачи отражает следующий текст.

Iav., 5 ex post. Lab., D. 41, 2, 51:

Quarundam rerum animo possessionem apisci nos ait Labeo: veluti si acervum lignorum emero et eum venditor tollere me iusserit, simul atque custodiam posuisse, traditus mihi videtur. Idem iuris esse vino vendito, cum universae amphorae vini simul essent. Sed videamus, inquit, ne haec ipsa corporis traditio sit, quia nihil interest, utrum mihi an et cuilibet iusserim custodia tradatur. In eo puto hanc quaestionem consistere, an, etiamsi corpore acervus aut amphorae adprehensae non sunt, nihilo minus traditae videantur: nihil video interesse, utrum ipse acervum an mandato meo aliquis custodiat: utrobique animi quodam genere possessio erit aestimanda.

Лабео́н говорит, что владение некоторыми вещами мы приобретаем одним намерением: например, если я куплю кучу дров и продавец прикажет мне ее забрать, то как только я поставлю охрану, она считается переданной мне. То же самое право соблюдается в отношении проданного вина, как только все амфоры будут наполнены вином. Но посмотрим, говорит он, не будет ли это той же телесной передачей, раз нет разницы, передается ли оно мне [в руки] или под охрану любому, кому я прикажу. Я полагаю, что вопрос заключается в том, будут ли куча дров или амфоры все равно считаться переданными, даже если они не взяты физически: я не вижу разницы, сам ли я сторожу кучу или кто-либо по моему приказу: в обоих случаях будет считаться, что владение осуществляется лишь некоего рода намерением.

⁸⁶ Она сказала́сь и на современных интерпретаторах: так, Кункель (*Kunkel W. Römisches Recht*, cit. S. 127) усматривает в маркировке знак «реального господства» («*wirkliche Beherrschung*»). Текст, однако, показывает, что значение маркировки (как и в D. 18, 6, 15, 1) лежит в области обязательственных отношений.

Здесь Лабеон связывает с передачей именно момент исполнения обязательства продавца («*traditus videtur*»): выставления охраны достаточно, чтобы считать дрова переданными (как и наполнение амфор проданным вином). Однако юрист выражает сомнение, достаточно ли такого признания для того, чтобы приравнять выставление охраны к реальной передаче («*corporis traditio*»). Яволен, сто лет спустя, отказывается следовать столь тонкому различению («*nihil video interesse*»): для него важно, что в обоих случаях владение считается приобретенным покупателем. Перевод вопроса в плоскость материальных следствий снимает (а для нас раскрывает) проблему, которой был занят Лабеон: одно дело формальное признание передачи для целей исполнения обязательства и перехода риска, другое — квалификация ситуации в посессорных категориях как материальной передачи. Сужение перспективы, ограничение проблемы вопросом о переходе владения, приводит Яволена к вполне банальному суждению⁸⁷. В комментируемом же тексте Лабеона вопрос о владении наведен значением передачи для купли-продажи, в рамках которой стороны связаны обязательственными отношениями и признание передачи состоявшейся переводит риск на покупателя, так как лишает его возражения об исполнении встречного предоставления, которое он мог бы выдвинуть на требование об уплате цены.

Теперь обратимся к тексту Юлиана, который вызвал к жизни теорию фикции передачи⁸⁸.

Iul., 15 dig., D. 18, 5, 5 pr:

Cum emptor venditori vel emptori venditor acceptum faciat, voluntas utriusque ostenditur id agentis, ut a negotio discedatur et perinde habeatur, ac si convenisset inter eos, ut neuter ab altero quicquam peteret, sed ut evidentius appareat, acceptilatio in hac causa non sua natura, sed potestate conventionis valet.

Когда покупатель отпускает долг по акцептиляции продавцу или продавец — покупателю, считается, что воля каждой из сторон была направлена на то, чтобы отойти от сделки, и дело рассматривается так, как если бы они пришли к соглашению, чтобы ни один не предъявлял требования к другому, а чтобы было совсем ясно — акцептиляция в

⁸⁷ Ничто не мешает признать в выставлении охраны материальный контакт (*corpus*), Яволен же приравнивает ситуации в рамках приобретения годым намерением (*solo animo*), отказываясь даже в этом разделить сомнения Лабеона. См.: Hausmaninger H. Besitzzerwerb solo animo, in: Festgabe A. Herdliczka. München; Salzburg, 1972. S. 118.

⁸⁸ Wächter C. G. v. Wer hat bei Obligationen, cit. S. 190; Pernice A. Labeo, cit. S. 456.

таком случае действует не в соответствии со своей природой, а имеет силу соглашения.

Iul., 15 dig., D. 18, 5, 5, 1:

Emptio nuda conventione dissolvitur, si res secuta non fuerit.

Купля расторгается голым соглашением, если исполнения не последовало.

Iul., 15 dig., D. 18, 5, 5, 2:

Mortuo autem homine perinde habenda est vendito ac si traditus fuisset, utpote cum venditor liberetur et emptori homo pereat; quare nisi iusta conventio intervenerit, actiones ex empto et vendito manebunt.

В случае же смерти раба продажа рассматривается так, как если бы он был передан, а именно когда продавец освобождается и гибель раба относится на покупателя; поэтому если не было заключено правомерного соглашения, иски из купли и из продажи сохраняются.

Paul., 33 ad ed., D. 18, 5, 3:

Emptio et venditio sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta: ideoque quaesitum est, si emptor fideiussorem acceperit, vel venditor stipulatus fuerit, an nuda voluntate resolvatur obligatio. Iulianus scripsit ex empto quidem agi non posse, quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt; an autem fideiussori utilis sit exceptio, videndum: et puto liberato reo et fideiussorem liberari. Item venditorem ex stipulatu agentem exceptione summoveri oportet, idemque Iuris esse, si emptor quoque rem in stipulationem deduxerit.

Купля-продажа как заключается согласием, так и расторгается согласием до того, как последовало исполнение, поэтому встает вопрос: если покупатель возьмет поручителя или продавец заключит стипуляцию, можно ли прекратить обязательство голым волеизъявлением? Юлиан написал, что иск из купли подавать нельзя, так как в иски по доброй совести входят эксцепции о достигнутых договоренностях; но надо посмотреть, следует ли эксцепция поручителю; и полагаю, с освобождением должника освобождается и поручитель. Также если продавец подаст иск из стипуляции, его следует опровергнуть эксцепцией, и право будет тем же, если покупатель также введет правоотношение в стипуляцию.

Эта цепочка текстов посвящена вопросу допустимости расторжения купли-продажи соглашением об обратном (*consensus contrarius*).

По общему правилу расторжение допускается, если стороны еще не приступили к исполнению (*re integra* — когда дело еще не сдвинулось с места). Этот порядок создает проблему в том случае, если одна из сторон взяла поручителя или обязательство было новировано в стипуляционное: например, обязательство покупателя по уплате цены было преобразовано в независимое денежное обязательство из стипуляции на ту же сумму. Юлиан в кн. 15 своих Дигест последовательно рассматривает следующие ситуации: обязательство прекращено торжественным актом — акцептиляцией (в этом случае акт действует так же, как и простое соглашение о расторжении); расторжение голым соглашением; смерть раба до передачи. Как показывает цитата из этого произведения Юлиана, сохранившаяся в тексте Павла, сопровождающем цепочку (D. 18, 5, 3), в Дигестах Юлиана после D. 18, 5, 5, 1 был еще текст, который компиляторы сняли, чтобы избежать повтора. В тексте речь шла о *res integra*: предоставление поручителя (со стороны продавца) и новирующая стипуляция (со стороны покупателя)⁸⁹. Ленель отмечает, что сочинение Павла читалось компиляторами раньше Дигест Юлиана (фрагмент Павла относится к «массе Сабина»), поэтому составители Дигест Юстиниана добавляли выдержки из Юлиана к фрагменту Павла, а не наоборот. Таким образом, порядок изложения в Дигестах Юлиана был другим: тематика, представленная во фрагменте Павла, предшествовала вопросу о смерти раба до передачи (D. 18, 5, 5, 2)⁹⁰. Отсюда следует, что фикция передачи («*ac si traditus fuisset*») должна восприниматься в контексте допустимости расторжения *consensu contrario*, что исключалось в случае, если хотя бы от одной из сторон последовало предоставление.

Хайманн отрицает связь между текстами и считает текст D. 18, 5, 5, 2 интерполированным⁹¹. Однако, как верно отмечает Кардилли, выражение «*iusta conventio*» (в § 2) согласовано с «*nuda conventione*»

⁸⁹ Оба факта, по мнению Юлиана, не создают препятствий для расторжения договора. Попытка же продавца обратить взыскание на поручителя или предъявить иск из новирующей стипуляции к покупателю будет пресечена эксцепцией о расторжении купли и злоупотреблении правом (*exceptio doli*).

⁹⁰ Lenel O. Palingenesia juris civilis. Lipsiae, 1889. Vol. I, n. 247 (D. 18, 5, 5, 1+18, 5, 3) — n. 248 (D. 18, 5, 5, 2).

⁹¹ Haymann F. Periculum est emptoris, cit. S. 132 sq. Интерполяцию предполагает и Леви. См.: Seckel E., Levy E. Die Gefahrtragung, cit. S. 230 A.2. Текст уверенно защищает Кнютель. См.: Knütel R. Contrarius consensus. Studien zur Vertragsaufhebung im römischen Recht. Köln; Graz, 1968. S. 24–25.

(в § 1), и эта терминология классическая (ср. Pomp., 24 ad Sab., D. 18, 5, 2: «*conventione... infecta fieri emptio*»)⁹².

Кнютель считает, что Юлиан прибегает к аналогии: если бы раб был передан, его гибель относилась бы к покупателю, в отсутствие же передачи, когда продавец оставался обязанным, гибель раба все же исключает расторжение договора по взаимному соглашению, так как приравнивается к передаче (передача же исключает расторжение). Хотя интерес юриста сосредоточен на фикции передачи, из текста ясно следует, что гибель раба в любом случае (и до, и после передачи) поражает покупателя⁹³. Таламанка делает из этой аналогии другой вывод: уподобление гибели раба передаче якобы несет в себе отголосок прежнего правила, когда только с передачей товара риск возлагался на покупателя⁹⁴. Ему убедительно возражает Пеннитц: Юлиан потому и может приравнять гибель раба к передаче, что для него переход риска несомненен с момента заключения купли⁹⁵. Все же слова юриста о сохранении исков не относятся к последствиям перехода риска (как полагает Пеннитц), а призваны указать на недопустимость отмены купли после гибели раба: покупатель может требовать от продавца, например, выдачи пекулия раба⁹⁶, продавец — уплаты всей цены. Юлиан не считает, что соглашение об отмене договора после смерти проданного раба допустимо (*conventio iniusta*), так что иски сохраняются — так юрист выражает идею сохранения договора. Препятствием выступает то, что смерть раба приравнивается к передаче и реквизит *res integra* (и даже еще точнее, «*si res secuta non fuerit*») не выдерживается.

Заметим, что ряд ситуаций, обсуждаемых Юлианом (если принять интеграцию Ленея), воспроизводит условия предъявления иска по правилам функциональной синаллагмы: предоставление поручи-

⁹² Cardilli R. Iulianus XV digestorum (D. 18, 5, 5, 1–2) e i limiti al contrarius consensus, in: Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag / Hrgg. H. Altmeppen, I. Reichard, M. J. Schermaier. Heidelberg, 2010. S. 153.

⁹³ Напрасно поэтому Кардилли утверждает, что текст непригоден для обсуждения проблем перехода риска. Заметим, что и Таламанка (см. след. примеч.) не отрицает, что риск гибели раба Юлиан возлагает на покупателя до передачи. Хайманн совершенно оправданно считал, что текст в настоящем виде опровергает правило *periculum venditoris*. См.: Haymann F. Periculum est emptoris, cit. S. 134.

⁹⁴ Talamanca M. Vendita, cit. Col. 453, nt. 1564; Id. Considerazioni, cit. P. 253 sq. Впервые этот аргумент выдвинут Бетти. См.: Betti E. «Periculum», cit. P. 179–180.

⁹⁵ Pennitz M. Das Periculum rei venditae, cit. S. 81–82 A. 107.

⁹⁶ К гипотезе пекулия прибегал уже Куяций. См.: Knütel R. Contrarius consensus, cit. S. 28 A.19.

теля или заключение стипуляции делает право на иск безусловным, так как приравнивается к предложению исполнения. Вывод юриста о недопустимости соглашения об отмене купли — «*actiones ex empto et vendito manebunt*» также выдержан в процессуальном ключе. Иными словами, гибель товара делает требование продавца к покупателю безусловным: тот не может возражать, ссылаясь на отсутствие встречного предоставления. Переход отношения в эту фазу — что больше, чем *perfectio*, — исключает отмену договора.

Текст Юлиана раскрывает и логику правила *periculum est emptoris*. После гибели товара имущественное положение продавца не испытывает такого потрясения, как если бы договор не был заключен: ему по-прежнему следует покупная цена, о которой он договорился с покупателем. Представим себе интерес кредиторов продавца — и мы увидим, что сохранение в силе обязанности покупателя, несмотря на гибель товара, справедливо компенсирует действие непреодолимой силы: это именно та гарантия, которую искал продавец и которую ему дает полноценный договор о взаимных обязательствах. Цена погибнуть не может и постановка вопроса о риске в отношении обязательства покупателя исключена. Возложение же риска гибели товара на покупателя выражает освобождающее действие договора, которое достигается тем, что его предмет — товар (как порожденное самим договором явление) конструируется как принадлежащий покупателю (в обязательственном смысле), т. е. продавец с момента идентификации товара считается исполнившим обязательство по его передаче.

Наконец, рассмотрим текст, в котором принято видеть свидетельство возложения Юлианом риска на продавца — *periculum venditoris*.

Afr., 8 quaest., D. 19, 2, 33:

Si fundus quem mihi locaveris publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quominus id praestes: quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses et solum corruisset, nihilo minus tene[r] [b] eris, nam et si vendideris mihi fundum, isque priusquam vacuus traderetur publicatus fuerit, tene [a] ris ex empto: quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi. Similiter igitur et circa conductionem servandum¹ puto, ut mercedem quam praestiterim restituas, eius scilicet temporis, quo frui non fuerim, nec ultra actione ex conducto praestare cog [e] <a>ris. Nam et si colonus tuus fundo frui a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere ne id faciat possis, tantum ei praestabis, quanti

eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur: sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debebis.

Если то имение, которое ты сдал мне в аренду, оказалось конфискованным, [Юлиан] говорит, что ты отвечаешь передо мной по иску из аренды, чтобы у меня была возможность получать плоды, хотя бы от тебя не зависело, что ты не можешь этого обеспечить: так же как если бы ты дал подряд на строительство инсулы и почва бы подверглась коррозии, ты бы все же отвечал. Ведь если ты продашь мне имение и оно до осуществления передачи владения будет конфисковано, ты будешь отвечать по иску из купли; это верно настолько, что ты вернешь уплаченную цену, но не так, чтобы ты отвечал даже за то, насколько велик был мой интерес получить спокойное владение. Поэтому, я полагаю, подобное следует соблюдать и в отношении аренды, чтобы ты возвратил плату, которую я предоставляю, разумеется, за то время, когда я не получал плодов, и к большему по иску из аренды тебя бы не принуждали. Ведь и в том случае, если твоему арендатору запрещают извлекать плоды из участка — либо ты сам, либо то лицо, которому ты можешь запретить, чтобы он этого не делал, ты будешь отвечать перед ним на ту сумму, коков был его интерес в том, чтобы осуществлять пользование, куда входит и его упущенная выгода; если же препятствия чинит такое лицо, которому ты не можешь запретить из-за его большей силы или власти, ты должен будешь освободить его от арендной платы или возвратить полученное.

Слова «это верно настолько» (*«quod hactenus verum erit»*) предполагают расхождение между Африканом, автором фрагмента, и другим юристом, мнение которого он излагает (*arg. ex «inquit»*), видимо, Юлианом⁹⁷. Безелер выбрасывает всю фразу на том основании, что вместо формы будущего времени (*«erit»*) было бы более правильным употребление настоящего (*«est»*)⁹⁸. В следующей фразе («и к большему по иску из аренды тебя бы не принуждали») отсутствие объекта (дополнения) при словах *«ultra praestare»* также должно указывать на постороннее вмешательство в текст. В отсутствие этих двух фраз расхождение между юристами исчезает, так что, по мнению ученого, продавец просто нес

⁹⁷ Казер (*Kaser M. Periculum locatoris // SZ, 74, 1957. S. 177 sqq.*) не усматривает расхождения во взглядах Африкана и его учителя.

⁹⁸ *Beseler G. v. Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen, cit. Bd. III. S. 47.*

ответственность в объеме положительного интереса (*id quod interest*). Следующую фразу Безелер реконструирует так: «*ut <non solum> pretium restituas, <sed> [non ut] etiam id praestes, si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi* (чтобы ты не только вернул цену, но предоставил также и то, что, возможно, превышало мой интерес получить спокойное владение)».

Однако фраза Африкана «*si quid pluris mea intersit*» лучше подходит для отрицательного контекста, представленного в рукописной редакции фрагмента, тогда как в реконструкции Безелера она получает утвердительную форму и структурно оказывается цитатой из формулы (кондемпнции) договорного иска, тогда как такая формулировка требования (*petitum*) невозможна. Таким образом, лучше оставить текст в его нынешнем виде,⁹⁹ а значит признать, что суждение Африкана отличается от вышеизложенного (до слов «*quod hactenus*») мнения Юлиана.

Африкан отказывается следовать учителю в том, чтобы присудить продавца после конфискации проданного участка¹⁰⁰ в объеме положительного интереса покупателя (полные убытки). В соответствии с этой позицией он далее пересматривает и взгляды Юлиана на распределение риска при аренде по схеме *periculum locatoris*, когда при невозможности пользоваться вещью (как в тексте: «*ut mihi frui liceat*») арендодатель возмещал бы полные убытки арендатору. Африкан, напротив, обращается к схеме понижения арендной платы (*remissio mercedis*), считая действие непреодолимой силы извинительным обстоятельством.

⁹⁹ Не более убедительна и реконструкция Безелера, предложенная в отношении заключительной части текста: «*Nam et si colonus tuus fundo frui [a te aut] ab eo prohibetur, quem tu prohibere ne id faciat <non> possis, tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur: [sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debes...]*».

Текст действительно претерпел постороннее вмешательство («*interpellabitur*!»), но главной целью Безелера было удаление упоминания о *remissio mercedis*, которую он считал постклассическим нововведением. Однако основной смысл этой части текста в противопоставлении ответственности в объеме *quanti interest* простому возвращению полученной цены, что заслуживает бережного отношения вопреки всем формальным признакам интерполяции.

¹⁰⁰ Анкум предполагал принудительную продажу вместо конфискации (*Ankum H. African Dig. 19. 2. 33: publicatio eines verpachteten oder verkauften Grundstücks // SZ, 97, 1980. S. 157 sqq.; 169 sq.*). Убедительную критику см.: *Talamanca M. Considerazioni, cit. P. 271, nt. 190* (со ссылкой на работу: *Pennitz M. Der «Enteignungsfall» im römischen Recht der Republik und des Prinzipats. Eine funktionalrechtsvergleichende Problemstellung. Wien; Köln; Weimar, 1991. S. 225, которая осталась недоступной*).

ством, освобождающим от ответственности за убытки. В самом деле, если сторона в двустороннем обязательстве в случае невозможности исполнения освобождается от своих обязанностей, действует не логика риска, а принцип условной синаллагмы: арендодателю не за что требовать арендную плату, но и со своей стороны он не принуждается к возмещению упущенной выгоды арендатора, поскольку препятствие было вне его контроля¹⁰¹. Критерием здесь выступает вина (*culpa*), а не распределение риска (*periculum*)¹⁰².

Это заключение проясняет позицию Юлиана. Если принять, что он рассуждает в категориях риска¹⁰³, то он следует схеме *periculum locatoris* при аренде и подряде (приводятся два примера непреодолимой силы: конфискация при аренде и землетрясение (*solum corruisset*) при подряде), а к регулированию риска при купле-продаже обращается в качестве аналогии (*argumentum*). Если проданный участок конфискован, то продавец несет ответственность перед покупателем (*tenearis ex empto*) независимо от вины¹⁰⁴. Следуя этой аналогии, Юлиан дает исковую защиту (*actio conducti*) и арендатору, и подрядчику. Понимать фразу «*priusquam vacuus traderetur*» («до осуществления передачи владения») в том смысле, что участок еще не был в спокойном владении продавца¹⁰⁵, — значит, пытаться придать ей невозможный смысл. Юлиан явно исходит из того, что риск лежит на продавце (*periculum venditoris*) и лишь его ученик решает смягчить этот подход и вместо возложения на продавца ответственности в объеме положительного интереса присудить его лишь к возвращению полученной цены.

Представляется, что Юлиан хотя и обсуждает случаи невиновной невозможности исполнения, но все же не рассуждает в категориях риска. Специфика логики Юлиана раскрывается именно в словах о спокойном владении («*intersit eum vacuum mihi tradi*») как предмете интереса покупателя. Передача спокойного владения покупателю

¹⁰¹ Benöhr H. P. Das sogenannte Synallagma, cit. S. 116 sq.; Cerami P. Risoluzione (dir. rom.) // ED, XL, 1989. Col. 1277 sq.; 1290 sq.

¹⁰² В немецкой традиции — Preisgefahr.

¹⁰³ Thielmann G. Traditio, cit. S. 299 sq.; Talamanca M. Considerazioni, cit. P. 272 sqq.

¹⁰⁴ Напрасно Вочи усматривает здесь виновную ответственность: Voci P. «Diligenti», «custodia», «culpa». I dati fondamentali // SDHI, 56, 1990. P. 130 sq.

¹⁰⁵ Seckel E., Levy E. Die Gefahrtragung, cit. S. 219 sq. Им следуют Казер (Kaser M. RPR, cit. Bd. I. S. 553 A.72), Вакке (Wacke A. Dig. 19, 2, 33: Afrikans Verhältnis zu Julian und die Haftung für höhere Gewalt // ANRW, 2.15, 1976. S. 483 sq.) и Циммерманн (Zimmermann R. The Law of Obligations, cit. P. 288). Contra: Ernst W. Periculum, cit. S. 241; Talamanca M. Considerazioni, cit. P. 271.

(*vacuam possessionem tradere*) — основная обязанность в структуре обязательства продавца (Paul., 32 ad ed., D. 19, 4, 1 pr). Употребление юридико-технического термина¹⁰⁶ раскрывает намерение юриста указать на неисполнение обязательства со стороны продавца. Выраженный отказ признать исполнение со стороны продавца предполагает нормативно оправданное ожидание перехода риска в момент, когда продавец исполняет свое обязательство. Поскольку обязательство продавца отменено особым образом — в результате конфискации¹⁰⁷, юрист отказывается рассматривать ситуацию по привычной схеме. Тогда фиксация на неисполнении, на том, что покупатель не получил спокойное владение, как было бы при естественном развитии отношения по купле-продаже, скорее указывает на то, что юрист привык следовать правилу *periculum est emptoris*, так что исключение оказывается мнимым. Факт в том, что Юлиан отказывается подходить к казусу с позиции распределения риска, специально отмечая неисполнение (невозможность исполнения) обязательства на стороне продавца. Приписывать ему рассуждение по схеме *periculum venditoris* (как это делает Таламанка) — значит навязывать классику мышление современного юриста; с точки зрения формальной логики — это *petitio principii* (желаемое за действительное) применительно к тезису, который еще надо доказать.

Наконец, текст Яволена, учителя Юлиана, в котором переход риска также трактуется в контексте передачи владения.

Iav., 7 ex Cass., 18, 6, 17:

Servi emptor si eum conductum rogavit, donec pretium solveret, nihil per eum servum acquirere poterit, quoniam non videtur traditus is, cuius possessio per locationem retinetur a venditore. Periculum eius servi ad emptorem pertinet, quod tamen sine dolo venditoris intervenierit.

Если покупатель раба испросит его в аренду до тех пор, пока он не уплатит цену, то он не сможет ничего приобретать через этого раба, поскольку не считается переданным тот раб, владение на которого удерживается продавцом через аренду. Риск гибели этого раба относится к покупателю, если она, однако, произойдет без умысла продавца.

¹⁰⁶ Cfr. Alfen, in: Pomp., 9 ad Sab., D. 18, 1, 18, 1; Proc., 6 epist., D. 18, 1, 68, 2; Pomp., 9 ad Sab., D. 19, 1, 3 pr-1; Paul., 5 ad Sab., D. 19, 1, 2, 1.

¹⁰⁷ Эрнст (Ernst W. Periculum, cit. S. 242) считает, что Юлиан не рассматривал *publicatio* как случай непреодолимой силы, *vis maior*. Это мнение опровергается решением по первому случаю, упоминаемому в тексте. Юлиан обсуждает уникальный казус невозможности исполнения на публичном основании.

В данном случае передача выполнена на основании аренды, а этот состав (*causa*) исключает переход владения и тем самым не может считаться передачей владения. Покупатель получает раба как арендатор, а значит, не становится юридическим владельцем, осуществляя держание (*detentio*) на имя продавца (как арендодателя). Таким образом, такая передача технически *передачей* (которая признается именно передачей владения) считаться не может. Юрист тем не менее прямо возлагает риск на покупателя в отсутствие передачи юридического владения.

Парадоксальным образом к этому тексту в основном обращаются сторонники теории возложения риска на продавца (*periculum venditoris ante traditionem*) и лишь эпизодически он используется их оппонентами. Хайманн и Бетти говорят о передаче покупателю экономического контроля над рабом¹⁰⁸. Таламанка¹⁰⁹ предлагает более изощренный анализ. В его интерпретации слова Яволена о риске покупателя вызваны тем, что передача поставлена под сомнение: тем самым юрист якобы возлагает риск на покупателя в контексте, когда вопреки обычному решению приходится принимать нестандартное. Рассуждение Яволена (как прежде Кассия, которого он комментирует) наведено схемой *periculum venditoris*.

Возможно, на текст следует посмотреть иначе. Юрист вообще не задается вопросом риска: он обсуждает судьбу возможных приобретений через раба, взятого покупателем в аренду до уплаты цены. Отрицательный ответ основан на отсутствии у покупателя владения, которое тем временем (*donec pretium solveret*) остается у продавца (через держание покупателя)¹¹⁰. Таким образом, выгоды от вещи (*commoda*) оказываются у продавца, и именно это обстоятельство обуславливает суждение о распределении риска (*ratio dubitandi*). Риск, говорит юрист, лежит тем не менее на покупателе, *несмотря на то*, что, вопреки обычному порядку, выгоды относятся к продавцу (из-за аренды). Внимание Яволена к передаче не связано с проблемой риска, но составляет нормативный контекст заключения по делу. Текст показывает, что фактическая передача не сказывается на распределении риска¹¹¹. Юридически значимая (формальная) передача определяет момент исполнения основной

¹⁰⁸ Haymann F. Periculum, cit. S. 119 sq.; Betti E. Periculum, cit. S. 175.

¹⁰⁹ Talamanca M. Considerazioni, cit. P. 250–251.

¹¹⁰ Приобретение через раба определяется наличием добросовестного владения (*bona fide possessio*), а вовсе не бонитарной собственности (*in bonis*), как, кажется, выводит Таламанка из: Gai., 2, 88; 3, 166.

¹¹¹ Как верно указывает Манте. См.: Manthe U. Die libri ex Cassio des Javilenus Priscus. Berlin, 1982. S. 143.

обязанности продавца. И именно в том случае, когда, несмотря на то что юридически (для целей переноса владения и права собственности) передача оказывается несостоявшейся, для перехода риска ее достаточно, если она означает исполнение продавцом своего обязательства. Яволен возлагает риск на покупателя тогда, когда он не стал собственником и даже владельцем (так что приобретения через купленного раба по-прежнему следуют продавцу-собственнику). Это связано с тем, что изменение основания владения — отмена аренды и обретение титула *pro emptore* — зависит только от покупателя. Напротив, произвольно отменить куплю, отказавшись платить цену, он не может: он останется должником по обязательству и не сможет выставить на требование продавца никаких возражений, кроме ссылки на договор аренды. В этих условиях гибель раба, прекратив аренду, не освободит покупателя от обязательства по уплате цены, но сделает это обязательство безальтернативным. Таким образом, передав раба покупателю на условиях аренды до уплаты цены, продавец исполнил свое обязательство, не сделав покупателя ни собственником, ни владельцем (спокойное владение, *vacua possessio*, покупатель еще не получил). Переход риска здесь — простое следствие отпадения возможного возражения о встречном предоставлении (входившем в структуру иска по доброй совести). Текст не только доказывает, что Яволен следовал правилу *periculum est emptoris*, но и раскрывает его логику в контексте конструкции функциональной синаллагмы.

3. Перфекция купли как достижение определенности обязательства продавца

Мы видели, что в контексте перехода риска на покупателя передача товара рассматривается в обязательственном ключе — как исполнение основного обязательства продавца. При этом риск переходит на покупателя (и его обязательство становится безусловным) уже тогда, когда передача еще не выполнена (*res nondum tradita*). Понятно, что сам вопрос о гибели вещи может ставиться только тогда, когда товар (соглашение о товаре) отличается полной определенностью (D. 18, 6, 8 pr: «*quid quale quantum*» — «что, какое, сколько»). Родовые вещи такой определенностью не обладают. В романистике сложилось устойчивое мнение о недопустимости продажи родовых вещей в римском праве¹¹².

¹¹² Arangio Ruiz V. La compravendita, cit. Vol. II. P. 122 sq.; Haymann F. Haben die Römer den Gattungskauf gekannt? // Iherings Jahrb., 79, 1928. S. 95 sqq.; Kruckmann P. Einige Randfragen zum periculum emptoris // ZSS, 59, 1939. S. 7 sqq.; Casavola F. Emptio pondere

Такая продажа оформлялась через взаимные стипуляции¹¹³, порождая кондикционные иски строгого права, которые не могли учитывать положительный интерес сторон. Договор поставки, имевший своим предметом родовые вещи, относился к сфере публичного права (Liv., 23, 48, 11 s.; 23, 49, 1–3)¹¹⁴. Однако общепризнано, что римскому праву была известна продажа родовых вещей, определенное количество которых следовало выбрать из большего массива, находящегося в определенном месте (так называемое *genus limitatum*)¹¹⁵. Указание количества и качества товара, даже при определении места выборки, еще не позволяет ставить вопрос о риске. Только с индивидуализацией товара (путем маркировки, например) достигалась искомая определенность. Этот акт источники именуют перфекцией (*perfectio*). Применительно к купле *emptio perfecta* традиционно трактуется как получение владения или возможность забрать товар (*abholen könne*). Последняя ситуация в российском праве выражается как «товар предоставлен в распоряжение покупателя» (ст. 458 ГК РФ)¹¹⁶. Источники не поддерживают такое прочтение, отождествляя перфекцию при продаже родовых вещей с идентификацией товара.

Значением идентификации товара наделяются и акты отмеривания и отсчитывания (*adnumeratio admitiatio adpensatio*) родовых вещей: «...до того, как отмерено, весь риск относится к продавцу» (Gai., 10 ad ed. prov., D. 18, 1, 35, 7: *antequam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere*). Основатели сабинианской школы усматривали в идентификации родовых вещей обязательственный эффект, который

numero mensura // Scritti giuridici raccolti per il centenario della Casa editrice Jovene. Napoli, 1954. P. 551 sq.

¹¹³ Seckel E., Levy E. Die Gefahrtragung, cit. S. 122 sq.

¹¹⁴ Ibid. S. 127, Anm. 4.

¹¹⁵ Такую продажу именуют «ограниченной родовой продажей» (*«beschra*

¹¹⁶ Это выражение используется и в русском тексте Венской конвенции 1980 г. (ст. 69). Понятие «готовность к выборке» (*Abholungsreif*) в пандектистике согласовано с идеей просрочки покупателя и презумпцией вины как основания возложения риска (Bechmann A. Der Kauf, cit. Bd. I. S. 593; Puntchart V. Die fundamentalen Rechtsverhältnisse, cit. S. 215 sq.). Сходная логика представлена и в Венской конвенции, согласно которой риск несет покупатель, если товар предоставлен в его распоряжение и он нарушает обязательство принять товар («when the goods are placed at his disposal and he commits a breach of contract by failing to take delivery»). В ГК РФ предоставление товара в распоряжение покупателя выступает самостоятельным основанием перехода риска (ст. 458), поскольку само по себе составляет момент, когда «продавец считается исполнившим свою обязанность по передаче товара покупателю» (п. 1 ст. 459 ГК РФ). Теперь мы можем оценить, что в отличие от других европейских законодательств эта формулировка следует классическим образцам.

отмечает зрелость договора купли-продажи (*emptio perfecta*) и переносит риск на покупателя.

Gai., 10 ad ed. provinc., D. 18, 1, 35, 5—6:

In his quae pondere numero mensurave constant, veluti frumento vino oleo argento, modo ea servantur quae in ceteris, ut simul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio, modo ut, etiamsi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, quam si admissa adpensa adnumeratave sint. Nam si omne vinum vel oleum vel frumentum vel argentum quantumcumque esset uno pretio venierit, idem iuris est quod in ceteris rebus. Quod si vinum ita venierit, ut in singulas amphoras, item oleum, ut in singulos metretas, item frumentum, ut in singulos modios, item argentum, ut in singulas libras certum pretium diceretur, quaeritur, quando videatur emptio perfici. Quod similiter scilicet quaeritur et de his quae numero constant, si pro numero corporum pretium fuerit statutum. Sabinus et Cassius tunc perfici emptionem existimant, cum adnumerata admensa adpensave sint, quia venditio quasi sub hac condicione videtur fieri, ut in singulos metretas aut in singulos modios quos quasve admensus eris, aut in singulas libras adpenderis, aut in singula corpora quae adnumeraveris.

6. Ergo et si grex venierit, si quidem universaliter uno pretio, perfecta videtur, postquam de pretio convenerit; si vero in singula corpora certo pretio, eadem erunt, quae proxime tractavimus.

Для вещей, определяемых весом, числом или измерением, например для зерна, вина, масла, серебра, иногда соблюдаются те же правила, что и для всех остальных, — чтобы как только стороны договорятся о цене, продажа считалась совершенной, иногда же, чтобы, даже если достигнута договоренность о цене, продажа все же считалась бы совершенной, только когда товар будет отмерен, отвешен или отсчитан. Ведь если продавец продаст все вино, масло, зерно или серебро, сколько бы его ни было, за одну цену, соблюдается то же право, что и в отношении прочих вещей. Если же он продаст вино так, чтобы за каждую амфору (или масло, чтобы за каждую метрету, или зерно, чтобы за каждый модий, или серебро, чтобы за каждый фунт) назначалась определенная цена, возникает вопрос, когда считать, что купля совершенна. Разумеется, подобный вопрос встает и в отношении тех вещей, что определяются их числом, если цена была назначена по числу предметов. Сабин и Кассий полагают, что купля становится совершенной, когда товар будет отмерен, отвешен или отсчитан, так как продажа рассматривается как заключенная с тем условием, что [цена назначена] за отдельные метреты или отдельные

модии, которые ты отмеришь, или за отдельные фунты, которые ты отвесишь, или за отдельные предметы, которые ты отсчитаешь.

6. Следовательно, если будет продано стадо, то если все целиком за одну цену, купля считается совершенной, как только достигнута договоренность о цене; если же с назначением цены за отдельные головы — будут соблюдаться те положения, которые мы только что изложили.

Примечательна позиция основателей сабинианской школы: они рассматривают куплю родовых вещей как заключенную под условием идентификации товара («*quasi sub hac condicione videtur fieri*»). Условие фиктивно: Сабин и Кассий не считают куплю недействительной, они говорят, что она не совершенна: «*tunc perfici emptionem existimant, cum adnumerata admensa adpensave sint*». Стороны купли, заключенной под отлагательным условием¹¹⁷, не обладают правами из договора и не несут соответствующих обязанностей¹¹⁸, тогда как купля родовых вещей наделяет стороны исками из договора, в том числе и для целей достижения искомой определенности товара: покупатель может добиваться того, чтобы товар был отмерен, отвешен или отсчитан. Так, Юлиан недвусмысленно устанавливает (Iul., 3 ad Urs. Ferocem., D. 18, 1, 41 pr): «Если же купля заключена под условием, нельзя добиваться по иску исполнения условия» («*si vero sub condicione facta emptio est, non poterit agi, ut condicio impleatur*»)¹¹⁹. В нашем же случае Сабин и Кассий подчеркивают, что условия, собственно, нет («*quasi*»), что наделяет *perfectio* иным юридическим значением¹²⁰.

¹¹⁷ Проблема детально изучается в работе: Pennits M. Das Periculum, cit. S. 185 sqq.

¹¹⁸ Иск из условной купли возникает только в том случае, если одна из сторон препятствует наступлению условия: считается, что условие исполнено и в силу фикции обратного действия купля вступила в силу в момент ее заключения (*iam tunc, cum contractum esset negotium*), так что становится возможным иск из договора. Ситуация рассматривается в: Pomp., 9 ad Sab. D. 18, 1, 8 pr.

¹¹⁹ Сходным образом в Ulp., 11 ad ed., D. 19, 1, 50 сообщается об особом решении Лабеоны дать иск (видимо, *in factum*) для требования исполнения потестативного условия («*ut impleatur*»), когда продавец был виновен в его неисполнении, тогда как сам Ульпиан предпочитает иск из договора с фикцией, что условие наступило: «*ego etiam ex vendito agi posse puto quasi impleta condicione, cum per emptorem stet, quo minus impleatur*» (я же считаю, что можно подавать иск из продажи, будто условие исполнено, если он не выполняется по вине покупателя). Поиск решения связан с тем, что до исполнения условия договор считается несуществующим: *nulla est emptio* (Paul., 33 ad ed., D. 18, 6, 8 pr).

¹²⁰ Нередко термин относится именно к заключению договора, например к стипуляции. См.: Seckel E., Levy E. Die Gefahrtragung, cit. S. 151; Ernst W. Periculum, cit. S. 240; Pennits M. Das Periculum, cit. S. 187 sq.

Метафора относится к самому заключению договора: так, в отношении продажи вина с назначением срока для снятия пробы в комментарии Ульпина «К Сабину» снятие пробы отмечает момент, когда вино «совсем продано» (*quasi tunc plenissime veneat, cum fuerit degustatum*). Напротив, при продаже с установлением срока отмеривания, до достижения указанной количественной определенности, вино считается «как бы непроданным».

Ulp., 28 ad Sab., D. 18, 6, 1, 1:

Sed et custodiam ad diem mensurae venditor praestare debet: priusquam enim admetiatur vinum, prope quasi nondum venit. Post mensuram factam venditoris desinit esse periculum; et ante mensuram periculo liberatur, si non ad mensuram vendidit, sed forte amphoras vel etiam singula dolia.

До момента отмеривания продавец должен также обеспечить сохранность: ведь до того, как вино отмерено, оно, собственно, будто еще и не продано. После проведения измерения риск с продавца снимается; бывает, что он освобождается от риска и до отмеривания, если он продал не на меру, а, например, отдельные амфоры или отдельные долии.

Paul., 5 ad Sab., D. 18, 6, 5:

Si per emptorem steterit, quo minus ad diem vinum tolleret, postea, nisi quod dolo malo venditoris interceptum esset, non debet ab eo praestari. Si verbi gratia amphorae centum ex eo vino, quod in cella esset, venierint, si admensum est, donec admetiatur, omne periculum venditoris est, nisi id per emptorem fiat.

Если от покупателя зависело, что он не забрал вовремя вино, впоследствии продавец не будет нести ответственность, разве только что-либо произойдет по его злому умыслу. Если, скажем, сто амфор того вина, что находилось в погребе, будут проданы с условием, что оно будет отмерено¹²¹, то до тех пор, пока оно не отмерено, весь риск лежит на продавце, разве только это произошло по вине покупателя.

Значение понятия «*emptio perfecta*» в установлении определенности проданного, самого предмета договора, и приближается по значению к существованию вещи при продаже будущих вещей — плодов или приплода.

¹²¹ Якаб усматривает в этих словах указание на стипуляцию, чтобы объяснить переход риска на покупателя после *admensio*. См.: *Jakab E. Risikomanagement beim Weinkauf. Periculum und Praxis im imperium romanum*. Munchen: Beck, 2009. S. 185.

Pomp., 9 ad Sab., D. 18, 1, 8 pr:

Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi. Et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut, cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur; sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex empto agi posse.

Нельзя представить ни куплю, ни продажу без вещи, которая продается. И все же куплю плодов или будущего дитя рабыни заключают правильно, чтобы когда народится, считалось, что продажа состоялась уже тогда, когда была заключена сделка; но если продавец поступит так, чтобы не родилось или не появились, можно подавать иск из купли.

Однако купля будущей вещи заключается под отлагательным условием появления вещи в природе, тогда как купля родовых вещей — нет. Возможность иска из купли будущей вещи связана с тем, что когда продавец препятствует наступлению условия, оно считается наступившим. Иск из родовой купли (например, для понуждения продавца идентифицировать товар), возможен сразу и не требует никаких нарушений. Уподобляя договор до идентификации товара незаключенному, Сабин не забывает сказать: «*quasi*».

Сокращение, которому подвергся при компиляции центральный текст Павла по *emptio perfecta*, привело к тому, что единственным примером несовершенной купли оказалось заключение купли под отлагательным условием. Это обстоятельство способствует смешению понятия несовершенной купли с недействительной, а перфекции — со вступлением в силу.

Paul., 33 ad ed., D. 18, 6, 8 pr:

Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim sciemus, cuius periculum sit: nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet. Et si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emptio, quod si sub condicione res venierit, si quidem defecerit condicio, nulla est emptio, sicuti nec stipulatio; quod si exstiterit, Proculus et Octavenus emptoris esse periculum aiunt; idem Pomponius libro nono probat. Quod si pendente condicione emptor vel venditor decesserit, constat, si exstiterit condicio, heredes quoque obligatos esse quasi iam contracta emptione in praeteritum. Quod si pendente condicione res tradita sit, emptor non poterit eam usucapere pro emptore. Et quod pretii solutum est repetetur et fructus medii temporis venditoris sunt (sicuti stipulationes et

legata condicionalia peremuntur), si pendente condicione res exstincta fuerit; sane si exstet res, licet deteror effecta, potest dici esse damnum emptoris.

Необходимо знать, когда купля считается совершенной: ведь тогда мы узнаем, кто несет риск, ибо со вступлением купли в силу риск возлагается на покупателя. И если в отношении проданного ясно, что это, каково оно и сколько, и имеется цена, и продажа безусловна, то купля является совершенной, потому что если вещь продана под условием, то если условие не исполнится, купля ничтожна так же, как и стипуляция; если же исполнится, Прокул и Октавен говорят, что риск несет покупатель; это одобряет и Помпоний в девятой книге. Если же до исполнения условия покупатель или продавец умрет, установлено, что если условие будет выполнено, наследники будут также нести обязанности, будто купля вступила в силу уже в прошлом. Если же до исполнения условия вещь была передана, покупатель не сможет приобретать ее по давности как покупатель. И если до исполнения условия вещь погибла, то, что было уплачено в качестве цены, можно истребовать обратно и плоды за истекшее время принадлежат продавцу (так же, как при прекращении стипуляций или завещательных отказов, сделанных под условием); если же она существует, хотя бы испорченная, можно сказать, что ущерб несет покупатель.

Лучшая экзегеза текста, выполненная Секкелем и Леви¹²², акцентирует фикцию обратного действия отлагательного условия: если товар гибнет до наступления условия, покупатель несет риск, так как с исполнением условия считается, что купля вступила в силу в момент заключения. Концепция *emptio perfecta* позволила избежать неблагоприятных последствий распределения риска. Это так, и это означает, что Сабин и Кассий (как и Октавен, который был близок, но не входил в сабинианскую школу) были хорошо знакомы с правилом *periculum est emptoris*¹²³. В то же время сводить понятие *emptio perfecta* к безусловной (чистой) купле («*si... pure venit*») не следует¹²⁴. Первая фраза Павла от-

¹²² Seckel E., Levy E. Die Gefahrtragung, cit. S. 154 sqq.; 170 sqq.

¹²³ Этот факт составляет непреодолимое препятствие для концепции Таламанки. Сознвая это, ученый пытается отнести возникновение концепции *emptio perfecta* ко II в. (Talamanca M. Considerazioni, cit. P. 250; 265 sq.), что противоречит его собственным словам о сабинианском происхождении этой доктрины.

¹²⁴ Флуме (Flume W. Rechtsact und Rechtsverhältnis. München, 1990. S. 130) и Эрнст (Ernst W. Periculum, cit. S. 240) отождествляют *emptio perfecta* и заключение действительного договора (*gültiges Vertragsschluss*). Критику см.: Pennitz M. Das Periculum, cit. S. 187.

носится к определенности объекта¹²⁵. «*Quid quale quantum*» (что, какое, сколько) обнимает не только индивидуально-определенные вещи, но и родовые, если они индивидуализированы. Таким образом, *emptio perfecta* указывает на куплю с определенным объектом. Говорить же о риске применительно к неопределенному объекту не приходится. Концепция *emptio perfecta* не столько минимизирует последствия правила *periculum est emptoris* или сужает сферу его действия¹²⁶, сколько устанавливает естественную связь между правилом распределения риска и содержанием договора. Сабинианцы предлагают свое осмысление консенсуальной купли-продажи.

В этой перспективе требование отвешивания, отмеривания или отсчитывания родовых товаров предстает условием достижения определенности, а не передачи. Даже передачу (*traditio*) можно рассматривать как способ идентификации товара, а не переноса права собственности. Эта логика просматривается в таком тексте (С. 4, 48, 2):

Alex.A. Gargilio Iuliano.

Cum convenit, ut singulae amphorae vini certo pretio veneant, antequam tradantur, imperfecta etiam tunc venditione periculum vini mutati emptoris, qui moram mensurae faciendae non interposuit, non fuit.

a. 223 pp. V K. April. Maximo II et Aeliano consss.

Александр Август Гаргилию Юлиану.

Когда достигнуто соглашение о том, чтобы отдельные амфоры с вином были проданы за определенную цену, то до тех пор, пока они не переданы, раз продажа в то время еще не совершена, риск порчи вина не относится к покупателю, если он не впал в просрочку по отмериванию.

26 марта, во второе консульство Максима и Элиана (223 г.).

4. Параметры нормативного поведения продавца в категориях «*commoda*» и «*incommoda*»

Все известные тексты по вопросу риска связывают с передачей не вещно-правовые следствия, свойственные передаче, а именно достижение определенности товара. Таков и смысл обобщения, представленного в Институциях Юстиниана.

¹²⁵ Seckel E., Levy E. Die Gefahrtragung, cit. S. 163 sq.

¹²⁶ Pennitz M. Das Periculum, cit. S. 188.

I. 3, 23, 3: Cum autem emptio et venditio contracta sit (quod effici diximus, simulatque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur), periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea rea emptori tradita non sit, itaque si homo mortuus sit vel aliqua parte corporis laesus fuerit, aut aedes totae aut aliqua ex parte incendio consumptae fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquae aut arboribus turbine deiectis longe minor aut deterior esse coeperit: emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed et si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accessit, ad emptoris commodum pertinet: nam et commodum eius esse debet, cuius periculum est.

Когда же заключена купля-продажа (что, как мы сказали, происходит сразу, как достигнуто соглашение о цене, когда дело заключается без письменной формы), риск проданной вещи сразу же возлагается на покупателя, даже если эта вещь еще не была ему передана, так что если раб умрет или будет повреждена какая-либо часть его тела, или здание погибнет в огне полностью или в какой-либо части, или земельный участок будет уничтожен силой реки полностью или в какой-либо части, или же вследствие наводнения или когда вихрем вырвало деревья, он значительно уменьшится или ухудшится, ущерб относится к покупателю, который обязан, хотя он и не получил вещи, уплатить цену. Ведь что бы ни произошло не по умыслу или вине продавца, в отношении этого продавец огражден от опасности. Но и в том случае, если после заключения купли что-либо прирастет к участку вследствие намыва, это относится к выгоде покупателя, ибо и выгода должна относиться к тому, к кому относится риск.

Текст опирается на классические образцы, хотя и привносит типично юстиниановские черты: упоминается письменная форма сделки (введенная Юстинианом), классическая казуистика в соответствии с установкой на придание тексту значения нормы общего действия (*lex generalis*¹²⁷) получает вид единой развернутой гипотезы, почему текст и дополняется выражениями «*vel aliqua parte*»¹²⁸, «*vel aliqua ex parte*».

¹²⁷ См.: Сильвестрова Е.А. *Lex generalis*. Императорская конституция в системе источников греко-римского права V–X вв. н.э. М., 2007. С. 5.

¹²⁸ Вопиюще несообразной оказывается гипотеза повреждения раба в какой-либо части его тела (*aliqua parte corporis laesus*), поставленная рядом со случаем естественной смерти, что выдает ее механическое включение в классическую основу текста ради

Слова о гарантированном положении продавца в отношении событий, наступивших не по его умыслу и вине, — с характерным обобщающим «*quidquid enim*» («ведь что бы ни произошло...»), — получают развитие в следующем параграфе, где строгая ответственность продавца (*custodia*) обсуждается как факультативная, что призвано подчеркнуть нормативный характер виновной ответственности в юстиниановском праве.

В этом обобщении слова «даже если эта вещь еще не была ему передана» («*tametsi adhuc ea rea emptori tradita non sit*») стимулируют понимание правила как отступления от принципа *res perit domino*. Оправдание перехода риска на покупателя (предвосхищающего передачу) усиливает это впечатление: к покупателю относятся все выгоды, поэтому на нем лежат и возможные потери. Кумуляция *commoda* и *incommoda*, распространенная в трудах поздних классиков,¹²⁹ известна и более ранним юристам (хотя и в других словах¹³⁰). Текст Институций Юстиниана отличается от классических образцов тем, что здесь вопрос возложения риска представлен как освобождение продавца от ответственности в случае, когда он свободен от умысла и вины. В контексте обсуждения (не) виновности продавца отсутствие передачи (которая, вопреки ожиданиям, еще не совершена к моменту гибели или повреждения вещи) получает чисто обязательственное значение — как неисполнение основной обязанности продавца. Такое прочтение лишает оснований подозрения на следование схеме *casus sentit dominus*.

достижения единообразия с гипотезами разрушения части здания или затопления части земельного участка. См.: Seckel E., Levy E. Die Gefahrtragung, cit. S. 144 A. 4.

¹²⁹ Paul., 5 ad Sab., D. 18, 6, 7 pr: «ad emptoris commodum incommodumque pertinet» (где в пример приводится приращение вследствие намыва); Ulp., 71 ad ed., D. 43, 24, 11, 9: «omne enim et commodum et incommodum ad emptorem pertinere debet». В Дигестах Юстиниана максима отнесена к числу древних правовых правил (*regula juris*) и возводится к естественному праву (Paul., 3 ad Sab., D. 50, 17, 10): «Secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda» («Согласно природе, чтобы выгоды от каждой вещи следовали тому, кому следуют невыгоды»). Сопряжение вопроса о риске покупателя с судьбой выгод и невыгод — топос европейской правовой традиции. См. у Донелла: Donellus. Opera Omnia, vol. IX. Macerata, 1830. P. 990–991 (ad tit. XLVIII, lib. IV C. De periculo et commodo rei venditae): «Omne hoc incommodum, si post venditionem contingat, ad emptorem pertinet: si res vendita casu perierit, emptoris damnum est» («Все невыгоды, если они наступят после заключения продажи, относятся к покупателю; если проданная вещь погибнет случайным образом, ущерб ложится на покупателя»).

¹³⁰ Например, у Нерация (Ner., 3 membr., D. 19, 1, 31 pr): «omne lucrum ac dispendium te sequatur» («все выгоды и расходы следуют тебе»).

I. 3. 23. 3.a: Quod si fugerit homo qui venit aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit, an custodiam eius usque ad traditionem venditor susceperit. Sane enim, si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet: si non susceperit, securus erit. Idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intellegimus. Utique tamen vindicationem rei et conductionem exhibere debet emptori, quia sane, qui rem nondum emptori tradidit, adhuc ipse dominus est. Idem est etiam de furti et de damni iniuriae actione.

Если же сбежит проданный раб или его украдут, так что нет ни умысла, ни вины продавца, следует выяснить, взял ли на себя продавец ответственность за его сохранность до передачи. Ведь если взял — то это событие относится к его риску, если же не взял — то он огражден от опасности. То же самое мы полагаем и в отношении прочих животных и прочих вещей. Однако он во всяком случае должен будет выдать покупателю виндикационный и кондикционный иски, так как тот, кто еще не передал вещь покупателю, конечно, до этого момента остается собственником. То же самое и в отношении иска о краже и о противоправном причинении ущерба.

В классический период римского права прежняя обязанность охранять (*custodire*), обеспечить сохранность (*custodiam praestare*) уже трактуется как объективная (строгая) ответственность, которая простирается вплоть до сферы риска (и маркирует границу между договорной ответственностью и риском), тогда как в постклассическом праве *custodia* получает субъективную трактовку как ответственность за наибольшую осмотрительность, наивысший критерий субъективного вменения (*diligentia exactissima, diligentia diligentissima*), что и делает виновное вменение общим правилом. В классическом тексте, который лежит в основе этого параграфа Институций Юстиниана¹³¹, обсуждался конкретный казус, который юрист предлагал решать на основании изучения содержания договора. Стороны могли изменить обычный порядок ответственности (за исключением ответственности за умысел)

¹³¹ Феррини (*Ferrini C. Sulle fonti degli Istituzioni di Giustiniano [1901], in: Opere. Vol. II. Milano, 1929. P. 392*) возводит текст к поздней работе Гая «*Res cottidianae*», однако казуистический характер указывает на другой источник — практическое (а не дидактическое) сочинение. Мы вскоре увидим дословные совпадения с текстом «Комментария к провинциальному эдикту» Гая (D. 18, 1, 35, 4). Эрнст (*Ernst W. Das Kaufrecht in den Institutionen des Gaius, in: Jurisprudentia universalis. Festschrift Th. Mayer-Maly. Köln, 2002. S. 159 sq.; 163*) отмечает, что в дидактических сочинениях вопрос о риске Гаем не ставился (возможно, из-за повышенной сложности для учащихся).

и освободить продавца от строгого вменения за несчастный случай или действия третьих лиц. Судя по тому, что в тексте речь идет, напротив, об усилении ответственности, источник этого параграфа, возможно, восходит к эпохе, когда ответственность продавца за *custodia* еще не стала нормативной (впрочем, на практике даже в эпоху утверждения классического распределения ответственности вполне могли бытовать отступления).

Обращает на себя внимание смешение понятий риска и ответственности во фразе, заключающей обсуждение казуса: «ведь если взял [на себя ответственность], то это событие относится к его риску (*periculum*)». В классическом языке слово «*periculum*» многозначно и может означать как риск, так и ущерб. Если придать слову это последнее значение («то это событие относится к его *ущербу*»), то эта фраза возможна и в устах классика. В тексте же Юстинианова Свода она получает совершенно несообразный смысл, будто сфера риска распределена между сторонами в соответствии с договоренностью и несчастный случай (побег) или кража входит в риск, возложенный на продавца (как *casus minor*), тогда как на покупателя возлагается риск действия непреодолимой силы (*casus maior*). Непредвиденные (чрезвычайные) события сами по себе не относятся к риску (непредвидимость — определение случая вообще): в классическом (как и в современном) праве они составляют сферу ответственности, тогда как о риске говорят только применительно к непредотвратимым событиям (вне контроля людей), собственно форс-мажорным обстоятельствам.

Указанная несообразность ориентирует на выявление классического источника этого параграфа. Наиболее близким по тексту (вплоть до дословных совпадений) оказывается такой фрагмент комментария Гая к провинциальному эдикту.

Gai., 10 ad ed. provinc., D. 18, 1, 35, 4:

Si res vendita per furtum perierit, prius animadvertendum erit, quid inter eos de custodia rei convenerat: si nihil appareat convenisse, talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonus pater familias suis rebus adhibet; quam si praestiterit et tamen rem perdidit, securus esse debet, ut tamen scilicet vindicationem rei et conductionem exhibeat emptori. Unde videbimus in personam eius, qui alienam rem vendiderit: cum is nullam vindicationem aut conductionem habere possit, ob id ipsum damnandus est, quia, si suam rem vendidisset, potuisset eas actiones ad emptorem transferre.

Если проданная вещь пропадет вследствие кражи, прежде всего следует выяснить, что было решено между сторонами в отношении охраны вещи: если окажется, что они об этом не договаривались, то от продавца требуется такая забота о сохранности, которую обеспечивает добрый домовладыка в отношении своих вещей; если же он ее выкажет, то он свободен от ответственности, однако, конечно, с тем, чтобы он отдал виндикационный и кондикционный иски покупателю. С этой точки зрения рассмотрим положение того, кто продает чужую вещь: поскольку у него не может быть ни виндикационного, ни кондикционного иска, то вследствие этого он подлежит присуждению, поскольку если бы он продал свою вещь, он мог бы передать эти иски покупателю.

Текст нередко считают сильно испорченным в ходе позднейших переработок¹³², хотя известен и опыт удовлетворительного прочтения при бережном отношении ко всем частям фрагмента¹³³. Проблема заключается в субъективной трактовке ответственности за сохранность (*custodia*), которую Гай предлагает обсуждать по модели осмотрительности «добротного домовладыки» (*bonus paterfamilias*)¹³⁴. Если в норме ответственность за *custodia* предполагает ответственность за кражу независимо от степени осмотрительности, к которой обязуется должник, и Гай сам (D. 19, 2, 40; 4, 9, 5 pr-1) признает такое строгое вменение в отношении ссудополучателя и подрядчика (модельные фигуры ответственности за *custodia*), когда во внимание принимается только факт пропажи вещи, то здесь, применительно к продавцу, юрист допускает освобождение должника от ответственности, если он действовал в соответствии со стандартом заботливого хозяина. В более позднем сочинении Гая «*Res cottidianae*» (D. 18, 6, 2, 1) обязанность продавца прямо выражена через *diligentia in custodiendo* (рачительность в отношении сохранности вещи). Противоречие можно объяснить тем, что Гай возлагает на продавца ответственность за *custodia* только в том случае, если стороны предусмотрели ее в

¹³² Kunkel W. *Diligentia* // SZ, 45, 1925. S. 303; Vážný J. *Custodia* // AUPA, 12, 1929. P. 141; MacCormack G. *Periculum* // SZ, 96, 1979. P. 134, nt. 30; Harder M. *Commodum eius esse debet cuius et periculum est*, in: *Festschrift M. Kaser zum 70. Geburtstag* / Hrsg. von D. Medicus, H. H. Seiler. München, 1976. S. 356 sq.

¹³³ Cardilli R. *L'Obbligazione di «praestare»*, cit. P. 494 sq.

¹³⁴ Ответственность по модели *bonus paterfamilias* — *diligentia diligentis* (то, что впоследствии стало принято обобщенно именовать *culpa levis*), как и ответственность «как за свои вещи» (*quam suis rebus adhibere oportet*), предполагает более строгий критерий вменения, так что ответчик (должник) может оправдаться, только доказав, что он действовал с предельной осмотрительностью как заботливый хозяин (*diligens*).

договоре, тогда как для ссудополучателя или подрядчика она возникает автоматически (хотя и может быть снята по договору). Такая позиция может быть источником сближения ответственности за *custodia* с ответственностью за вину (*culpa, diligentia*), и это, по мнению Кардилли, находит подтверждение в том, что Гай не обусловливает уступку исков собственника со стороны ссудодателя ссудополучателю или со стороны заказчика подрядчику должной осмотрительностью должника (D. 19, 2, 25, 8), тогда как при купле-продаже обязанность уступки исков в случае кражи проданной вещи возлагается только на продавца, который может быть освобожден от ответственности, поскольку докажет свою невиновность (должную степень осмотрительности и заботливости). Договорный источник ответственности продавца за *custodia* разделялся юристами сабинианской школы и в дальнейшем не получил поддержки¹³⁵, так что след этого мнения в тексте Институций Юстиниана уверенно приводит к Гаю, следующему сабинианцам.

Проблематика ответственности продавца до передачи и соотношения субъективных и объективных критериев вменения в контексте возложения риска на покупателя и отнесения на него всех выгод и невыгод, связанных с вещью, получает глубокую проработку в трудах основателя прокулианской школы Марка Антистия Лабеола, творившего в эпоху Августа. Следующий текст обсуждает пределы ответственности продавца в терминах распределения риска.

Lab., 2 pith., D. 19, 1, 54 pr:

Si servus quem vendideras iussu tuo aliquid fecit et ex eo crus fregit, ita demum ea res tuo periculo non est, si id imperasti, quod solebat ante venditionem facere, et si id imperasti, quod etiam non vendito servo imperaturus eras. Paulus: minime: nam si periculosam rem ante venditionem facere solitus est, culpa tua id factum esse videbitur; puta enim eum fuisse servum, qui per catadromum descendere aut in cloacam demitti solitus esset. Idem iuris erit, si eam rem imperare solitus fueris, quam prudens et diligens pater familias imperaturus ei servo non fuerit. Quid si hoc exceptum fuerit? Tamen potest ei servo novam rem imperare, quam imperaturus non fuisset,

¹³⁵ Так, Юлиан уже следует мнению Цельса в вопросе об объективном характере ответственности продавца за *custodia*: Ulp., 29 ad Sab., D. 47, 2, 14 pr (текст обсуждался выше). Казер называет эту позицию «особым мнением» («Sondermeinung»). См.: Kaser M. RPR, cit. Bd. I. S. 508 A. 39. В недавнем прошлом этого мнения придерживались многие романисты (например: Betti E. Periculum, cit. S. 140); сегодня традиционную позицию занимает М. Таламанка (Talamanca. Vendita, cit. // ED, 46, 1993. Col. 448–449).

si non venisset: veluti si ei imperasti, ut ad emptorem iret, qui peregre esset; nam certe ea res tuo periculo esse non debet. Itaque tota ea res ad dolum malum dumtaxat et culpam venditoris dirigenda est.

Если раб, которого ты продал, что-либо сделал по твоему приказу и сломал кость, то это дело только в том случае не относится к твоему риску, если ты приказал то, что он привык делать и до продажи, и если ты приказал то, что ты приказал бы ему, даже если бы он не был продан. Павел: Вовсе нет: ведь если он привык делать опасные вещи до продажи, будет считаться, что это сделано по твоей вине; представь, что раб был таков, что он привык ходить по канату или спускаться в канализацию. Право будет тем же, если ты привык приказывать такие вещи, которые осмотрительный и рачительный домовладыка не стал бы приказывать своему рабу. Что если это будет исключено? Все же он может повелеть рабу новое дело, какое он не стал бы приказывать, если бы его продал: например, если ты ему приказал, чтобы он направился к покупателю, находящемуся за границей; ведь ясно, что это дело не должно быть на твоём риске. Итак, все дело следует свести лишь к злему умыслу и вине продавца.

В романистике мнения о значении слова «*periculum*» в этом тексте разделились. Одни считают, что оно означает «риск»¹³⁶, другие — что оно употреблено в значении «*culpa*»¹³⁷, для третьих — оно употреблено нетехнически в смысле «ущерб» (*damnum*)¹³⁸. В недавней работе Вьяро, хотя и приравнивает смысл слова к *damnum*, полагает, что оно призвано указать на то, что покупатель платит цену сполна, и речь тем самым идет о нарушении взаимности обязательств (разрыве синаллагмы), так что перед нами, в случае гибели раба, типичная ситуация риска¹³⁹. Наиболее убедительным представляется мнение Кункеля¹⁴⁰, что специфика указания на отсутствие вины продавца связана с применением правила *periculum est emptoris*. Признание продавца невиновным, пусть и опо-

¹³⁶ Seckel E., Levy E. Die Gefahrtragung, cit. S. 252; Vogt H. Zur Gefahrtragung, cit. S. 162.

¹³⁷ Arangio Ruiz v. La compravendita, cit. Vol. II. P. 246; Thielmann G. Traditio, cit. S. 312.

¹³⁸ Здесь также понимание определяется концепцией риска. Для Пенница (Pennitz M. Das «periculum», cit. S. 119 sq.) речь идет об опасности проигрыша процесса. Бетти (Betti E. Periculum, cit. S. 182) и Таламанка (Talamanca M. Vendita, cit. Col. 423, nt. 1243) относят текст к проблематике *incommoda*.

¹³⁹ Viaro S. Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano. Padova, 2011. P. 201, nt. 80.

¹⁴⁰ Kunkel W. Diligentia, cit. S. 275.

средованно, через отрицание возложения на него риска («*periculo tuo non est*»), связано с тем, что приказ, отданный продавцом рабу, признается соответствующим нормальной и ожидаемой деятельности раба. Основание же отнесения последствий на покупателя составляет проблему: рассматривается ли возможное несчастье как случай или как следствие приказа, т. е. действий продавца? Только Павел приводит в пример такие ситуации, когда обычная деятельность раба связана с повышенной опасностью, Лабен говорит просто о несчастном случае, происшедшем, возможно, «на ровном месте». Приказ здесь не достигает вины в техническом смысле — *culpa*. В этом смысле речь идет именно о *incommoda*, как верно отмечает Бетти. Павел развивает идею в направлении ужесточения положения продавца: он исключает возможность приказов рабу, которые бы не шли на пользу покупателю и не означали бы в то же самое время вину продавца. Тем самым любой приказ продавца, который влечет имущественные потери для покупателя, относится к ответственности продавца, поскольку означает его виновное поведение. Для Павла даже обычность и привычность действий раба (даже их необходимость) не являются оправданием приказа, если эти действия связаны с повышенной опасностью. Допускаются только действия в интересах покупателя¹⁴¹.

Лабен же ставит проблему не в категориях вины, а с позиций нарушения *fides bona* как связи с покупателем в рамках обязательственного отношения из купли-продажи: нестандартный приказ означает такое отступление от стандарта поведения, заданного договором, что риск неблагоприятных последствий (несчастного случая) не может быть возложен на покупателя¹⁴². Лабен исходит из правила *periculum est emptoris*, но он изучает не принципы возложения риска на покупателя как следствие отнесения к нему выгод и невыгод. Юрист ведет поиск нормативных критериев поведения продавца до передачи ввиду отнесения всех невыгод к покупателю: фиксация качеств товара до передачи и признание обязательства продавца по передаче исполненным в момент индивидуализации товара, ставят проблему точной юридической квалификации поведения продавца по отношению к товару до фактической передачи. Лабен фиксирует в качестве критерия обычное поведение хозяина и обычную деятельность раба (что подчеркивается тем, что Павел выступает против продолжения активности, связанной с повышенной опасностью): продавец не должен предпринимать ничего необычного,

¹⁴¹ Betti E. Periculum, cit. S. 182.

¹⁴² См.: Cardilli R. L'Obbligazione di «praestare», cit. P. 323 sqq.

тогда как деятельность, к которой раб привык, признается допустимой. Поведение раба до передачи фиксируется как его качественная характеристика, и этой квалификации подчиняется поведение хозяина-продавца. Тем самым поведение продавца подчиняется свойствам товара (и связанным с ними ожиданиям покупателя): продавец нормативно обслуживает интерес сохранения качества товара, представляющего хозяйственные цели покупателя, реализованные в договоре.

Пребывание товара до передачи в руках продавца сказывается на его обязательстве перед покупателем. Поведение продавца должно быть конформно свойствам товара, которые признаются воплотившимися в параметрах связывающего стороны обязательства. Обязательство продавца (и пределы его ответственности) консервативно: оно нацелено на то, чтобы обеспечить сохранение значимых свойств товара и не обмануть ожидания покупателя. Сохранение товара в руках продавца объективно ставит его на службу покупателю: возможные изменения в качестве товара относятся на покупателя, а значит, субъективное воздействие со стороны продавца (собственника до передачи) должно быть исключено (минимизировано).

Проблема нормативной фиксации параметров поведения продавца как его правовой связи с покупателем в рамках обязательственного отношения (*bona fides*), пусть и выраженного в категориях «*commoda*» и «*incommoda*», развивается в следующем тексте.

Ulp., 32 ad ed., D. 19, 1, 13, 22:

Praeterea ex vendito agendo consequetur etiā sumptus, qui facti sunt in re distracta, ut puta si quid in aedificia distracta erogatum est; scribit enim Labeo, et Trebatius <in hoc opinione est>, esse ex vendito hoc nomine actionem. Idem et si in aegri servi curationem impensum est ante traditionem aut si quid in disciplinas, quas verisimile erat etiam emptorem velle impendi. Hoc amplius Labeo ait et si quid in funus mortui servi impensum sit, ex vendito consequi oportere, si modo sine culpa venditoris mortem obierit.

Кроме того, когда подают иск из продажи, взыскивают даже расходы, которые были произведены на отчужденную вещь, как, например, если что-либо было потрачено на отчужденное здание; ведь Лабейон пишет и Требаций [был того же мнения], что в связи с этим возникает иск из продажи. То же самое и в том случае, если были произведены расходы на лечение больного раба до передачи или на обучение, на которое, вероятно, и покупатель захотел бы потратиться. Более того, Лабейон говорит, что даже если что-либо было истрчено на погребение

умершего раба, это следует взыскать по иску из продажи, если только смерть наступила без вины продавца.

Распределение авторства приведенных суждений следующее: «*scribit*» в настоящей редакции относится к обоим юристам — Лабелону и Требацию (должно быть «*scribunt*»); поскольку имя Требация тогда должно было бы стоять на первом месте, полагаю, речь шла о суждении Лабелона, которое сопровождалось и ссылкой на учителя; Ульпиан, воспроизводя упоминание Требация, все же цитировал сочинение самого Лабелона. В заключительной части текста приводится новое суждение Лабелона, которое развивает идею его учителя: «*hoc amplius*».

Компенсация продавцу расходов, понесенных на проданную вещь (на ремонт или улучшение здания¹⁴³, на лечение и обучение раба), связана с отнесением на покупателя всех выгод, связанных с вещью (*commoda*). Поскольку речь идет о периоде до передачи владения, расходы продавца (*sumptus*), определившие наступление этих выгод, компенсируются. Право продавца на возмещение входит в обязательство покупателя (в этом смысле *sumptus* можно отнести как раз к невыгодам, которые ложатся на покупателя), но это право зависит от нормативных требований к продавцу в рамках его правоотношения с покупателем. Обсуждая, какие расходы подлежат возмещению, юристы тем самым излагают критерии отношения продавца к проданной вещи до передачи.

Такой критерий поведения продавца, как возможное желание покупателя, разделял уже Требаций. Именно интерес покупателя определяет допустимость расходов, подлежащих возмещению. Расходы на лечение относятся к необходимым (*impensa necessaria*), расходы на обучение — к полезным (*impensa utilia*). Вот эта-то полезность и определяется по суждению покупателя (а не порядочного человека, *vir bonus*). Ориентация на предполагаемое намерение покупателя («*verisimile erat etiam emptorem velle*») отводит этой стороне договора ведущую роль и одновременно наделяет ее интерес нормативным характером, снимая субъективную неопределенность. Такой подход преобразует и товар (раба), и обязанности (*praestare*) продавца, которые юридически существуют в рамках обязательственных отношений сторон

¹⁴³ В отношении расходов на здание можно сомневаться, идет ли речь о необходимых или также о полезных расходах («*aedificia distracta*» — конечно, «проданное здание», а не «поврежденное»; ср. здесь же «*res distracta*»). Ясно, однако, что речь идет именно о таких расходах, которые сделаны в интересах покупателя, т. е. таких, что составляют его безусловную выгоду — *commoda*. Ср.: Weyand S. Kaufverständnis, cit. S. 250.

договора. Специфические и неожиданные детали конкретного случая подводятся под общие нормативные стандарты поведения; ожидания покупателя получают признание в качестве типичных интересов в соответствии с правовым измерением отношения. Это право устанавливает соответствие между субъективными устремлениями покупателя и объективными свойствами товара, подчиняя обе стороны отношения нормативному эффекту договора купли-продажи — отражению в параметрах обязательственного отношения искомой вещно-правовой позиции покупателя. Ведущая роль покупателя в определении судьбы товара закономерно подчиняет себе и конструкцию отношения на этапе, предшествующем исполнению: продавец нормативно ставится на службу покупателю, сфера его обязанностей, включая ответственность за сохранность, составляет одно из определений имущественного положения покупателя — товар в обязательственном измерении.

Возможность взыскания с покупателя расходов, понесенных на проданную вещь, признается уже в раннереспубликанских юридических текстах: в модельных договорах продажи вина в долях с аукциона, приведенных в трактате *De Agricultura* (Cato, de agr., 148) Катона Старшего (234—149 гг. до н.э.), и самом раннем свидетельстве о консенсуальной купле, восходящем к концу III — началу II в. до н.э.

Cels., 8 dig., D. 19, 1, 38, 1:

Si per emptorem steterit, quo minus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitate posse servari Sextus Aelius, Drusus dixerunt, quorum et mihi iustissima videtur esse sententia.

Если от покупателя зависит, что раб не был ему передан, Секст Элий и Друз сказали, что возмещение за расходы на его содержание можно взыскать по суду, и мне их суждение представляется вполне правильным.

Текст Цельса свидетельствует¹⁴⁴, что уже Секст Элий Пет (консул 198 г. до н.э.), автор первого юридического сочинения «*Tripertita*», содержавшего комментарий к Законам XII таблиц и современным ему исковым формам (D. 1, 2, 2, 38), был знаком с консенсуальной куплей, порождавшей обязательство *ex fide bona* (arg. ex «*arbitrium*» scil. *ex fide bona*). Просрочка покупателя по принятию купленного раба (показательно, что речь идет о причине неисполнения обязанности продавца

¹⁴⁴ Достоверность ссылки на Секста Элия сегодня общепризнана. См.: *Talamanca M. Vendita, cit. Col. 310.*

по передаче) — *mora creditoris* оправдывает дополнительные расходы на содержание раба. Определение объема взыскания относится к обязанности судьи (*arbiter*) и основывается на том, что расходы трактуются как понесенные в интересах покупателя. Технически просрочка здесь не влечет существенных изменений в правовом положении сторон, она принимается во внимание как причина увеличения разрыва во времени между заключением договора и исполнением.

В следующем фрагменте Помпония из комментария «К Квинту Муцию» просрочка покупателя уже обсуждается как источник изменений в объеме ответственности продавца.

Pomponius, 31 ad Q. Muc., D. 18, 6, 18 (17):

Illud sciendum est, cum moram emptor adhibere coepit, iam non culpam, sed dolum malum tantum praestandum a venditore. Quod si per venditorem et emptorem mora fuerit, Labeo quidem scribit emptori potius nocere quam venditori moram adhibitam, sed videndum est, ne posterior mora damnosa ei sit. Quid enim si interpellavero venditorem et non dederit id quod emeram, deinde postea offerente illo ego non acceperim? Sane hoc casu nocere mihi deberet. Sed si per emptorem mora fuisset, deinde, cum omnia in integro essent, venditor moram adhibuerit, cum posset se exsolvere, aequum est posteriorem moram venditori nocere.

Следует знать, что когда покупатель впал в просрочку, то с этого момента продавец отвечает только за умысел, но не за небрежность. Если же просрочка была допущена и продавцом, и покупателем, Лабейон пишет, что она должна вредить скорее покупателю, чем продавцу, но следует рассмотреть, пойдет ли ему во вред последующая просрочка. Что если я потребую исполнения у продавца, а он не даст то, что я купил, а позже, когда он предложит, я не приму? Ясно, что в таком случае просрочка должна повредить мне. Но если просрочку допустил покупатель, а затем, когда еще дело не сдвинулось с места, продавец впал в просрочку, тогда как мог произвести исполнение, справедливо, чтобы последующая просрочка вредила продавцу.

Вторая фраза представляет собой цитату из Лабейона¹⁴⁵, но со слов «следует рассмотреть» говорит уже сам Помпоний. Первая фраза может принадлежать Квинту Муцию или представлять собой пересказ

¹⁴⁵ Известно аналогичное решение Лабейона применительно к купле вина с дегустацией. Labeo, 5 post. a lav. epit., D. 19, 1, 51 pr:

его слов, которым придано значение общепринятой максимы. «*Illud sciendum est*» могло быть вставлено и компиляторами для придания тексту характера утверждения, а не рассуждения¹⁴⁶. Возможно, с этим связана и утрата ясной границы между комментируемым текстом Квинта Муция (леммой) и комментарием Помпония. Кардилли¹⁴⁷, ссылаясь на D. 18, 1, 66, 1, допускает, что порядок ослабления ответственности продавца в случае просрочки покупателя сложился уже во времена республиканского юриста. Существенно и то, что Лабеем, к опыту которого обращается комментатор, рассматривал более сложную проблему просрочки с обеих сторон, тогда как доктрина в отношении просрочки покупателя консолидировалась в более раннее время. Если это так, что уже Квинт Муций разделял правило *periculum est emptoris*, противопоставляя осмотрительность и конформность продавца требованиям добросовестности (*culpa*) до передачи в обычном случае, понижение ответственности до умысла в случае просрочки покупателя. Гибель или повреждение товара, не связанные с отступлениями продавца от стандарта поведения, требуемого обязательством (*praestare*), тем самым относились к риску покупателя.

В течение всего II—I в. до н.э. римская юриспруденция интенсивно обсуждала пределы ответственности продавца, выявляя и конкретизируя содержание обязательства (*oportere*) и параметры *bona fides* в рамках отношений купли-продажи до передачи товара. В текстах Лабеем эта проработка достигает предельной ясности ориентиров и формальной определенности критериев поведения продавца и возложения на покупателя обязанности возместить продавцу соответствующие расходы. Поиск велся в рамках обязательственных следствий договора купли-продажи. В этом ряду и колебания сабинианцев в допущении договорного регулирования ответственности за сохранность (*custodia*). В контексте этой исторически засвидетельствованной работы гипоте-

Si per emptorem et venditorem mora fuisset, quo minus vinum praeberetur et traderetur, perinde esse ait, quasi si per emptorem solum stetisset; non enim potest videri mora per venditorem emptori facta esse ipso moram faciente emptore.

Если по вине покупателя и продавца вино не было продегустировано и передано, он говорит, что это имеет такие следствия, как если бы просрочка зависела от одного покупателя; ведь нельзя считать, что просрочка поставки допущена по вине продавца, когда сам покупатель впал в просрочку.

¹⁴⁶ Некоторые исследователи, считали эти слова принадлежащими Помпонию, тогда как сам принцип сформировался задолго до II в., когда был активен этот юрист. См.: Riccobono S. Profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano // AUPA, 29. 1962. P. 367.

¹⁴⁷ Cardilli R. L'Obbligazione di «praestare», cit. P. 221 sqq.

тическое обращение классиков к примитивным, банальным конструкциям, по схеме *casus sentit dominus*, предстает совершенно неуместным.

5. Место заключения

В заключение остается восхититься последовательной и точной формулировкой правила перехода риска на покупателя в действующем ГК РФ (ст. 458–459). В соответствии с обязательственным действием купли-продажи, утвердившимся в нашем праве (этим договором открывается Раздел IV «Отдельные виды обязательств»), Кодекс порывает с прежней зависимостью возложения риска от права собственности (следы чего еще сохраняются в ст. 211 ГК РФ)¹⁴⁸, устанавливая ясную связь между распределением риска и взаимообязывающим характером договора купли-продажи. Раз переход риска случайной гибели товара на покупателя делает его обязательство безусловным к исполнению, независимым даже от существования товара, то продавец в этот момент должен считаться исполнившим свою обязанность по передаче товара покупателю (п. 1 ст. 459 ГК РФ). Суть решения не в стимулировании покупателя забрать товар (бывают товары, вероятность гибели которых крайне невелика) или иных утилитарных установках, а в согласовании перехода риска с синаллагматической структурой обязательства, в фиксации нормативной специфики договора купли-продажи.

Последовательное разворачивание фикции исполнения позволяет установить момент, в который обязательство продавца передать товар покупателю считается исполненным (ст. 458 ГК РФ). Если договором предусмотрена обязанность продавца по доставке товара, указанный момент совпадает с передачей — вручением товара покупателю или указанному им лицу, в соответствии с нормами о передаче (ст. 224 ГК РФ). Если обязанность по доставке не предусмотрена, и передача должна произойти в месте нахождения товара, риск переходит на покупателя, как только индивидуализированный для целей договора товар готов к передаче и покупатель поставлен об этом в известность. «Предоставление товара в распоряжение покупателя» еще не делает покупателя собственником, так как не совпадает с передачей в смысле ст. 224 ГК РФ, которая вообще не упоминает такой состав¹⁴⁹.

¹⁴⁸ В Кодексе 1964 г. вопрос о риске решался в главе «Приобретение и прекращение права собственности» (ст. 138). Историю вопроса см.: Хаскельберг Б.Л., Ровный В.В. Индивидуальное и родовое в гражданском праве. М., 2004. С. 113 сл.

¹⁴⁹ См.: Хаскельберг Б.Л., Ровный В.В. Указ. соч. С. 103.

Согласно европейским традициям оборота обязательства по передаче индивидуально-определенных вещей подлежат исполнению в сфере контроля должника: кредитор приходит за такими вещами сам (*dettes quérables*), тогда как обязательства по передаче родовых вещей обычно предполагают обязанность должника по доставке (*dettes portables*). Норма ст. 458 ГК РФ не проводит различия между индивидуально-определенными и родовыми вещами, но противопоставляет ситуацию, когда договором предусмотрена обязанность продавца по доставке товара, той, когда продавец обязан передать покупателю товар в месте нахождения товара. Тем самым правило перехода на покупателя риска гибели товара до его передачи распространяется как на индивидуально-определенные, так и на индивидуализированные родовые вещи, если из договора не вытекает обязанность продавца по доставке. Итак, по российскому праву, если стороны не договорились об ином, при продаже индивидуально-определенных вещей риск переходит на покупателя с момента достижения соглашения, так как такие вещи готовы к передаче сразу. При продаже родовых вещей, если стороны не предусмотрели обязанность продавца по доставке и товар должен быть передан в сфере контроля должника, риск переходит на покупателя с момента индивидуализации товара: *emptio perfecta periculum est emptoris*. В обоих случаях риск переходит потому, что обязанность продавца по передаче для целей договора купли-продажи считается исполненной.

Такое регулирование оставляет далеко позади всех европейских конкурентов. Верное классическим образцам это непревзойденное по изяществу решение еще не могло опираться на развитую догматику классического распределения риска при купле-продаже. Решение найдено самостоятельно; его убедительность определяется соответствием структуре синаллагматического обязательства, возникающего из договора купли-продажи. Конструктивное совершенство российского регулирования перехода риска раскрывает для наблюдателя логику самого классического правила, тем самым шедевр отечественного законодательства обретает подлинно культурное измерение.