
КАЗУИСТИКА В КОНТЕКСТЕ СИСТЕМНОГО АНАЛИЗА: УМЫСЕЛ (DOLUS) В ОПРЕДЕЛЕНИИ ДОГОВОРА ПОКЛАЖИ

Аннотация. Противопоставление казуистики и системного подхода в правоведении непродуктивно. Казуистика как чистая субсумпция невозможна; анализ конкретного дела всегда предполагает индуктивный элемент. В римской юриспруденции анализ казуса нередко приводит к пересмотру общих положений, а при разработке вопросов правовой системы выступает ведущим методом установления границ института или договорного типа. Казуистический метод ведет к обоснованной группировке материала и формированию специальных норм. Выявление правовой нормы, управляющей конкретным делом, характерно для правовой системы открытого типа. Тезис демонстрируется на материале комментария Ульпиана к договору поклажи. Казуистика здесь служит для тестирования границ договорного типа и его существенных характеристик, таких как безвозмездность и ответственность за умысел, а порой приводит к выдвиганию принципиально новых решений.

Ключевые слова: римская юриспруденция, юридическая наука, правовая система, системный подход, казуистика, общая норма, конкретная норма, договорный тип, умысел, договорная ответственность.

Dozhdev D.V.

CASUISTRY IN THE CONTEXT OF SYSTEMIC ANALYSIS: FRAUD (DOLUS) AS A DEFINITION OF DEPOSIT AGREEMENT

Annotation. It seems unproductive to juxtapose casuistry to the system analysis in legal reasoning. A purely deductive subsumption is hardly possible, for analysis of a single case implies as well an inductive element. In Roman law case-oriented approach is used for testing general views and assumptions, while composing of a system and serves to reveal true

* Доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории и истории частного права ИЦЧП имени С.С. Алексеева при Президенте РФ.

limits of a legal rule or institution. Roman jurists' law was an open legal system, and case method was apt to form groups of cases (Fallgruppen) and case-norms (Fallnormen). The thesis could be demonstrated on any comment to pretorian edict when the contract type is assessed. In this paper it is made on the instance of deposit that Ulpian defines through its gratuitous character and liability limited for dolus only. Case-oriented approach permits to advance novel decisions and principles.

Keywords: legal reasoning, Roman legal science, casuistry, legal system, system approach, case-norm, concrete norm, contractual type, liability for dolus.

Наследие римской юриспруденции знаменито непревзойденной казуистикой. Внимание к деталям, позволяющим раскрыть все нюансы дела, учесть конкретные интересы сторон, установить их соотношение с позиций справедливости и, соответственно, дать защиту или отказать в ней, стало моделью юридического анализа, который вдохновляет многие поколения профессионалов во всем мире. Известно также, что именно римская юриспруденция выдвинула научный метод права, опиравшийся на продуманную систематизацию материала. Системный (научный) подход, воспринятый римскими юристами из учения стоиков и Аристотеля, стал их главным вкладом в развитие права и лежит в основании современной юридической науки¹. Собственно, юридическая наука современности – не что иное, как развитие и подтверждение начал, заложенных римской юриспруденцией.

В современной романистике утвердилось мнение, что системные задачи, классификация и организация материала, основанная на научном методе, были востребованы лишь в дидактических сочинениях (учебниках) римлян, тогда как основное наследие римской юриспруденции – казуистика – системного подхода лишено². Усматривать в утверждении системного подхода, формулировке правил (regula, откуда сама идея регулирования³) и логических умозаключений «научную революцию», как

¹ См.: *Дождев* 2020. 353; 357 слл. (= *Дождев* 2021. Т. 1. 38; 42 слл.).

² Противопоставление юриста-практика (causidicus-advocatus) и правоведа (iuris peritus), профессора-теоретика (professor iuris) встречается уже в конституции императора Льва 460 г.: С. 2.7.11.1 – 2.

³ См.: *Алексеев* 1966. В эпоху оттепели идея «правового регулирования», несмотря на концепцию «воздействия на общественные отношения», противостояла понятию «правового управления», что и сделало работу С.С. Алексеева поворотной в советском правоведении.

это делает ряд авторитетных исследователей¹, представляется критикам чрезмерно оптимистичным и означает некритический перенос современных представлений о правовой методологии в отдаленную эпоху становления профессиональной юриспруденции.

Профессиональная деятельность юриста – консультационная (*respondere*) – в представлении этих ученых не требовала научного подхода и отличалась бессистемностью. Ведущие жанры практически ориентированной литературы – комментарии к преторскому эдикту и законам, как и их соединение в «дигестах»² и сборниках ответов (*responsa*) под другими названиями («*Responsa*», «*Quaestiones*», «*Disputationes*»), – построены по модели эдикта, который системностью отнюдь не отличался.

Казуистика объективно противостоит обобщениям: здесь нет места понятийному мышлению и теоретическому подходу³. Суждения республиканских юристов были настолько точечными,

¹ Слова «научная революция» стоят в названии главы фундаментальной работы П. Штайна: *Stein* 1966. 26 sqq. Автор следует известному различению научной юриспруденции (*Regularjurisprudenz*), оперировавшей правилами (уже с середины II в. до н.э.), от практически ориентированной, каутеллярной юриспруденции (*Cautelarjurisprudenz*), введенному Паулем Йорсом (*Jörs* 1888. 295 sqq.). См. также: *Schulz* 1953. 60 sqq. (= *Schulz* 1961. S. 81 sqq.). Альдо Скьявоне говорил об «эпистемологическом сдвиге» конца II в. до н.э. (*Schiavone* 1976. 86 sqq.; 101 sq.), связанном с обращением юристов к логическому методу под влиянием греческой философии. Ему возражал уже Марио Бретоне, считая «научный» характер этой работы преувеличением (*Bretone* 1982. 108), впрочем не приводя какой-либо аргументации. Скьявоне выносит слова о «научной революции» в название своей следующей монографии: *Schiavone* 1987.

² Первые «Дигесты» (после дигест Алфена Вара, юриста I в. до н.э., и, возможно, Ауфидия Намузы, его современника и также ученика Сервия Сульпиция) составил Цельс-сын, последний глава прокулианской школы в начале II в. Это сочинение объединяло *responsa*, расположенные в порядке преторского эдикта (книги 1–26), и консультации (комментарии), связанные с отдельными законами (*leges publicae*), расположенные в порядке хронологии законов (книги 27–38). Цельс явно продвигает идею единства правопорядка, соединяющего преторское и старое цивильное право, отводя преторскому праву ведущее место. В этой композиции реализована системная логика. Такая схема изложения стала моделью для «Дигест» Юлиана, Марцелла, Цервидия Сцеволы и последующих юристов эпохи Северов. Структура Дигест Юстиниана также зависит от этого образца.

³ См.: *Schulz* 1946. 51 sq. Contra: *Stein* 1966. 74 sqq.

разовыми, что всегда содержали указание на имя клиента, будто предметом обсуждения, – сетует Цицерон, – были личности сторон, а не суть дела (Cic., de orat, 2, 33, 142)¹. Заметим, однако, что и сегодня прецеденты в странах общего права традиционно обозначаются по именам сторон (и так фиксируются в информационных базах), но никому не приходит в голову усматривать в этом препятствие для аналогий и обобщений, несмотря на известные слабости системного подхода в common law².

Сказанное дополняется сомнениями в той математически точной логике, которой восторгался Савиньи³, и демонстрацией того, что римские юристы нередко вообще никак не обосновывали свои решения. Широкое место, которое занимали в их сужениях субъективное усмотрение и оценочные суждения, казалось бы, согласуется со слабым развитием научного метода, его эпизодическим применением, несовершенством дефиниций и пробелами или подменой логических связей ассоциативными в системе права⁴. Нередки оценки, угрожающие подменить логические основания суждений prudentes риторическими⁵, а методику дискуссий по правовым вопросам свести к показательным софистическим диспутам на публику⁶. Внимание к риторическим приемам, особенно усилившееся с выхо-

¹ Речь шла о консультациях Катона и Брута, выдающихся юристов середины II в. до н.э., которых П. Штайн, полемизируя с Йорсом, противопоставляет последующим поколениям, уже знакомым с греческой диалектикой: Stein 1966. 27.

² См., например: Schiller 1978. 366; Approaches to Legal Rationality. 2012.

³ «...в нашей науке всякий успех основывается на владении основными принципами, и как раз это владение является тем, что обосновывает величие римских юристов. Понятия и положения их науки не кажутся им вызванными к жизни их произволом, это истинные сущности, существование и генеалогия которых им стала известна благодаря длительному и доверительному обращению с ними. Именно поэтому их метод обладает такой надежностью, которая обычно встречается только в математике, и поэтому можно сказать без преувеличения, что они производят математические операции со своими понятиями». (Савиньи 2011. 142). Савиньи сближал право не с математикой, а с языком, полагая, что правила не могут выразить все содержание правовой системы: Letwin 2009. 185.

⁴ См.: Kaser 1962. 49 sq.; Wieacker 1976. 10; Wieacker 1988. 635.

⁵ См.: Babusieux 2011. 226 sqq.

⁶ К различиям в риторических приемах сводят и известные контроверзы между сабинианцами и прокулианцами: Leesen 2010.

дом работы Т. Фивега «Топика и юриспруденция»¹, казалось бы, позволяет лучше согласовать пренебрежение аргументацией и авторитарный стиль республиканских юристов с теоретическим уровнем дискуссии. Однако при этом научно-юридическая проблематика затемняется внешними юриспруденции темами и аргументами, отрицая научный характер римской юриспруденции в целом.

Отметим также принижение систематизаторских достижений римской юридической науки, как и попытки пересмотра понятия системы, которые просматриваются в некоторых современных исследованиях. Так, Й. Харке говорит о системном характере решения тогда, когда в отсутствие прямой нормы оно строится на неюридических основаниях². В ведущей же методологии системность остается важнейшим рекви́зитом научности³.

Даже признавая слабости в технике обоснования суждений и логике аргументации, невозможно отрицать понятийный стиль мышления римских юристов, нарастающую концептуализацию представлений и последовательное развитие категориального аппарата⁴. В связи с этим даже те авторы, которые противопоставляют научный системный подход и казуистику, признают, что решение по аналогии или распространение гипотезы нормы неизбежно выводят римскую юриспруденцию на такой уровень абстракции, который отвечает теоретическому характеру юридической мысли⁵.

Именно поиск аналогии в праве стимулирует внимание к предыдущим решениям и формирует правовую традицию. Отсюда и внимание к фактуре данного дела, и подвижность правила (*regula*), которая не подрывает, а, напротив, усиливает стабильность системы и определенность права⁶. *Regula* – не норма права, это ориентир, инструкция по правоприменению, обобщающая накопленный опыт юридической квалификации⁷.

¹ *Viehweg* 1953.

² См.: *Harke* 2015. 10.

³ Cfr.: *La Pira* 1936–37. 131 sqq.; *Schulz* 1961. 81 sqq.; *Bund* 1965. 178 sq.; *Winkel* 1996. 103 sqq.

⁴ Ф. Шульц усматривает понятийные обобщения уже в раннереспубликанской юриспруденции: *Schulz* 1961. 38.

⁵ См.: *Vacca* 2006. 39 sq.

⁶ См.: *Nörr* 1978. 153–190.

⁷ См.: *Wieacker* 1961. 7 sq.; 142 sq.; *Wieacker* 1988. 590; *Knütel* 2005. 475–499.

Связь аналогии с выдвиганием правила (*regula*) прослеживает П. Штайн¹. Аналогизм формируется в науке о языке, грамматике, и противостоит аномализму. Если аномалисты считали ведущим материалом для изучения живую речь, аналогисты ставили в центр внимания языковые нормы (правила) и относились к языку как к нормативной системе². Первым аналогистом в юриспруденции Штайн считает Лабеола, основателя прокулианской школы (начало I в.)³.

Летиция Вакка усматривает в нахождении права по аналогии ведущий метод казуистической юриспруденции, которая рассуждает от кейса к кейсу, индуктивно, а не выводит решение из общей нормы. Казуистика ориентирована на учет неповторимых особенностей каждого дела и покоится на научных основаниях, поскольку требует для реализации «мастерства добра и справедливости» (*ars boni et aequi*) подготовленных профессионалов, знатоков права (*iuris prudentes*)⁴.

Противопоставление научного системного подхода казуистике представляется бесперспективным. Это мнение не учитывает

¹ См.: *Stein* 1966. 51 sqq. О *regula* в эллинистической эпистемологии см. теперь: *Brouwer* 2021. 52 sqq.

² См.: *Stein* 1966. 53 sqq.; *Stein* 1971. 757 sq. Об аналогистах и аномалистах см.: *Schanz, Boysen* 1884. 312 sq.; *Stroux* 1934. 117 sq. В свое время пользовалась вниманием идея Отто Карловы о том, что сабинианцы были аномалистами, тогда как прокулианцы – аналогистами: *Karlowa* 1885. 1030; *Krüger* 1912. 155. nt. 9.

³ См.: *Stein* 1966. 63; *Stein* 1995. 1539; 1551. В этом с ним солидарна и Л. Вакка: *Vacca* 2006. 195 sqq. Антонио Мантелло прослеживает развитие суждений по аналогии под влиянием Аристотеля уже с конца Республики: *Mantello* 2009. 605–672. В самом деле консолидация опыта в *regula* обычно связывается с *veteres*, юристами республиканской эпохи. Дж. Ла Пира утверждал, что принцип аналогии заложил Секст Педий: *La Pira* 1938. 308 sq. Такой авторитет, как Ф. Галло, придерживаясь поздней датировки жизни этого выдающегося теоретика, связывает утверждение метода аналогии с именем Сальвия Юлиана, считая, что Педий следует ему: *Gallo* 1994. 39–86 (= *Gallo* 1999. 895–931). Ученый опирается на текст D. 1.3.13 (*Gallo* 1999. 916–917. nt. 46). См. однако: D. 4.8.32.16; 41.3.8.1, а также: *Ferrini* 1886. 4. Сегодня обоснована существенно более ранняя датировка деятельности Педия: *Giachi* 2005.

⁴ См.: *Vacca* 2006. 16. nt. 32; *Vacca* 2007. 5727; 5736 (= *Vacca* 2006. 71; 80); *Vacca* 2006. 152 sq. П. Черами полагает, что Цельс полемически противопоставляет *ars iuris* как мастерство практика правовой науке (*scientia iuris*) как оторванной от жизни теории (D. 45.1.91.3): *Cerami* 1995. 207. Cfr.: *Wieacker* 1961. 149: *iuris scientia est ars boni et aequi*.

того, что получить адекватное заключение по делу, дать правовую квалификацию отношения и подобрать надлежащее средство правовой защиты можно, только опираясь на научный метод. Прилагая научно разработанную категориальную матрицу к фактическому составу, юрист реализует именно научный, системный подход, без которого его заключение будет просто личным мнением. Не будучи осмыслено и выражено в профессиональных, технических терминах, суждение не будет адекватно воспринято и обсуждено. Смысл исказится, коммуникация прервется, дискуссия не состоится, развитие знания станет невозможным. Собственно, работа мысли заключается именно в том, чтобы отразить наблюдение в адекватных категориях. Для юриста – в квалификации отношения в категориях права. Только абстрактное понятие позволяет приравнивать различные фактические составы и проводить начало равенства в правовых отношениях¹.

Заключение по делу невозможно без предварительной юридической квалификации самого дела, его подведения под известную категорию подобных дел, управляемую отдельной нормой или совокупностью норм (институт)². Построение подобной матрицы квалификаций – категорий, понятий и определений – долгосрочный проект, который постоянно воспроизводится и совершенствуется в юридической деятельности, что и формирует правовую традицию. Это индуктивная работа, которая требует творческого озарения и сама по себе не составляет получения нового знания. Прорыв в индукцию – необходимая предпосылка построения научной системы. Когда Квинт Муций Сцевола пишет книгу «Определений» (называя ее по-гречески 'horoí'), он показывает, насколько глубоко диалектическая парадигма организации и воспроизводства знания проникла в правовое мышление римлян уже в конце II в. до н.э.³

¹ См.: *Nörr* 1972b. 18 sqq.

² См., например: *McLeod* 2013. 13 sqq.

³ Формулирование *regulae* и *definitiones* Фриц Шульц связывал с Кв. Муцием Сцеволой (*Schulz* 1936. 50). Этот взгляд был поддержан Альдо Сκιαвоне и Окко Берендсом: *Behrends* 1976; *Schiavone* 1976. Критику см.: *Horak* 1978. 402–421; *Horak* 1969. 66. Впрочем см.: *Schiavone* 2018. 29–59; *Schiavone* 2017. 190 sq. П. Штайн настаивал на том, что именно Лабеон вводит термин *regula* (*Stein* 1966. 65 sq.), отличая правило от дефиниции (которую получают индуктивно): *Stein* 1966. 34 sq.; 48; *Stein* 2007. 5. См. однако: *Schmidlin* 1970. 47 sqq.; *Nörr* 1972b. 46 sq.

Техника построения понятия или дефиниции через проведение релевантных различий и подразделений материала (*di-airesis*) выступает одним из самых убедительных примеров научно-теоретического подхода¹. Именно с делением материала по родам и видам (*genera – species*) связывают диалектическую методологию римской юриспруденции: *divisiones (distinctiones)*² – важнейший предмет римской юридической мысли³. На основе релевантных разделений и разграничений римские правоведы постоянно вели углубленную проработку обобщающих понятий и категорий, совершенствовали распределение материала и композицию системы⁴. Сервий Сульпиций пересмотрел многие разделения и определения Кв. Муция, но его взгляды критически оценивали последующие поколения, не только Лабеев, но и основатели сабинианской школы, которые мыслили себя продолжателями школы Сервия. Теоретическая работа не прекращалась и в I в. «Письма» Прокула основаны на *distinctiones*⁵. В классическую эпоху сочинения под названиями «*Regulae*», «*Disputationes*», «*Quaestiones*» составляют заметную группу, формируя устойчивый жанр юридической литературы⁶. Научная работа не прекращается и в рамках казуистики. Юристы-практики постоянно совершенствуют категориальный аппарат, выполняя теоретико-познавательную и систематизаторскую работу в специальных сочинениях⁷.

Само противопоставление у Т. Фивега системного и проблемного, научно-теоретического и прикладного направления юридической мысли в соответствии с различными видами деятельности (научной и практической) – сомнительно⁸. У Ари-

¹ См.: *Wieacker* 1961. 149 sqq.

² Эрих Генцмер считал термин *distinctio* более свойственным глоссаторам и средневековой науке: *Genzmer* 1934. 347 sqq. (что подтверждают материалы: *Studies in the Glossators of the Roman Law: Newly Discovered Writings of the twelfth century / Kantorowicz H., Buckland W.W.* (eds.). Cambridge. 1938. 300 sqq.). См. также: *Meyer* 2000. 63 sqq.

³ Фундаментально по теме: *Nörr* 1972a; *Talamanca* 1977.

⁴ См.: *Schulz* 1961. 73 sqq.; *Wieacker* 1988. 624 sq.; *Дождев* 2020. 353 сл., 362 сл.; *Дождев* 2008. 41 сл. [пп. 9–11].

⁵ См.: *Krampe* 1970. 82–88.

⁶ См.: *Stein* 1966. 50 sqq.

⁷ См., например: *Fildhaut* 2004. 71 sq. (*distinctiones*); 96 sq. (решения по аналогии).

⁸ См.: *Viehweg* 1953. 32 sqq. Критику см.: *Horak* 1969. 48 sq.; 59; *Diederichsen* 1966. 697–705; *Canaris* 1983. 149 sq.

стотеля столкновение философа и судебного оратора – чисто аналитическое; оно само производно от различения аподиктического и диалектического суждений; следует признать, что в любом рассуждении индуктивное и дедуктивное взаимодействуют, в правовом рассуждении собственно прикладные, казуистические задачи невозможно решать без адаптации гипотезы нормы, ее толкования (расширения, переноса по аналогии, уточнения), которое требует научного подхода, и теоретическая работа неизбежно станет важным фактором получения заключения по делу¹.

Критикуя противопоставление систематического и проблемного метода у Т. Фивега, Ф. Хорак в своем фундаментальном труде отмечает, что прямая, механическая субсумпция наблюдается в юридических решениях достаточно редко², т.к. сам выбор аксиоматического положения как источника дедукции требует решения диалектического силлогизма, индуктивного по содержанию³.

Добавим к этому, что понимание систематического метода как чисто дедуктивного столь же спорно, а применительно к римскому праву – просто неверно. Дело в гибкой иерархии источников права и творческом отношении к гипотезе нормы, непосредственно связанных с подвижностью системы, постоянным развитием классификации норм и институтов. Распространенное представление о фиксированной системе договорных типов в римском праве не отвечает исторической действительности, подменяя ее желательным в эпоху господства жесткого юридического позитивизма второй половины XIX в. системным совершенством, которое в Риме было просто невозможно вследствие открытого характера правовой системы⁴.

D. 50.17.1 (Paul., 16 ad Plaut.):

Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. per regulam igitur brevis re-

¹ См.: Nörr 2005. 70.

² См.: Horak 1969. 60.

³ Так, пионерская работа по методологии римской юриспруденции и системному подходу обнаруживает в труде первого систематика римского права Кв. Муция Сцеволы всего три примера прямой дедукции (La Pira 1935. 319; 346).

⁴ Об открытом характере римской правовой системы уже Шульц: Schulz 1946. 69 (= Schulz 1961. 71), а также Эссер: Esser 1990. 44; 239. См.: Canaris 1983. 61 sq.

rum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum.

Правило – это то, что кратко излагает судебное дело. Право не выводится из правила, но из права возникает правило. Итак, посредством правила передается краткое изложение дела, и, как говорит Сабин, это как бы исковое заявление, которое, если в чем-либо неточно, сразу утрачивает свою силу.

Употребление Сабином технического процессуального термина *causae coniectio*¹ лишает обсуждение правового правила всякой теоретической перспективы и подменяет идею нормы и доктринального правотворчества (*regula*) обсуждением элементарных правил делопроизводства. Дело не в оппозиции более рациональному прокулианскому подходу, нацеленному на повышение определенности права², а в общих свойствах римского правового правила (*regula*), которое подобно разъяснению наших высших судов, но никак не правовой норме в позитивном смысле³.

Позитивистское требование фиксированной системы типов или жесткой иерархии источников права в Риме не выдерживается. Это не означает неопределенности права⁴. Это не означает господства оценочных суждений или суждений с незадачным решением. Такая подвижность отвечает необходимой гибкости правовой системы, которая и обеспечивает ее адекватность (справедливость). Такое соотношение конкретного решения по делу и общей абстрактной нормы делает римскую правовую систему открытой. Открытость обеспечивает особую роль юриспруденции (и права юристов) и способность правил (*regulae*), конструкций, институтов, норм и средств защиты к постоянной адаптации к социально-экономическим условиям, к фактическим обстоятельствам.

Сходен и смысл знаменитых слов Яволена (конец I в.), одного из самых светлых умов сабинианской школы.

¹ См.: Schmidlin 1976. 101; 117; Lehne 2014. 216; 305.

² Так П. Штайн (*Stein* 1966. 67) акцентирует здесь противостояние подходов двух школ по поводу *regula Catoniana* (с опорой на текст Цельса D. 34.7.1). Однако специалисты по прокулианской школе высказывают сомнения в такой интерпретации: *Hausmaninger* 1968. 469 sqq. Столь же сомнительно противопоставление рационализму прокулианцев ориентации сабинианцев на общественную пользу (*utilitas publica*): *Scarano Ussani* 1987.

³ См.: *Nörr* 2009. 8 sq.

⁴ См.: *Bona* 1987. 101–148.

D. 50.17.202 (Iav., 11 epist.):

Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti possit.

Всякое определение в гражданском праве опасно: ведь редко бывает, чтобы его нельзя было опровергнуть¹.

Открытость нормы, ее восприимчивость к данным социально-экономической действительности, способность учитывать обстоятельства дела, намерения сторон и нюансы их отношений составляет общепризнанное преимущество и отличительную черту римского права, определяя его классическое совершенство.

Учет специфики казуса, прежде неурегулированных или нетипичных явлений, новых обстоятельств и вызовов, связанных с динамикой социально-экономического и культурного развития, неизбежно ведет к пересмотру гипотезы, ее распространению, применению по аналогии или коррекции. Все подобные суждения индуктивны, и правоприменение в таких ситуациях демонстрирует свой творческий характер.

В открытой правовой системе и свойственной ей казуистической практике теоретический подход, креативность юридической мысли выражается в любых заключениях с необязательным выводом: сюда относится и применение нормы по аналогии, формулирование и тестирование правил (regulae), индуцирование понятий и определений аналитическим путем, установление границ понятий и институтов (definitiones)².

Аристотель противопоставляет аподиктические и диалектические суждения по характеру посылки, из которой делается вывод (можно подумать, что оба вида суждений дедуктивны): либо она является первичной и достоверной истиной, либо покоится на вероятностном (правдоподобном) знании (близком к истине или общепринятом положении)³. Во втором случае – вывод не яв-

¹ Здесь П. Штайн также пытается усмотреть противоборство юридических школ. См. однако: Albanese 1970; Schmidlin 1970. 7 sq.

² Так, в «Дигестах» Алфена Вара (школа Сервия) представлены и простые решения, и разделения (distinctiones), и дидактические и понятийные обоснования, и regulae iuris: Roth 1999. 45 sq.; 102 sq.; 133; 149 sqq.

³ Arist., Top., 1.1. 100 a 25 – 100 b 24 (См.: Аристотель. Сочинения в 4 т. М.: Мысль, 1978. Т. 2. С. 349 и сл.). Противопоставление аподиктики и диалектики см. также: Arist., Top., 155 b 7–16; Arist., Prior. An., 1.6. 74 b 15–25; 1.19. 81 b 18–23; Arist., Soph. Elench., II. Определение силлогизма: Arist., Prior. An., 1.1. 24 a 22–24 b 18; Arist., Rhet., 1.2. 1356 b 15.

ляется необходимым и потому обозначается как диалектический. Достоверность такого нового знания, в отличие от вывода, полученного аподиктически, неполная. Аподиктические выводы Аристотель называет научными (Post. Analyt., 1.2. 71 b 19 – 72 a 8), тогда как диалектические – нет, хотя именно второе направление заряжено творчески и предполагает теоретическую работу. Т. Фивег отмечает, что индукция отрицает систему, выходит за рамки шаблона, предлагая новую и формируя множество систем¹. Сегодня говорят о поиске права, которое идет за рамками системы, о *системонарушающем* поиске (Systemüberschreitende Rechtsfindung)². Диалектическое начало в юридическом анализе отмечал Иоахим Струкс в революционной работе по методологии римского права³.

Различение аподиктического (дедукция из бесспорных посылок) и диалектического (дедукция из вероятных посылок) суждений сопровождаются у Цицерона не только критикой более узкого подхода стоиков в сравнении с Аристотелем (и академиками, которые ближе Цицерону), но и пересмотром терминологии.

Cic., Top., 6:

Cum omnis ratio diligens disserendi duas habeat artes, unam inveniendi alteram iudicandi, utriusque princeps, ut mihi quidem videtur, Aristoteles fuit. Stoici autem in altera elaboraverunt: iudicandi enim vias diligenter persecuti sunt ea scientia quam διαλεκτικήν appellant, inveniendi artem quae τοπική dicitur, quae et ad usum potior erat et ordine naturae certe prior, totam reliquerunt.

Раз у общего принципа тщательного рассуждения есть два метода: один – нахождения, другой – присуждения, – то Аристотель, как мне представляется, был первым в обоих. Стоики же сосредоточились лишь на одном: ведь они усердно шли путем присуждения к той науке, которую именуют диалектикой, совершенно отбросив метод нахождения, называемый топикой, который и эффективнее в применении, и верно первичен по природе.

Здесь ars получает точный смысл «метода», квалифицирован-

¹ См.: Viehweg 1953. 15 sq.; 21–23.

² См.: Harke 2015. 9; Harke 2012. 14; Harke 2014. 16 sq.

³ См.: Stroux 1926; Stroux 1933. 117 sqq. Две работы впоследствии вышли в одном издании: Stroux 1949. Именно с работой Струкса связан пересмотр отношения к месту топики в юриспруденции. Это не приемы риторического убеждения (Аристотель относит риторикку к судоговорению: Arist., Rhet., 1,1), а теоретико-познавательная сторона юридического анализа, в отличие от фактологической.

ного (артикулированного) способа оперировать знанием (*modus operandi*); диалектикой именуется любое дедуктивное заключение, тогда как творческий подход (*inventio*) отождествляется с топикой. Если одноименная работа Аристотеля посвящена приемам риторического убеждения и проблематике нахождения доказательств, то Цицерон пишет «Топику» по заказу виднейшего юриста Гая Требация Тесты¹.

Различение *pars iudicandi* (присуждения) – дедуктивного заключения из подведения фактического состава под действующую норму (субсумпции) – и *pars inveniendi* (нахождения) – творческого определения гипотезы нормы – следует различению Аристотелем умозаключений из достоверных и правдоподобных посылок². Когда решение нельзя вывести из позитивной нормы, *prudentes* апеллируют к общим принципам, велениям природы (или иного надзаконного порядка) или же довольствуются видимостью рационального суждения. Это так называемые открытые аргументы³. Расплывчатость определения и неопределенность метода не позволяет видеть в топике фактор развития юриспруденции. Лучше ориентированная на *inventio* «Топика» Цицерона предлагает в качестве метода заключение по аналогии (и от противного). Это и есть роль топики в юриспруденции⁴.

Различению *pars iudicandi* и *pars inveniendi* следует структура работы Ф. Хорака, в которой первый раздел аналитической части объединяет дедуктивные обоснования, тогда как второй – группу обоснований с непредопределенным (*nicht zwingend*)

¹ См.: *Fraenkel* 1957. 66–70; *Kunkel* 1967. 28; *Wieacker* 1969. 331; 341; *Talamanca* 1987. 29–204; *Stolte* 2005. 316–320.

² В определении *inventio* Цицерон выдает свою зависимость от учения Аристотеля, различая истинное от подобного истинному. *Cic., De Invent.*, 1.9: Нахождение – это выявление истинных вещей или подобных истинным, которые делают вопрос достоверным (*Inventio est excogitatio rerum verarum aut veri similibus quae causam probabilem reddant*). Подробнее о стоиках у начала римской юридической науки см.: *Brouwer* 2011. 17–38.

³ См.: *Kriele* 1965. 112 sqq.

⁴ Согласно Ф. Хораку, каталоги топосов (*loci*), составленные Цицероном для юристов, все же принадлежат плану риторического убеждения (и учения о *status*): они оказывают влияние на приемы толкования, но не затрагивают представления о праве. См.: *Horak* 1969. 57 sq. (со ссылкой на диссертацию: *Wesel* 1967; см. рецензию: *Hausmaninger* 1968. 469 sq.).

выводом¹. Он (S. 83) выделяет следующие собственно вероятностные суждения (добавляя к ним также выводы из велений природы):

- заключения по аналогии (включая аргументы от противоположного (*ex contrario*), ограничительное и расширительное толкование);
- очевидные примеры;
- *deductio ad absurdum*.

Последнее вполне подобно суждению по аналогии; выводы из очевидных примеров² хотя и апеллируют к здравому смыслу, все же не обладают заранее предопределенным содержанием и явно относятся к вероятностным суждениям³.

Ученый относит к вероятностным обоснованиям (*Wahrscheinlichkeitsbegründungen*) следующие: взгляды юристов и споры между ними, словоупотребление, обычай и нравы, философские взгляды, воля сторон или завещателя. Все подобные обоснования выводятся из непризнанных (*ungewissen*) предположений. Нетрудно заметить, что Хорак включает в эту группу все непозитивные (условно говоря – неписанные, *ius sine scripto* – D. 1.1.6.1) источники права. Перед нами – суждения знатоков (*ius controversum*)⁴, обычаи и добрые нравы (*mores*), мировоззренческие и моральные принципы, а также сделки (*leges privatae*), которые римские риторы всякий раз включают в один перечень с нормативными источниками права⁵. Цельность этой группы

¹ Ученый ранжирует возможные обоснования решений римских юристов от строго логического вывода до чисто оценочных суждений. См.: *Horak* 1969. 79.

² Имеется в виду именно апелляция к очевидному, а не судебные прецеденты (*exempla*, примеры), которые нередко попадают в число источников права в риторической традиции (*Rhet. ad Her.*, 1, 14, 24; 2, 13, 19; *Cic., de inv.*, 2, 22, 68; *de orat.*, 1, 40, 184). В Риме судебный прецедент никоим образом не связывал ни суд, ни юриспруденцию: *Nörr* 2009. 3; 48 sq. (= *Nörr* 2012. 723, 774 sq.); *Vacca* 2006. 152.

³ Категория стала предметом специального исследования: *Kleiter* 2010.

⁴ То, что без записи существует в суждениях знатоков права (*iuris prudentes*), – собственно гражданское право (*proprium ius civile*), по Помпонию (D. 1.2.2.5: *hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus*).

⁵ См., например: *Rhet. ad Her.*, 2, 13, 19 (*natura, consuetudo, aequum et bonum, pactum*); *Cic., de inv.*, 2, 22, 68 (*pactum*); *Cic., de orat.*, 2, 27, 116 (*pactum conventum, quaestiones*); *Cic., part. orat.*, 130 (*privatum tabulae, pactum conventum, stipulatio*).

снимает сомнения в обоснованности ее выделения: сюда относятся именно *источники* права, но не публично позитивированные, а те, что сложились естественным образом или пользуются авторитетом (как суждения юристов в Риме предклассического и классического периода), но не опираются непосредственно на публично-властную санкцию.

Здесь видится поле для подлинного *правотворчества* в ходе правоприменения, когда суждение (юриста или суда) нацелено на решение дела (как и при аналогии), а не на получение теоретического знания.

Уточнение гипотезы нормы и согласование действующих норм между собой, как и их группировка и классификация¹ с целью установить действующее регулирование (*regula*) данного дела, требует принципиально системных установок. Это системообразующая, *системоформирующая*, а отнюдь не системонарушающая деятельность. Юрист уточняет (определяет, *definit*) действующие параметры института (нормы) и его пределы. Он типизирует (абстрагируя и формализуя) и классифицирует правовые фигуры и их признаки и свойства, совершенствуя нормативный порядок на основе научного метода. Научный подход не исключает казуистический². Внимание к казусу, его доскональное изучение (в интересах сторон) закономерно приводит и к усовершенствованию нормативной системы. Важнейшую роль здесь играет работа с правилами: их постоянное выдвижение, формулирование и постоянный же пересмотр и адаптация к значимым фактам дела³.

Правило выступает одним из инструментов формирования и развития нормативной системы, но при этом оно – продукт казуистики. Бруно Шмидлин в связи с этим говорит о казуистическом типе правила (*kasuistische Regeltyp*)⁴. Представляется, что

¹ Выделение и построение значимых группировок дел (*Fallgruppen*) – важнейший аспект типизации и нормирования, установления нормы для отдельной группы случаев (кейсов-казусов) и для данного конкретного дела. См.: *Horak* 1969. 58; *Nörr* 2005. 63 sq. О понятии нормы для данного дела (*Fallnorm*) см.: *Fikentscher* 1977. 129 sqq.

² Ср. *Савиных* 2011. 143: «...для них теория и практика... вовсе не являются чем-то разным, их теория проработана вплоть до самого непосредственного применения, а их практика всегда облагораживается научной трактовкой».

³ См.: *Nörr* 2009. 50–51.

⁴ См.: *Schmidlin* 1970. 143 sq.

в римском праве, как и в любой правовой системе доктринального характера (как праве юристов), *regula* будет носить преимущественно казуистический вид: выводиться из казуса, зависеть от казуса, но и поэтому адекватно отвечать параметрам конкретного дела, позволяя уверенно находить справедливость, опираясь на системный (научный) подход.

Наиболее наглядно классификационное правотворчество можно наблюдать в ходе формирования и определения договорного типа. Это необязательно теоретическая, но и вполне практическая, правоприменительная деятельность. Юрист рассуждает о том, к какой категории отнести данное дело, какое средство защиты предложить, и тестирует пределы отдельного типа (вида договора), верифицирует его определение (дефиницию). От его решения будет зависеть и содержание прав и обязанностей сторон, и выбор средств защиты, и критерии вменения, и объем ответственности. Решаются вопросы практики, но суждение опирается на научный метод и задействует понятийный арсенал юридической науки. Так работает юрисконсульт и судья и в наши дни. Отличие от жесткопозитивистской субсумпции здесь в том, что суждение выносится не путем механической дедукции из текста закона, а в ходе творческого толкования этого текста, смысл которого наполняется и поверяется на основе перечисленных непозитивных источников (доктрина, обычаи и нравы, принципы, воля и намерения сторон). Суждение, которое предстает оценочным, субъективным и не необходимым, в действительности выводится по законам юридической науки. Именно научный, системный подход, юридический метод определяет закономерность получаемого суждения и отвечает за правовую определенность в ходе правоприменительного правотворчества.

Проследим, какую роль в этом процессе получает анализ отдельного казуса, какова функция казуистики в юридической методологии (научное значение казуистики). Примером может служить любой раздел Дигест Юстиниана, в котором речь идет об определении отдельного договорного типа. Собственно, жанр комментария к эдикту предполагает прежде всего разъяснение вопросов квалификации – установления типа материальных отношений с целью адекватного выбора исковой защиты.

Рассмотрим с этой точки зрения тексты, помещенные в титул «О поклаже» (D. 16.3), где структурной основой выступает 30-я

книга комментария Ульпиана (Ulp., l. 30 ad edictum) к соответствующей рубрике преторского эдикта.

Предварительно следует сделать два замечания.

Иск о поклаже (actio depositi) в классическую эпоху (Gai., 4.47) мог быть выражен либо в формуле, основанной на ius civile (на праве – in ius), либо в формуле, в которой право истца не упоминалось, но сам фактический состав получал санкцию претора (in factum):

Quod Aulus Agerius apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius, iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato. Si non paret, absolvito.

Поскольку А. Агерий оставил на хранение у Н. Негидия серебряный стол, о каковой вещи идет спор, все, что по этому делу Н. Негидий должен дать или сделать А. Агерию по доброй совести, в отношении этого, судья, присуди Н. Негидия в пользу А. Агерия. Если не выяснится, оправдай.

Si paret Aulum Agerium Apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo Numerii Negidii Aulo Agerio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato. Si non paret, absolvito.

Если выяснится, что А. Агерий оставил на хранение у Н. Негидия серебряный стол и что он не был возвращен А. Агерию по злому умыслу Н. Негидия, сколько будет стоить эта вещь, на столько денег, судья, осуди Н. Негидия в пользу А. Агерия. Если не выяснится, оправдай.

Первый иск был иском по доброй совести (ex fide bona): в нем кондемпнация (правомочие присудить ответчика и объем присуждения), которая, собственно, и составляла предмет требования (petitum), искомое благо истца, была поставлена в зависимость от права, свойственного данному типу отношений, и конкретных обстоятельств дела, взятых в их правовом измерении – в соответствии с устойчивыми представлениями об интересах сторон, заслуживающих признания и защиты, и модельными характеристиками участника оборота (vir bonus), определявшими само участие в правовом общении. Судья призывался вынести решение, присудив ответчика «ко всему, что ответчик должен по данному делу в пользу истца по доброй совести» (quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona). «Должен» (oportere) относится к норме ius civile. «По доброй

совести» означает конкретизацию общей нормы к обстоятельствам данного дела¹.

Иск по факту (*formula in factum concepta*) не упоминал ни цивильное право, ни добрую совесть, но присуждение ответчика (и успех истца) ставилось в зависимость от того, выдержан ли фактический состав, с которым претор (высший судебный магистрат и учредитель данного судебного процесса) связывал санкцию (кондемнацию) – возмещение убытков². Здесь право вытекало из самого факта предоставления формулы и должно было быть установлено вместе с фактическим составом, указанным в интенции³. Этот состав, гипотеза нормы, включал такой элемент, как злой умысел (*dolus malus*): только умышленное нарушение обязанности, предусмотренной соглашением сторон, признавалось основанием ответственности поклажепринимателя (хранителя) и давало ход санкции (присуждению к возмещению убытков).

Добрая совесть (*bona fides*) и злой умысел (*dolus malus*) – антитипы. Присутствие в одной формуле одного концепта, а в другой – другого показывает, что формулы полностью соответствуют друг другу и выражают одну и ту же материальную норму. Две формулы представляют собой единое средство защиты, один иск из договора поклажи – *actio depositi*⁴.

В структуре формулы по доброй совести фактический состав выражался общей фразой (демонстрация), упоминавшей заключение договора поклажи. В формуле *in factum* факты состава специально перечислялись в качестве условия (интенция иска) кондемнации: сдача вещи на хранение и факт умышленного неисполнения (невозвращения вещи).

¹ См.: *Schmidlin* 1980. 359 sqq. Иск *bonae fidei* из договора поклажи возникает в начале классической эпохи: Цицерон (*Cic., de off.*, 3.17.70) ее еще не знает (*Horak* 1969. 141), тогда как Лабен – вполне (*D. 4.3.9.3*).

² О структуре исковых формул, содержании и юридическом значении интенции и кондемнации подробнее см.: *Дождев* 2008. 208 и слл. (пп. 84–86); о формулах иска из договора поклажи – *Дождев* 2008. 210 сл. (п. 85).

³ См.: *Cannata* 1982. 78–79. nt. 21.

⁴ Здесь не место задаваться вопросом о причинах, по которым иск о поклаже получил две формулы; вопрос этот пока так и не получил убедительного ответа в романистике. Одна из последних попыток объяснить феномен представлена в работе: *Kranjc* 2005. 127–161. Важно, что обе формулы сосуществовали на протяжении всего классического периода римского права. См.: *Maschi* 1973. 327 sq; *Maschi* 1972. 573 sqq.

Композиция титула в Дигестах Юстиниана следует структуре комментария Ульпиана, который сначала трактовал текст иска с формулой *in ius*, последовательно разбирая важные термины в его составе, а затем обращался к разнообразной казуистике уже без опоры на текст формулы¹. Мы рассмотрим несколько текстов из первой части комментария. Само толкование формулы нацелено на решение вопроса о том, к каким ситуациям применим данный иск, т.е. какие параметры правоотношения и фактического состава, из которого оно возникает, являются показателями применимости иска из поклажи. Не подпадает ли отношение под другой договорный тип? Возможно ли возложение ответственности именно за нарушение обязательства из договора поклажи? В поиске ответа на эти вопросы юрист мобилизует нормативный контекст правоотношения и раскрывает технику получения юридического знания (*ars iuris*).

D. 16.3.1.8 (Ulp., 30 ad ed.):

Si vestimenta servanda balneatori data perierunt, si quidem nullam mercedem servandorum vestimentorum accepit, depositi eum teneri et dolum dumtaxat praestare debere puto: quod si accepit, ex conducto.

Если погибнет одежда, сданная банщику на хранение, то если он не получал никакой платы за хранение одежды, то полагаю, его привлекают по иску из поклажи и он отвечает лишь за умысел; если же получал – из найма.

Юрист явно обращается к конкретному случаю. Это может быть судебное дело, а может быть и учебный пример, принятый к рассмотрению из-за его хрестоматийной повседневности. Цель привлечения казуса систематическая: решается вопрос о допустимости иска из поклажи. Критерием выступает безвозмездность договора этого типа. Если установлена плата за хранение, то отношение переходит в наем – *locatio conductio operis*². Разница между двумя вариантами существенная. Если по иску из договора найма банщик отвечал бы за небрежность (вину), то по иску из поклажи его можно привлечь только за умысел. Понижение стандарта ответственности связано с безвозмездностью договора и тем, что банщик не извлекает из отношения никакой выго-

¹ См.: *Lenel* 1927. 289.

² Банщика (хранителя) привлекают по *actio ex conducto*, что указывает его роль в отношении – *locator*. Соответственно, перед нами – *locatio conductio operarum* (наем услуг): банщик сдает в наем свои услуги в качестве наемного работника (*locator operarum*).

ды¹, он как бы оказывает дружескую услугу. Сама классификация договорных типов по этому основанию (центральный текст принадлежит также Ульпиану – Ulp., 29 ad Sab. D. 50.17.23) вторична и исходит из уже устоявшихся характеристик договорных типов. Здесь сам выбор типа отношений (и соответствующего иска) определяет критерий вменения.

D. 16.3.1.9 (Ulp., 30 ad ed.):

Si quis servum custodiendum coniecerit forte in pistrinum, si quidem merces intervenit custodiae, puto esse actionem adversus pistrinarium ex conducto: si vero mercedem accipiebam ego pro hoc servo, quem in pistrinum accipiebat, ex locato me agere posse: quod si operae eius servi cum custodia pensabantur, quasi genus locati et conducti intervenit, sed quia pecunia non datur, praescriptis verbis datur actio: si vero nihil aliud quam cibaria praestabat nec de operis quicquam convenit, depositi actio est.

Если кто-либо поручил раба под надзор, скажем, на мельницу, то если была назначена плата за надзор, полагаю, против мельника возникает иск из найма [услуг]; если же я брал плату за этого раба, которого тот взял на мельницу, то я смогу подать иск из аренды; если же труды этого раба зачитывались с надзором, будто состоялся договор типа найма, но поскольку деньги не вносились, дается иск со словами в прескрипции; если же тот не давал рабу ничего, кроме пищи, и не было соглашения о работе [раба], возникает иск из поклажи.

В данном случае под определенный тип подводится уже не такой распространенный и повседневный случай, так что можно вполне уверенно предполагать, что в основе рассуждения лежит подлинное судебное дело. Хозяин раба поручил присмотреть за рабом мельнику. Очевидно, ему нужно было оставить раба по дороге, чтобы самому уже в одиночку отправиться по делам до самого вечера. Мельник же решил использовать чужого раба на работах, возможно, заставив его вертеть тяжелые жернова, наряду с ослами или другими рабами. При этом раб получал пищу, так что мельник считал себя вполне вправе привлечь его к труду, чтобы рабочая сила, оказавшаяся в его распоряжении, не проста-

¹ Выгода сторон (*utilitas contrahentium*) как критерий ответственности – классическая концепция (Mod., 2 diff. Coll. 10.2.2; Afr., 8 quaest. D. 47.2.62.6; Ulp., 28 ad ed. D. 16.3.5.2). В дальнейшем под влиянием школы естественного права она была практически утрачена в европейской традиции. По вопросу см.: *Santucci* 2008. 277 sqq.

ивала. Дело, однако, в том, что договор поклажи не предполагает возможности использовать взятую на хранение вещь. Узнав, что плата за труды не вносилась, юрист не спешит поставить мельнику в упрек пользование рабочей силой раба. Он предполагает зачет труда с предоставлением пищи, приходя к искомой безвозмездности как одному из определений поклажи.

Альтернативно рассматриваются другие возможности: договоренность о плате за надзор за рабом – тогда отношение переходит в наем¹; назначение платы за труд раба – тогда мельник считается арендатором раба, а отношение выстраивается как наем вещи (аренда) – *locatio conductio rei* (Ульпиан говорит о плате за раба как за вещь, *res*, хотя ниже и уточняет, что пользуется мельник его трудом, точнее рабочей силой – *operae*).

Предлагается также зачет платы за надзор с платой за труд раба. В этом случае юрист не может подобрать подходящий договорный тип и предлагает обратиться к иску из атипичного взаимного (синалагматического) обязательства – *actio praescriptis verbis*². Сомнительна аргументация, связанная с тем, что деньги не вносились (речь о реальном платеже, которого не было): предложение зачета предполагает, что цена была назначена и за труд раба, и за услуги мельника по надзору, но была признана равной. Здесь перед нами два договора с равноценными предоставлениями: наем услуг по надзору за рабом и аренда раба как рабочей силы (разумеется, заключенная с его хозяином). Прибегать к непоименованному договору уместно именно в том случае, если стороны, не назначив цену, хотя и признав предоставления равноценными, договорились о прямом обмене услуг по надзору на возможность пользования рабочей силой раба. Стороны таким образом должны были как раз исключить зачет в техническом смысле.

Это важно сказать потому, что последняя гипотеза – когда не было соглашения о труде раба и мельник не предоставлял со своей стороны ничего, кроме пищи, – вполне укладывается в тип поклажи. Предоставление пищи – не что иное, как забота о сохранности вещи, которая нуждается в прокорме. Хранитель должен вернуть вещь в том состоянии, в котором он ее получил; и раба он должен вернуть сытого, а не изможденного голодом.

¹ Отношение опять рассматривается как *locatio conductio operarum*, наем услуг.

² Подробнее см.: Дождев 2008. 606 сл. (п. 369–372).

Это предоставление подлежит компенсации, так что хранитель получает встречный иск из поклажи против хозяина раба (*actio depositi contraria*) и отношение переходит в двустороннее обязательство. Юрист, однако, говорит о прямом иске из поклажи, а не о встречном: *si vero nihil aliud quam cibaria praestabat nec de operis quicquam convenit, depositi actio est* («если же тот не давал рабу ничего, кроме пищи, и не было соглашения о работе, возникает иск из поклажи»). Отсутствие соглашения об использовании рабочей силы раба следует понимать так, что хозяин зачтет свои возможные претензии к хранителю, который все же использовал раба, со своей обязанностью компенсировать тому расходы на пропитание.

Иск предъявляется к мельнику (хранителю) с тем, чтобы он вернул раба или ответил за его повреждение. При этом критерием вменения будет исключительно умысел, как это указано в формуле иска из поклажи. Сам факт использования раба, сданного под надзор, на работах в хозяйстве хранителя не смущает ни хозяина раба, ни юрисконсульта. Конфликт (если дело дошло до суда и выбора надлежащих исковых средств) связан не с этим. Ульпиан квалифицирует отношение как поклажу, вопреки тому, что использование вещи применительно к этому договорному типу в принципе не допускается. Раз стороны не договаривались о работе раба, значит, соглашение вполне вписывается в конструкцию поклажи. Об этом юрист говорит далее.

D. 16.3.1.10 (Ulp., 30 ad ed.):

In conducto et locato et in negotio, ex quo diximus praescriptis verbis dandam actionem, et dolum et culpam praestabunt qui servum receperunt: at si cibaria tantum, dolum dumtaxat. sequemur tamen, ut Pomponius ait, et quid habuerunt proscriptum aut quid convenerit, dummodo sciamus et si quid fuit proscriptum, dolum tamen eos praestatueros qui receperunt, qui solus in depositum venit.

При договоре найма и сделке, по которой, как мы сказали, следует давать иск со словами в прескрипции, те, кто взял раба, отвечают и за умысел, и за вину; если же они предоставляли лишь пищу – то только за умысел. Однако мы следуем тому, что говорит Помпоний, и если они что-либо указали в письменной форме или о чем-либо договорились, лишь бы мы [об этом] знали, и если что-либо было указано в письменной форме, тогда те, кто принял раба, отвечают только за умысел, который единственно входит в договор поклажи.

Первые две гипотезы следует понимать так, что стороны либо договорились о плате (за надзор или за труд раба), либо решили обменять труд раба на услуги по надзору, и отношение не вписывается в тип договора поклажи. Если же они обговорили лишь предоставление рабу пищи, то это поклажа, и ответственность мельника ограничивается умыслом. Центр внимания здесь в доказуемости особых договоренностей о предоставлении сторон, которые не выходят за рамки обычных реквизитов договора поклажи.

В этом фрагменте сохранилась прямая отсылка Ульпиана к Помпонию, юристу середины II в., чей обширнейший комментарий к преторскому эдикту¹ лежит в основе комментария Ульпиана. Труд Помпония в свою очередь представлял собой компендиум суждений и ответов всей предшествовавшей юриспруденции. Наша казуистика, таким образом, традиционна.

Далее типология усложняется.

D. 16.3.1.11 (Ulp., 30 ad ed.):

Si te rogavero, ut rem meam perferas ad Titium, ut is eam servet, qua actione tecum experiri possum, apud Pomponium quaeritur. et putat tecum mandati, cum eo vero, qui eas res receperit, depositi: si vero tuo nomine receperit, tu quidem mihi mandati teneris, ille tibi depositi, quam actionem mihi praestabis mandati iudicio conventus.

Если я попрошу тебя, чтобы ты доставил мою вещь Тицию, чтобы он ее сохранил, то какой иск я мог бы подать против тебя? – задается вопросом Помпоний. И полагает, что против тебя – иск из договора поручения, против же того, кто принял эти вещи, – иск из поклажи; если же он принял от твоего имени, то ты отвечаешь передо мной по иску о поручении, а он перед тобой – по иску из поклажи, и ты этот иск, будучи привлечен по процессу о поручении, предоставишь мне.

D. 16.3.1.12 (Ulp., 30 ad ed.):

Quod si rem tibi dedi, ut, si Titius rem non recepisset, tu custodies, nec eam recepit, videndum est, utrum depositi tantum an et mandati actio sit. et Pomponius dubitat: puto tamen mandati esse actionem, quia plenius fuit mandatam habens et custodiae legem.

Если же я дал тебе вещь с тем, чтобы если Тиций ее не примет, то ты бы за ней надзирал, и он ее не принял, следует по-

¹ Обоснованно предполагается, что комментарий Помпония включал не менее 150 книг (т.е. в три раза превосходя по объему Дигесты Юстиниана): Schulz 1961. 238.

смотреть, возникает ли иск лишь из поклажи или также из поручения. И Помпоний сомневается; я же полагаю, что будет иск из поручения, так как поручение было более широким и включало в себя и оговорку о надзоре.

Ульпиан (или его источник) предлагает к анализу другую группу ситуаций, когда поклажа включает в себя дополнительные обязанности, а именно, когда отношение складывается при участии посредника. В параграфе 11 посредник привлекается, чтобы доставить вещь на хранение третьему лицу (Тицию). В параграфе 12 посреднику предлагается оставить вещь на хранение у себя, если Тиций ее не примет. В первой ситуации юриконсульт (Помпоний) не фиксирует никаких особенностей договора поклажи: его вопрос только в том, становится ли поклажедателем сам собственник (если договор заключен от его имени) или же посредник (если договор заключен от имени посредника). В первом случае прямого представительства не возникает, т.к. посредник выступает лишь вестником чужой воли и доставщиком вещи. Во втором – он заключает договор на себя, тогда как перед собственником вещи отвечает по иску о поручении, которое заключалось именно в том, чтобы заключить договор поклажи вещи собственника (и доверителя). Только во втором случае встает вопрос о переносе эффекта договора поклажи на собственника, т.к. здесь собственник остался вне договора. Искомый результат достигается уступкой иска из поклажи, как и должно быть при косвенном представительстве. Причем уступку иска из поклажи собственник может требовать от поверенного и даже привлечь того по иску из договора поручения с тем, чтобы добиться права самому взыскать с хранителя убытки по договору.

Особый интерес представляет параграф 12. Здесь поверенный обязан попытаться сдать вещь на хранение Тицию, а в случае неудачи – оставить ее на хранение у себя. Если Тиций откажется заключать договор, то будет ли поверенный связан обязательством из договора хранения, – задается вопросом юрист, – или обязанности по хранению вещи войдут в содержание поручения и поверенный останется связан первоначальным договором? Ульпиан снимает сомнения Помпония и решает в пользу сохранения договора поручения как единственного правоотношения между сторонами: поручение, на его взгляд, было настолько широким, что, помимо задачи сдать вещь Тицию, включало в себя и указание взять вещь на хранение самому в случае отказа Тиция.

Ответственность поверенного намного шире, чем ответственность хранителя. Возлагая на посредника обязанности по надзору за вещью в рамках договора поручения, Ульпиан достигает того, что критерии вменения будут намного строже, чем при договоре поклажи¹. Возможно, с этим связаны и сомнения Помпония, поскольку выход за рамки договора поклажи не отвечает воле сторон. Перед нами все же не модификация договорного типа, а довольно формальное решение, исходящее из гибкости содержания договора поручения. Эта гибкость, однако, не доходит до того, чтобы составить подлинно смешанный договор и, включив в поручение договор поклажи как обособленное отношение, соответственно ограничить и ответственность поверенного по сохранности вещи только умыслом.

Тема получает развитие в следующем фрагменте: казус, в котором поверенный выступает посредником, Помпоний модифицирует так, что тот не отдает, а получает вещь от третьего лица.

D. 16.3.1.13 (Ulp., 30 ad ed.):

Idem Pomponius quaerit, si tibi mandavero, ut rem ab aliquo meo nomine receptam custodias, idque feceris, mandati an depositi tenearis. et magis probat mandati esse actionem, quia hic est primus contractus.

Тот же Помпоний задается вопросом: если я дам тебе поручение, чтобы ты надзирал за вещью, полученной от кого-либо на мое имя, и ты это сделаешь, то отвечаешь ли ты по иску из поручения или из поклажи? И одобряет, что скорее возникает иск из поручения, потому что таков первый договор.

Здесь поверенный получает чужую вещь для своего доверителя, но поручение состоит не только в том, чтобы передать полученное по назначению, но и в том, чтобы хранить эту вещь до передачи. Хранение в данном случае уверенно включается в содержание поручения (с соответствующими критериями ответственности, далеко выходящими за рамки поклажи) на том основании, что формально это и есть тот договор, который связывает стороны, тогда как поклажа принималась бы от третьего лица и перенос роли кредитора на доверителя был бы затруднителен. Таким образом, в данном случае поклажа не признается

¹ Ответственность по договору поручения – самая строгая из известных; она строже, чем у продавца до передачи товара покупателю, что издавна вызывало недоумение у европейских юристов, особенно в связи с тем, что поручение в римском праве всегда добровольно и безвозмездно.

даже за возможную альтернативу поручению; юрист ее просто отрицает как самостоятельное правоотношение.

Наконец, Помпоний предлагает гипотезу, когда роль хранителя конкурирует не с ролью поверенного, а с ролью доверителя.

D. 16.3.1.14 (Ulp., 30 ad ed.):

Idem Pomponius quaerit, si apud te volentem me deponere iusseris apud libertum tuum deponere, an possim tecum depositi experiri. et ait, si tuo nomine, hoc est quasi te custodituro, deposuissem, mihi tecum depositi esse actionem: si vero suaseris mihi, ut magis apud eum deponam, tecum nullam esse actionem, cum illo depositi actio est: nec mandati teneris, quia rem meam gessi. sed si mandasti mihi, ut periculo tuo apud eum deponam, cur non sit mandati actio, non video. plane si fideiussisti pro eo, Labeo omnimodo fideiussorem teneri ait, non tantum si dolo fecit is qui depositum suscepit, sed et si non fecit, est tamen res apud eum. quid enim si fureret is, apud quem depositum sit, vel pupillus sit, vel neque heres neque bonorum possessor neque successor eius exstaret? tenebitur ergo, ut id praestet, quod depositi actione praestari solet.

Тот же Помпоний задается вопросом: если когда я хотел [что-то] оставить на хранение у тебя, ты прикажешь, чтобы я оставил [это] на хранение у твоего вольноотпущенника, смогу ли я подать против тебя иск из поклажи? И говорит: если я оставлю на хранение от твоего имени, будто ты будешь осуществлять надзор, у меня против тебя будет иск из поклажи; если же ты убедишь меня, что мне было бы лучше оставить на хранение у него, то против тебя иска нет, а против него есть иск из поклажи; и ты не отвечаешь по иску из поручения, т.к. ты вел мои дела. Но если ты дашь мне поручение, чтобы я оставил на хранение у него на твой риск, то я не вижу, почему бы не быть иску из поручения. Равным образом, если ты поручишься за него, Лабеем говорит, что поручитель отвечает в любом случае, а не только если тот, кто принял поклажу, допустит умысел, но если и не допустит, но все же вещь находится у него. Что же если тот, у кого оставлена поклажа, сойдет с ума, или он малолетний, или у него нет ни наследника, гражданского или преторского, ни иного правопреемника? Тогда его привлекут, чтобы он отвечал за то, за что обычно отвечают по иску из поклажи.

Здесь также в центре внимания скорее не договор поклажи, а договор поручения, хотя именно поклажа составляет хозяйственный интерес главного действующего лица – «Я». Обратившись к своему другу («Ты») с просьбой принять вещь на хране-

ние, поклажедатель получает предложение отнести вещь к вольноотпущеннику. Если тот примет вещь на хранение от имени своего патрона («Ты»), то поклажепринимателем станет именно «Ты»: поклажедатель лишь берет на себя труд доставить вещь на склад к вольноотпущеннику своего контрагента. В Риме управляющими различными хозяйственными предприятиями, как правило, выступали вольноотпущенники, так что ничего удивительного в том, что складом управляет не сам хозяин, а его бывший раб, нет.

Однако возможен и иной вариант, когда склад принадлежит вольноотпущеннику, тогда как «Ты» лишь дает «Я» совет воспользоваться этим складом. Тогда договор поклажи будет заключен между «Я» и вольноотпущенником, тогда как совет, который дает «Ты», вообще его ни к чему не обязывает. С точки зрения договора поручения предложение «Ты» сделано исключительно в интересах «Я» (почему про него и сказано: *rem meam gessi*, «ты вел мои дела»), так что возникновение договора не допускается (поручение не может относиться к делам самого поверенного, которым в данном случае был бы «Я»).

Этому развитию событий противопоставляется иная альтернатива: «Ты» дает «Я» поручение отнести вещь указанному кладовщику. Это уже не совет, а именно поручение (что в тексте подчеркивается словами «на твой риск» (*periculo tuo*): «Ты» вмешивается в дела «Я» настолько, что в этом вмешательстве усматривается его собственный интерес. В этом случае «Ты» становится формальным доверителем, т.к. считается, что «Я» обратится к указанному кладовщику не по собственной инициативе, а в интересах «Ты» (интерес здесь, конечно, обоюдный, но важно, что признается и наличие интереса «Ты»). Если теперь хранитель не оправдает ожиданий «Я», отвечать будет «Ты», т.к. считается, что возможные убытки «Я» станут следствием того, что он действовал, исполняя поручение «Ты». «Ты» как доверитель будет отвечать перед «Я» по встречному иску из договора поручения (*actio mandati contraria*) и возмещать ему потери, понесенные в ходе исполнения поручения (которое должно оставаться совершенно безвозмездным, а значит – не влечь для поверенного никаких потерь).

Вмешательство «Ты» можно рассматривать и как поручительство – личную гарантию исполнения обязательства хранителем (вольноотпущенником). Такой подход восходит к Лабео-

ну. В этом случае «Ты» также отвечает по *actio mandati contraria*, что технически сближает поручительство с договором поручения (а ответственность гаранта-поручителя – с ответственностью доверителя как возможного должника по договору поручения). Объем ответственности поручителя-гаранта определяется параметрами иска из поклажи, т.к. именно по этому обязательству дано поручительство. Наличие личного гаранта исполнения снимает с поклажедателя такие риски, как сумасшествие хранителя или его малолетство (что делает невозможным вменение ему умысла как главного условия присуждения по иску из поклажи), а также его смерть без преемника (что не позволит возложить ответственность за допущенный хранителем умысел на другое лицо в случае смерти должника). Указанные риски связаны с неисполнением (ненадлежащим исполнением) договора поклажи и возвращают нас к проблематике этого договора.

Вся богатая казуистика, предложенная Лабеоном, Помпони-ем, Ульпианом, концентрируется вокруг ключевого концепта, управляющего договором поклажи, – умысла должника, который в свою очередь определяется текстом исковой формулы. Выстраивается насыщенная картина материально-правовых явлений, зависящих от надлежащей квалификации отношений, возникающих в различных бытовых и хозяйственных ситуациях. Это материально-правовая квалификация, и она выводится из анализа волевых отношений сторон (волеизъявлений и подлежащих интересов). Выясняя пределы содержательной вариативности поклажи, римские юристы в течение многих поколений выстроили устойчивое и последовательное понимание данного договорного типа. В соотношении с другими договорными типами, которые могут отягощать и обогащать отношения между сторонами за счет привходящих интересов (как пользование рабочей силой оставленного на хранение раба) или участия третьего лица (с которым возможно самостоятельное правоотношение по типу поручения), юристы выявляют особенные черты изучаемого договора поклажи, определяющие его неповторимую специфику, составляющие само определение, принцип этого договора. Здесь не казусы решаются исходя из принципа (дедуктивно), а строится абстрактное понятие изучаемого договора на материале казуистики. При этом конкретика, поставленная казуистикой, содержательно насыщает понятие.

Участие третьего лица и конкуренция с поручением представлены также в следующем тексте.

D. 16.3.1.33 (Ulp., 30 ad ed.):

Eleganter apud Iulianum quaeritur, si pecuniam servus apud me deposuit ita, ut domino pro libertate eius dem, egoque dedero, an teneat depositi. et libro tertio decimo digestorum scribit, si quidem sic dedero quasi ad hoc penes me depositam teque certioravero, non competere tibi depositi actionem, quia sciens recepisti, careo igitur dolo: si vero quasi meam pro libertate eius numeravero, tenebor. quae sententia vera mihi videtur: hic enim non tantum sine dolo malo non reddidit, sed nec reddidit: aliud est enim reddere, aliud quasi de suo dare.

Юлиан задается интересным вопросом: если раб оставил у меня на хранение деньги так, чтобы я дал их его господину за [выкуп на] свободу, и я [их ему] отдам, – отвечаю ли я по иску из поклажи? И он пишет в тринадцатой книге «Дигест», что если я дам эти деньги как специально оставленные у меня и предупрежу тебя, то у тебя не будет иска из поклажи, т.к. ты взял их, зная об обстоятельствах, и я тем самым свободен от умысла; если же я отдам их будто мои за его свободу, то отвечаю. Это суждение представляется мне верным: ведь он не только не вернул без злого умысла, но вовсе не вернул: ведь одно дело вернуть, другое – выдать будто из своего имущества.

Здесь раб отдает на хранение деньги, сопровождая передачу поручением уплатить их его господину как выкуп за свободу. Отношение осложняется тем, что у раба – формально-юридически – не может быть своих денег, так что деньги, полученные на хранение, принадлежат его господину. Получается, что уплата этих денег господину будет не чем иным, как возвращением их собственнику: акт выдачи совпадет с исполнением обязательства из договора хранения (reddere – вернуть). Юрист полагает, что если хранитель-поверенный предупредит господина раба («Ты» – здесь в ситуацию вводится новое действующее лицо) о том, что деньги назначены на выкуп из рабства, то отношение не будет рассматриваться как поклажа. Выкуп раба из рабства на утаенные от господина средства производится при попустительстве самого господина и правовым регулированием не охватывается. Если же хранитель («Я») попытается выдать эти деньги за свои, то отношение переходит в договор поклажи, и он отвечает за то, что не вернул чужие деньги. Это так потому, – поддерживают Юлиана Ульпиан, – что, выдавая чужое за свое (ведь деньги

принадлежат господину), хранитель вообще не исполняет обязательство вернуть полученное (*reddere*), т.к. при возвращении получатель не знает, что получает свое из поклажи, а думает, что берет чужое и на другие цели (в уплату за свободу раба). Это значит не вернуть вовсе и при этом обмануть получателя (и собственника денег), т.е. поступить с умыслом – полный состав нарушения договора поклажи.

Римский юрист предоставляет типовой иск и тогда, когда раб получает не вполне обоснованное предоставление под видом поклажи.

D. 16.3.27 (Paul., 7 resp.):

Lucius Titius cum haberet filiam in potestate Seiam, Pamphilo servo alieno in matrimonium collocavit, cui etiam dotem dedit, quam sub titulo depositi in cautionem contulit, et postea nulla denuntiatione a domino facta pater decessit, mox et Pamphilus servus: quaero, qua actione Seia pecuniam petere possit, cum ipsa patri heres extiterit. Paulus respondit, quoniam dos constitui non potuit, ex causa depositi actione de peculio pecuniam repetendam.

Луций Тиций, когда у него была во власти дочь Сейя, отдал ее в жены Памфилу, чужому рабу, и даже дал за ней приданое, которое назвал в договоре поклажей, а затем, когда со стороны господина [раба] так и не последовало запрета, отец умер, а затем и раб Памфил; спрашиваю: по какому иску Сейя может истребовать деньги, когда она стала наследницей отца? Павел отвечает: поскольку он не мог установить приданое, деньги нужно истребовать по иску о пекулии на основании поклажи.

Речь идет о сожительстве свободной женщины с чужим рабом с молчаливого дозволения господина раба (отсюда в тексте слова об отсутствии запрета – *denuntiatio*¹). В данном случае отец не просто потворствует любовной связи дочери, но и рассматривает ее как брак, назначая за ней приданое. Очевидно, он ожи-

¹ Распространенное техническое значение термина, наряду с запретом вступать в сделки с рабом, запретом поверенному совершать сделку, бывшей жене – выходить замуж за ее избранника (D. 48.5.17; 18; 40), соседу – вести строительство, залогодержателю – отчуждать залог. Запрет обращался к женщине; послушавшись, она становилась рабыней господина раба (и претерпевала *capitis deminutio maxima*) согласно сенатскому постановлению императора Клавдия (SC Claudianum – Gai., 1.84; 91; 160; Ulp., 11.11; Paul., 2.21 a). Напротив, отсутствие запрета означало согласие господина (ср. Gai., 1, 84: *volente domino*), и сожительство не влекло таких тяжких последствий для женщины.

дает скорого освобождения раба, что сделает брак действительным. Однако отец умирает, а вслед за ним и раб-муж. Женщина пытается уже в качестве наследницы истребовать деньги, переданные рабу, которые должны были оставаться собственностью ее отца.

Обращение к иску о пекулии показывает, что иск вчиняется господину Памфила так, будто раб получил деньги формально с ведома самого господина и под его ответственность в рамках общего ведения дел, возложенных на раба (пекулий). Основанием передачи денег формально была поклажа: деньги оставались рабу как бы на хранение¹ на время брака, поскольку в отсутствие настоящего брака установить действительное приданое было нельзя. Это же основание используется для оправдания требования, которое конструируется как иск из поклажи. Будучи адресованным господину (с рабом вообще судиться невозможно), оно получает вид иска о пекулии. Иск о пекулии всегда имеет особое основание (titulus) в том договоре или ином юридическом факте, из которого возникает обязательство: иск о пекулии из поклажи, иск о пекулии из займа и т.п. Раб не может быть стороной в обязательстве, оно всегда возникает в лице господина, но ответственность последнего ограничивается размером пекулия – того имущества, в связи с которым сделки, заключенные рабом, могут обязывать господина. Пекулиарная ответственность предполагает, что об участии господина в обороте через раба – и соответствующий объем ответственности господина по сделкам раба – объявлено заранее и публично. Таким оглашением считается и сам акт выделения пекулия, который требует как минимум физической передачи (вручения – Paul., 4 ad Sab., D. 15.1.8), распознаваемой для третьих лиц.

Наследница поклажедателя, когда брак так и не состоялся, может истребовать деньги у господина раба как полученные через раба по договору хранения. Ситуация похожа на ту, что мы видели в предыдущем тексте, когда раб передавал третьему лицу деньги с тем, чтобы они были уплачены за свободу его господину. Формально-юридически он оставлял на хранение деньги господина, так что выдачу денег господину можно рассматривать

¹ В тексте это отмечается специально: sub titulo depositi in cautionem contulit – «составил документ как договор хранения». Cautio – здесь «договор как документ». См.: *Seckel* 1926. 61 (ср. cautio depositionis в D. 36.3.18.1).

и как возвращение поклажи, полученной от него же. В отсутствие иных квалификаций передача рабом или рабу вещей без перехода права на них трактуется как хранение – по остаточному принципу.

Участие раба в отношении может привести к неумышленной ошибке должника.

D. 16.3.1.32 (Ulp., 30 ad ed.):

Si rem a servo depositam Titio, quem dominum eius putasti cum non esset, restituisses, depositi actione te non teneri Celsus ait, quia nullus dolus intercessit: cum Titio autem, cui res restituta est, dominus servi aget: sed si exhibuerit, vindicabitur, si vero, cum sciret esse alienum, consumpserit, condemnabitur, quia dolo fecit quo minus possideret.

Если вещь, сданную на хранение рабом, ты выдашь Тицию, которого считал его господином, тогда как он им не был, Цельс говорит, что ты не отвечаешь по иску из поклажи, т.к. здесь нет никакого умысла; с Тицием же, которому была выдана вещь, будет судиться господин раба: и если он предъявит вещь, то ее виндицируют, если же зная, что это чужое, он ее потребит, то он будет присужден, ведь он умышленно сделал так, чтобы утратить владение.

Тиция не привлекают по иску о поклаже, т.к. вещь поступила к нему по ошибке. У него вообще нет специального основания владения, он владеет беститульно – pro possessore. Отсутствие обязательственного отношения между собственником и владельцем открывает путь виндикации (если вещь в наличии). Если же вещь потреблена, то т.к. владелец не мог не знать, что она чужая, потребление рассматривается как умышленная утрата владения – с тем, чтобы уйти от ответственности по виндикации. Виндикация возможна только против юридического владельца, утрата владения, по Цельсу, позволяет преследовать ответчика за уклонение от иска. Вся ситуация получает квалификацию в терминах виндикационного отношения. Вопрос о поклаже снимается с момента выдачи вещи, раз действия хранителя свободны от умысла.

Иное направление обсуждения поклажи, оставленной рабом, получает в сабинианской школе, где оно ведется в рамках категории добросовестности.

D. 16.3.11 (Ulp., 41 ad Sab.):

Quod servus deposuit, is apud quem depositum est servo rectissime reddet ex bona fide: nec enim convenit bonae fidei abnegare id quod

quis accepit, sed debebit reddere ei a quo accepit, sic tamen, si sine dolo omni reddat, hoc est, ut nec culpa quidem suspicio sit. denique Sabinus hoc explicuit addendo: "nec ulla causa intervenit, quare putare possit dominum reddi nolle". hoc ita est, si potuit suspicari, iusta scilicet ratione motus: ceterum sufficit bonam fidem adesse. sed et si ante eius rei furtum fecerat servus, si tamen ignoravit is apud quem deposuit vel credidit dominum non invitum fore huius solutionis, liberari potest: bona enim fides exigitur. non tantum autem si remanenti in servitute fuerit solutum, sed etiam si manumisso vel alienato, ex iustis causis liberatio contingit, scilicet si quis ignorans manumissum vel alienatum solvit. idemque et in omnibus debitoribus servandum Pomponius scribit.

То, что раб сдал на хранение, тот, у кого оно оставлено, совершенно правильно возвращает рабу по доброй совести: ведь доброй совести не соответствует отрицать то, что кто-либо получил, но надо будет вернуть тому, от кого получил, однако так, чтобы он возвращал без злого умысла, то есть так, чтобы не было даже никакого подозрения его вины. Поэтому Сабин изложил это, добавив: «и не примешивается никакой причины, по которой можно было бы считать, что собственник не хотел бы, чтобы [поклажу] отдавали». Это так, если можно было испытывать подозрения, конечно, на разумном основании; впрочем, достаточно действовать добросовестно. Но если прежде раб украл эту вещь, то если тот, у кого он оставил ее на хранение, об этом не знал или думал, что хозяин не был против этого исполнения, то его можно освободить от ответственности: ведь требуется добросовестность. И не только если исполнение будет произведено ему, когда он оставался рабом, но и даже отпущенному на волю или отчужденному, то освобождение от ответственности наступает на правомерном основании, разумеется, если кто-либо исполняет в пользу отпущенного на волю или отчужденного раба по неведению. И то же самое следует соблюдать в отношении всех должников, – пишет Помпоний.

Когда полученное на хранение должник выдает тому, от кого получил, он действует в соответствии с правом (rectissime), даже если поклажа была принята от раба. Однако такой критерий – у кого взял, тому и верни – применяется не механически, а с учетом контекста – по доброй совести (ex fide bona). Вопрос ставится применительно к поклаже, полученной от раба: выдача полученного тому же лицу, рабу, будет правомерной, если хранитель действовал добросовестно. Добросовестно – значит

осмотрительно, и отсутствие умысла здесь признается только в отсутствие вины (*culpa*). Добросовестность предъявляет более высокие требования к хранителю: он должен учитывать предполагаемое суждение господина раба и в этом отношении – быть свободным от разумных сомнений (подозрений). Хранитель, получивший поклажу от раба, должен ориентироваться на волю господина. Раб мог украсть вещь, которую сдал на хранение. Он мог украсть ее у своего же господина. Ясно, что в этом случае осмотрительность не помешает, и Сабин включает ее в содержание обязательства хранителя. Юрист апеллирует к добросовестности – основанию иска с формулой *in ius*. Упоминание *bona fides* позволяет повысить стандарт ответственности и вменить контрагенту раба заботу об интересах господина – предполагаемого хозяина вещи. Вещь может и не быть украдена, но господин может не желать, чтобы вещь возвращали рабу. Ульпиан, однако, в начале текста спешит заявить, что вернуть поклажу тому лицу, от кого она получена на хранение, соответствует добросовестности, даже если это раб. Вернуть поклажу вору или грабителю – тоже правомерное действие. Более того, вор или грабитель наделяются иском из поклажи к хранителю, т.к. они признаются лицами, заинтересованными в возвращении вещи, поскольку несут за нее ответственность – уже по деликтным искам перед потерпевшими¹.

Могло измениться и правовое положение раба. Если вещь возвращается ему же, но после того как он был отпущен на волю или отчужден, она может выйти из имущественной массы господина и попасть вместе с владением другому лицу – вольноотпущеннику или новому господину раба. Выдача тому, от кого получено, в таком случае признается правомерной, только если хранитель не знал об изменении статуса раба или его новом господине. Это неведение определяет искренность и невиновность должника, поскольку вписывается в критерий добросовестного исполнения. Генерализирующая формула Помпония, закрывающая собой фрагмент, – следствие рассуждений Сабина и их проработки

¹ D. 16.3.1.39 (Ulp., 30 ad ed.):

Si praedo vel fur deposuerint, et hos Marcellus libro sexto digestorum putat recte depositi acturos: nam interest eorum eo, quod teneantur.

Если грабитель или вор сдадут на хранение, Марцелл в шестой книге «Дигест» полагает, что и они правомерно подают иск из поклажи: ведь они заинтересованы в связи с тем, что несут ответственность [за вещь].

последующей юриспруденцией. Само же обращение к Помпонию в тексте Ульпиана показывает, что перед нами не его личный вклад в развитие подхода к содержанию обязательства из поклажи, но изложение традиции, имеющей давние корни¹.

Другой аспект извинительного неведения обсуждается в связи с наследником хранителя: римские юристы, оставаясь в рамках категории умысла, существенно расширяют обязательство из поклажи. Тот факт, что фрагменты из комментария Ульпиана перемежаются фрагментами из комментария Павла, показывает, что такой подход имел широкое хождение и новаторский ход совершили предшественники юристов III в.

D. 16.3.1.47 (Ulp., 30 ad ed.):

Quia autem dolus dumtaxat in hanc actionem venit, quaesitum est, si heres rem apud testatorem depositam vel commodatam distrahit ignarus depositam vel commodatam, an teneatur. et quia dolo non fecit, non tenebitur de re: an tamen vel de pretio teneatur, quod ad eum pervenit? et verius est teneri eum: hoc enim ipso dolo facit, quod id quod ad se pervenit non reddit.

Так как в этом иск входит только умысел, встает вопрос: если наследник отчуждил вещь, оставленную на хранение у завещателя или данную ему в ссуду, не зная о том, что она сдана на хранение или в ссуду, отвечает ли он по этому иску? И раз он не допускал умысла, то в связи с самой вещью он не отвечает; а отвечает ли он за цену, которая к нему поступила? И вернее, что отвечает: ведь он уже тем самым допускает умысел, что не выдает то, что к нему поступило.

D. 16.3.2 (Paul., 31 ad ed.):

Quid ergo, si pretium nondum exegit aut minoris quam debuit vendidit? actiones suas tantummodo praestabit.

Что если он еще не взыскал цену или продал дешевле, чем должен был? Он лишь предоставит свои иски.

D. 16.3.3 (Ulp., 31 ad ed.):

Plane si possit rem redimere et praestare nec velit, non caret culpa, quoadmodum si redemptam vel alia ratione suam factam noluit praestare causatus, quod semel ignarus vendiderit.

Впрочем, если он может выкупить вещь и выдать, но не хочет, то он не свободен от вины так же, как если бы он отказался

¹ Знаменитое рассуждение Трифонина о доброй совести также приводится применительно к договору поклажи (D. 16.3.31 pr – 1). О тексте см.: Дождев 2000. 96; 101 слл. (= Дождев 2021. Т. 1. 100; 107 слл.).

выдавать выкупленную вещь или ставшую ему принадлежать другим образом, указывая на то, что однажды уже продал ее, будучи неосведомленным.

D. 16.3.4 (Paul., 5 ad Plaut.):

Sed et si non sit heres, sed putavit se heredem et vendidit, simili modo lucrum ei extorquebitur.

Но и в том случае, если он не был наследником, но думал, что он наследник, и продал, равным образом у него изымается выручка.

Установление соответствия между вещью и ее ценой в плане ответственности и пассивной легитимации на вещный иск – разработка Цельса¹, воплотившаяся в дальнейшем в сенатском постановлении, носящем его имя (SC Iuventianum 127 г.)². Выше мы видели, что в отношении постороннего лица, получившего вещь по неведению от хранителя, Цельс предлагал виндикацию, исходя из отсутствия обязательственной связи между сторонами (D. 16.3.1.32). Здесь же речь идет о наследнике должника, на которого перешло обязательство наследодателя. Поскольку умысел хранителя рассматривается как фактор имущественных отношений, то ответственность хранителя за умысел переходит и на наследника³. Применительно же к наследнику как должнику

¹ D. 5.3.18.1 (Ulp., 15 ad ed.):

Si quis, cum peteretur ab eo hereditas, neque rei neque iuris velut possessor erat, verum postea aliquid adeptus est, an petitione hereditatis videatur teneri? et Celsus libro quarto digestorum recte scribit hunc condemnandum, licet initio nihil possedit.

Если кто-либо, когда от него истребуют наследство, не был владельцем ни вещи, ни права, но все же впоследствии что-либо получил [за счет наследственного имущества], то считается ли, что он отвечает по иску об истребовании наследства? И Цельс в четвертой книге «Дигест» правильно пишет, что его следует присудить, хотя бы при установлении процесса он ничем не владел.

Ср. Iulianus apud Ulp., 15 ad ed. D. 5.3.20.1: *in hereditatis petitionem... pretium venire* (в иск об истребовании наследства... входит цена).

² D. 5.3.20.6 et sqq.

³ D. 16.3.9 (Paul., 17 ad ed.):

In depositi actione si ex facto defuncti agatur adversus unum ex pluribus heredibus, pro parte hereditaria agere debeo: si vero ex suo delicto, pro parte non ago: merito, quia aestimatio refertur ad dolum, quem in solidum ipse heres admisit...

В материи иска из поклажи – если иск подается на основании деяния покойного против одного из многих наследников, я должен выдвигать требование соразмерно наследственной доле; если же – на основании

(когда к моменту вступления в наследство нарушения договора допущено не было) обсуждается его собственный умысел, и при извинительном неведении признается освобождение от ответственности.

Юрист (возможно, уже Цельс) идет дальше и задается вопросом о допустимости распространения параметров договорной связи из поклажи на отношения, связанные с выручкой, полученной за вещь, проданную наследником, не осведомленным о том, что она чужая. Категория умысла признается вполне применимой и к выручке: раз наследник, уже узнав, что проданная им вещь была сдана наследодателю на хранение, противится тому, чтобы выдать выручку поклажедателю, – в его действиях усматривается умысел, что позволяет подвести его под иск из поклажи.

Предметом поклажи может быть только вещь, сданная на хранение. Умышленная утрата вещи порождает ответственность, так что даже в отсутствие самой вещи обязательственное отношение сохраняется. В данном случае вещь утрачена вполне невинно, так что связь между сторонами договора должна прекратиться. Чтобы применить к выручке режим поклажи, следует признать, что при продаже вещь конвертировалась в цену. Такой операции, очевидно, препятствует именно то, что отчуждение вещи совершалось без всякого умысла и за это деяние должник явно не отвечает. Вещь утрачена прежде, чем выручка была получена, и вообще не в связи с выручкой. Когда встал вопрос о возможной ответственности наследника, вещи у него не было, но в ходе рассмотрения дела выяснилось, что он получил за вещь цену. Выдача цены вместо вещи возможна, только если установлена ответственность должника, – как сумма присуждения по делу. Хранитель не допускал умысла и должен быть оправдан. Юрист же рассматривает отказ выдать цену именно для установления умысла и тем самым – как нарушение договора поклажи, несмотря на то что вещь утрачена невинным образом. Он одновременно соблюдает условие, установленное формулой иска,

его собственного деликта, то я не подаю иск в доле, т.к. оценка тяжести относится к умыслу, который сам наследник допустил по делу в целом...

D. 16.3.10 (Iul., 2 ex Minic.):

nec adversus coheredes eius, qui dolo carent, depositi actio competit.

и против его сонаследников, свободных от умысла, нет иска из поклажи.

и отказывается соблюдать его, перенося требование отсутствия умысла с принятой на хранение вещи на вырученную за нее цену.

Добросовестность, управляющая договором, позволяет произвести такую конверсию потому, что она совершенно несовместима с умыслом. Если умысел можно усмотреть в отказе выдать выручку – действия должника влекут ответственность, и тот факт, что первичное исполнение – возврат вещи – уже невозможно, не останавливает юриста перед тем, чтобы продолжить обсуждение уже в порядке ответственности. Здесь выбытие вещи без умысла со стороны должника игнорируется, раз к нему поступила выручка, что и позволяет продолжить обсуждение дела. Фактическое переводится в план формального, поскольку квалифицируются уже не действия должника с вещью, а его конформность требованиям права вообще, в данном случае – минимальным требованиям отсутствия умысла. Квалифицируя отказ выдать вырученную за вещь цену как умысел, юрист не просто придерживается текста формулы иска, он воспринимает это требование в материальном ключе – как соответствие формальному минимуму участия в гражданском общезжитии, что и позволяет усмотреть здесь ответственность наследника по договору поклада.

Собственно, выдача выручки выходит за рамки обязательства по договору хранения, если выручка получена неумышленно. При механической трактовке умысла как предела ответственности юрист должен был бы освободить должника, но он отказывается от механического приложения нормативной схемы к данному делу, выдвигая отсутствие умысла как общее требование к участию в гражданском взаимодействии. Тем самым должник возвращается в сферу действия договора, который ограничивается таким предельным в своей узости порогом ответственности, настолько низким стандартом должного поведения, что выйти за рамки этой формы представляется совершенно невозможным. Нарушить столь низкий стандарт, столь слабое (и потому всеобщее) требование – значит вообще презреть все рамки допустимого в гражданском праве. Следуя этой логике, юрист развивает содержательную сторону обсуждаемого обязательства: на пути приложения формального требования и в ходе логического развертывания этой формальной стороны отношения выясняется, что обязательство хранителя может переходить с вещи на выручку и такое преобразование составляет естественное следствие действия правовой формы.

Здесь казус выступает как тест, раскрывающий скрытое содержание нормы, и раскрывающий его именно при системном, нормативном подходе к анализу конкретного дела. В рамках научного (системного) метода казуистика оборачивается действенным инструментом познания права и справедливости – *boni et aequi notitia* (Ulp., 1 inst. D. 1.1.1.1). Здесь видится возможность примирения казуистики и догматики. Применительно к деятельности Цельса отмечалось, что для него норма – это модель для решения казуса, а не абстрактное и абсолютное должное¹. *Ars boni et aequi* – мастерство добра и справедливости, как точное выражение творческой деятельности юриста, в представлении классика одновременно выступает и определением права², пережившим века.

Список литературы:

1. *Albanese B.* 1970. *Definitio periculosa: un singolare caso di duplex interpretatio* // Studi in onore di Gioacchino Scaduto. T. III. Padova. 301–376.
2. *Approaches to Legal Rationality.* 2012 / Gabbay D., Canivez P., Rahman S., Thiercelin A. (eds.). Dordrecht; Heidelberg; London; New York.
3. *Babusieux U.* 2011. *Papinians Quaestiones. Zur rhetorischen Methode eines spätklassischen Juristen.* München.
4. *Behrends O.* 1976. *Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht des Q. Mucius Scaevola Pontifex.* Göttingen.
5. *Bona F.* 1987. *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-repubblicana* // *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana* (Atti del Convegno di Pavia, 26–27 aprile 1985). Padova. 101–148.
6. *Bretone M.* 1982. *Techniche ed ideologie dei giuristi romani.* 2 ed. Napoli.
7. *Brouwer R.* 2011. *On Law and Equity: the Stoic View* // ZSS. 128. 17–38.
8. *Brouwer R.* 2021. *Law and Philosophy in the Late Roman Republic.* Cambridge.
9. *Bund E.* 1965. *Untersuchungen zur Methode Julians.* Köln; Graz.
10. *Canaris C.-W.* 1983. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts.* 2. Aufl. Berlin.
11. *Cannata C.A.* 1982. *Profilo istituzionale del processo privato romano.* Vol. II: il processo formulare. Torino.
12. *Cerami P.* 1985. *La concezione celsina del 'ius'. Presupposti culturali e implicazioni metodologiche* // AUPA. 38. 5–250.
13. *Cerami P.* 1995. *Ricerche romanistiche e prospettive storico-comparatistiche* // AUPA. 43. 203–462.

¹ См.: *Cerami* 1985. 116 sq.

² См.: *Дождев* 2016. 61–73 (= *Дождев* 2021. Т. 1. 27–37).

14. *Diederichsen U.* 1966. Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz // NJW. 697–705.
15. *Esser J.* 1990. Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre [1956]. 4. Aufl. Tübingen.
16. *Ferrini C.* 1886. Sesto Pedio // RISG. I. 34–46.
17. *Fikentscher W.* 1977. Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung. Bd. 4: Dogmatischer Teil: Anhang. Tübingen.
18. *Fildhaut K.* 2004. Die libri disputationum des Claudius Tryphoninus. Eine spätclassische Juristenschrift. Berlin.
19. *Fraenkel E.* 1957. Some Notes on Cicero's Letters to Trebatius // JRS. 47. 66–70.
20. *Gallo F.* 1994. Alle origini dell'analogia // Diritto e processo nella esperienza romana. Atti del seminario torinese (4–5 dicembre 1991) in memoria di Giuseppe Provera. Napoli. 39–86.
21. *Gallo F.* 1999. Opuscula selecta / Bona F., Miglietta M. (a cura di). Padova. 895–931.
22. *Genzmer E.* 1934. Die justinianische Kodifikation und die Glossatoren // Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano. Vol. I. Pavia. 347–430.
23. *Giachi Cr.* 2005. Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'editto. Milano.
24. *Harke J.D.* 2012. Argumenta Iuventiana – Argumenta Salviana. Entscheidungsbegründungen bei Celsus und Julian. Berlin.
25. *Harke J.D.* 2014. Argumenta Pomponiana. Berlin.
26. *Harke J.D.* 2015. Juristenmethode in Rom // Europäische Methodenlehre: Handbuch für Ausbildung und Praxis / Riesenhuber K. (Hrsg.). Berlin; München; Boston.
27. *Hausmaninger H.* 1968a. Celsus und die regula Catoniana // TR. 36. 469–488.
28. *Hausmaninger H.* 1968b. Uwe Wesel, Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen // ZSS. 85. 469–477.
29. *Horak F.* 1969. Rationes decidendi. Aalen.
30. *Horak F.* 1978. Okko Behrends, Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht des Q. Mucius Scaevola pontifex. Aldo Schiavone, Nascita della giurisprudenza. Cultura aristocratica e pensiero giuridico nella Roma tardorepubblicana // ZSS. 95. 402–421.
31. *Jörs P.* 1888. Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik. T. 1: Bis auf die Catonen. Berlin.
32. *Karlowa O.* 1885. Römische Rechtsgeschichte. Bd. 1. Leipzig.
33. *Kaser M.* 1962. Zur Methode der römischen Rechtsfindung // Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen. Philologisch-historische Klasse. Göttingen.
34. *Kleiter T.* 2010. Entscheidungskorrekturen mit unbestimmter Wertung durch die klassische Römische Jurisprudenz. München.

35. Knütel R. 2005. Zur Rechtsfindung der Römer // Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze / Söllner A. u.a. (Hrsg.). München. 475–499.
36. Krampe Chr. 1970. Proculi Epistulae. Eine frühklassische Juristenschrift. Karlsruhe.
37. Kranjc J. 2005. *In ius* und *in factum* konzipierte Klageformeln bei der Leihe und bei der Verwahrung // Usus Antiquus Juris Romani. Antikes Recht in lebenspraktischer Anwendung / Ernst W., Jakab E. (Hrsg.). 127–161.
38. Kriele M. 1965. Offene und verdeckte Urteilsgründe. Zum Verhältnis von Philosophie und Jurisprudenz heute // Collegium Philosophicum. Festschrift J. Ritter zum 60 Geburtstag / Böckenförde E.-W. u.a. (Hrsg.). Basel. 99–117.
39. Krüger P. 1912. Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts. 2 Aufl. Leipzig.
40. Kunkel W. 1967. Die Römischen Juristen, Herkunft und soziale Stellung. Weimar.
41. La Pira G. 1935. La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. Il metodo // SDHI. 1. 319–348.
42. La Pira G. 1936–37. La genesi del sistema nella giurisprudenza. Il concetto di scienza e gli strumenti della costruzione scientifica // BIDR. 44. 131–159.
43. La Pira G. 1938. La personalità scientifica di Sesto Pedio // BIDR. 45. 293–334.
44. Leesen T.G. 2010. Gaius Meets Cicero. Law and Rhetoric in the School Controversies. Leiden; Boston.
45. Lehne Chr. 2014. Die Stellung der Juristen im Formularverfahren // ZSS. 131. 216–312.
46. Lenel O. 1927. Das edictum perpetuum. 3 Aufl. Leipzig.
47. Letwin S.R. 2009. On the History of the Idea of Law. Cambridge.
48. Mantello A. 2009. L'analisi nei giuristi tardo repubblicani e augustei. Implicazioni dialettico-retoriche e impieghi tecnici // Studi in onore di Remo Martini. Vol. 2. Milano. 605–672.
49. Maschi C.A. 1972. Una celebre antinomia in tema di deposito: D 16, 3, 21 – D 16, 3, 1, 18 e la parziale sopravvivenza dell'*actio in factum* // Studi in onore di Gaetano Scherillo. Vol. 2. Milano.
50. Maschi C.A. 1973. La categoria dei contratti reali. Milano.
51. McLeod I. 2013. Legal Method. 9th ed. London; New York.
52. Meyer Chr. H. F. 2000. Die Distinktionstechnik in der Kanonistik des 12. Jahrhunderts: ein Beitrag zur Wissenschaftsgeschichte des Hochmittelalters. Leuven.
53. Nörr D. 1972a. Divisio und partitio. Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Wissenschaftstheorie. Berlin.
54. Nörr D. 1972b. Spruchregel und Generalisierung // ZSS. 89. 18–93.
55. Nörr D. 1978. Zum Traditionalismus der römischen Juristen // Festschrift für W. Flume zum 70. Geburtstag. Bd. I. 153–190.

56. *Nörr D.* 2005. *Römisches Recht: Geschichte und Geschichten. Der Fall Arescusa et alii* (Dig. 19.1.43 sq.). München.
57. *Nörr D.* 2009. *Exempla nihil per se valent*. Bemerkungen zu Paul. 15 quaest. D. 46,3,98,8; 72 ad ed. D. 45,1,83,5 // ZSS. 126. 1–54.
58. *Nörr D.* 2012. *Schriften 2001–2010* / Chiusi T.J., Spengler H.-D., Paricio J. (éd.). Madrid.
59. *Roth H.J.* 1999. *Alfeni Digesta*. Berlin.
60. *Santucci G.* 2008. *Utilitas contrahentium*. Note minime su una regula che ‘cacciata dalla porta rientrò dalla finestra’ // *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*. 3 / Fiori R. (a cura di). Napoli.
61. *Scarano Ussani V.* 1987. *L’Utilità e la certezza*. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano. Milano.
62. *Schanz M., Boysen K.* 1884. *Die Analogisten und Anomalisten in römisches Recht* // *Filologus*. 42.2. 309–318.
63. *Schiavone A.* 1976. *Nascita della giurisprudenza*. Cultura aristocratica e pensiero giuridico nella Roma tardo-repubblicana. Roma; Bari.
64. *Schiavone A.* 1987. *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*. Il secolo della rivoluzione scientifica nel pensiero giuridico antico. Bari.
65. *Schiavone A.* 2017. ‘Ius’. *L’invenzione del diritto in Occidente*. Torino.
66. *Schiavone A.* 2018. *Astrarre, distinguere, regolare*. Forme giuridiche e ordine teologico // *Quintus Mucius Scaevola. Scriptores iuris Romani*. Issue 2. Roma. 29–59.
67. *Schiller A.A.* 1978. *Roman Law: Mechanisms of Development*. Hague; Paris; New York.
68. *Schmidlin B.* 1970. *Die römischen Rechtsregeln*. Versuch einer Typologie. Köln; Wien.
69. *Schmidlin B.* 1976. *Horoï, pithana und regulae*. Zum Einfluß der Rhetorik und Dialektik auf die juristische Regelbildung // *ANRW*. II.15. 101–130.
70. *Schmidlin B.* 1980. *Der verfahrensrechtliche Sinn des ex fide bona im Formularprozeß* // *De iustitia et iure*. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag. Berlin. 359–371.
71. *Schulz F.* 1936. *Principles of Roman Law*. Oxford.
72. *Schulz F.* 1946. *History of Roman Legal Science*. Oxford.
73. *Schulz F.* 1953. *History of Roman Legal Science*. 2 ed. Oxford.
74. *Schulz F.* 1961. *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*. Weimar: Böhlau.
75. *Seckel E.* 1926. *Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*. 9 Aufl. Jena.
76. *Stein P.* 1966. *Regulae iuris*. From juristic rules to legal maxims. Edinburgh.
77. *Stein P.* 1971. *The Relations Between Grammar and Law in the Early Principate: The Beginnings of Analogy* // *Atti Del II Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto*. Florence. 757–769.

78. *Stein P.* 1995. Interpretation and Legal Reasoning in Roman Law // Chicago-Kent Law Review. 70. 1539–1556.
79. *Stein P.* 2007. The Roman Jurists' Conception of Law // The Jurists' Philosophy of Law from Rome to the Seventeenth Century / Padovani A., Stein P.G. (eds.). Dordrecht. 1–30.
80. *Stolte B.H.* 2005. Trebatius in Palimpsest: Notes on Cicero ad Familiares VII,18 // Ex iusta causa traditum. Essays in honour of Eric H. Pool. Fundamina / Bergh R. van den (ed.). 316–320.
81. *Stroux J.* 1926. Summum ius, summa iniuria. Leipzig.
82. *Stroux J.* 1934. Griechische Einflüsse auf die Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft gegen Ende der republikanischen Zeit // Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano. Vol. I. Pavia. 111–132.
83. *Stroux J.* 1949. Rechtswissenschaft und Rhetorik. Potsdam.
84. Studies in the Glossators of the Roman Law: Newly Discovered Writings of the twelfth century / Kantorowicz H., Buckland W.W. (eds.). Cambridge. 1938.
85. *Talamanca M.* 1977. Lo schema "genus-species" nelle sistematiche dei giuristi romani // La filosofia greca e il diritto romano. T. II. Roma. 3–319.
86. *Talamanca M.* 1987. Trebazio Testa fra retorica e diritto // Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana. Atti di un Seminario (Firenze, 27–28 maggio 1983) / Archi G.G. (a cura di). Milano. 29–204.
87. *Vacca L.* 2006. Metodo casistico e sistema prudenziale. Padova.
88. *Vacca L.* 2007. L'interpretazione analogica nella giurisprudenza classica // Fides – Humanitas – Ius. Studi in onore di Luigi Labruna / Cascione C. (a cura di). Napoli. 5727–5746.
89. *Viehweg T.* 1953. Topik und Jurisprudenz. München.
90. *Wesel U.* 1967. Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen. Köln; Berlin; Bonn; München.
91. *Wieacker F.* 1961. Vom römischem Recht. Zehn Versuche. 2 Aufl. Stuttgart.
92. *Wieacker F.* 1969. Augustus und die Juristen seiner Zeit // TR. 37. 331–349.
93. *Wieacker F.* 1976. Zur Rolle des Arguments in der römischen Jurisprudenz // Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag / Medicus D.; Seiler H.H. (Hrsg.). München.
94. *Wieacker F.* 1988. Römische Rechtsgeschichte. Erster Abschnitt: Einleitung, Quellenkunde, Frühzeit und Republik. München.
95. *Winkel L.* 1996. The Role of General Principles in Roman Law // Fundamina. 2/3. 103–120.
96. *Алексеев С.С.* 1966. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. М.
97. *Дождев Д.В.* 2000. Добросовестность (bona fides) как правовой принцип // Политико-правовые ценности: история и современность. М. 96–128.

98. *Дождев Д.В.* 2008. Римское частное право. 3-е изд. М.
99. *Дождев Д.В.* 2016. *Ars boni et aequi* в определении Цельса: право между искусством и наукой // Труды Института государства и права Российской академии наук. 4 (56). 61–73.
100. *Дождев Д.В.* 2020. Система «Институций» // Институции Гая. *Gaii Institutionum commentarii quattuor*: текст, пер. с лат., коммент. / под общ. ред. Д.В. Дождева. М.
101. *Дождев Д.В.* 2021. Европейская традиция частного права: исследования по римскому и сравнительному праву: в 2 т. М.
102. *Савиньи Ф.К. фон.* 2011. О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции // Савиньи Ф.К. фон. Система современного римского права. Т. 1 / пер. с нем. Г. Жигулина; под ред. О. Кутеладзе, В. Зубаря. М.