

# СТАТЬИ

УДК 34.01

## Lex privata и lex publica: частная автономия и объективная нормативность

Д. В. Дождев

**Для цитирования:** Дождев Д. В. Lex privata и lex publica: частная автономия и объективная нормативность // Правоведение. 2024. Т. 68, № 4. С. 444–481.  
<https://doi.org/10.21638/spbu25.2024.401>

Феномен «частного законодательства» (lex privata) принято обсуждать как исторически обусловленное явление, представляя зарождающееся политическое единство (res publica) антиподом частной автономии. Такая трактовка опровергается публичным признанием и подтверждением актов частного законодательства в законах XII таблиц: ita ius esto (5, 3; 6, 1 и 8, 27). Частная сфера оказывается содержанием публичной, находя в ней не ограничение, а признание и нормативное определение, без которого частный акт не получает необходимый момент всеобщего, наделяющий его правовым измерением. Обсуждаются проявления *частного закона* в римском праве: leges mancipi, testamentum, legatum, lex contractus. Оговорки при манципации получают признание и юридическую силу в законе XII таблиц (6, 1). Прослеживается вещно-правовое действие leges mancipi, которое определяется эффектом манципации, а также их последующее замещение оговорками при купле (leges venditionis). Критикуется понимание оговорок при манципации как создания правового режима вещи (lex fundi, lex aedii, lex praedii) автономным усмотрением частного лица и поддерживается их квалификация в качестве акта установления сервитута или иного вещного обременения. Римские юристы обсуждали и вопрос конкуренции частного усмотрения и публичного порядка, специфического интереса и общей нормы. Прослеживается соотношение частной воли и публичного регулирования в отношении устава коллегии и реконструируется норма XII таблиц 8, 27. Обращение к завещательным распоряжениям показывает, что римское право усматривало в публичном законе основание их юридической силы. Анализируются различные контексты максимы «частные соглашения и акты распоряжения не могут менять публичный порядок» и делается вывод о семантике ius publicum в этом противопоставлении. Отмечается осознание римской правовой культурой значения нормативного контекста и матрицы нормативных определений для действительности и действенности (Gültigkeit und Wirklichkeit) частного волеизъявления. Соглашения, осуществляющие диспозитивное регулирование (pacta, leges, condiciones), интегрированы в нормативные определения частной сферы (forma

---

Дождев Дмитрий Вадимович — д-р юрид. наук, проф., Исследовательский центр частного права им. С. С. Алексеева при Президенте Российской Федерации, Российская Федерация, 103132, Москва, ул. Ильинка, 8/2; <https://orcid.org/0000-0002-0001-5259>, [info@privlaw.ru](mailto:info@privlaw.ru)

© Санкт-Петербургский государственный университет, 2024

ius, natura contractus) и наделяют идею публичного права (ius publicum) значением нормы общего действия. Проанализированные материалы не подтверждают зависимость частной автономии от публичного источника: допущения частного усмотрения со стороны публичной власти не происходит, напротив, частные акты и сделки составляют содержание правовой системы. Установление вещного обременения, завещание, устав коллегии и обязательство находят основание и признание в публичном законе (lex publica) — правопорядке, объединяющем общество.

*Ключевые слова:* частная автономия, право публичное, право частное, соглашение, lex privata, lex mancipi, lex contractus, pactum, forma iuris, natura contractus.

## **Введение. Lus publicum — ius privatum, lex publica — lex privata**

1. Римские юристы не выделяли обособленные сферы публичного и частного права: для них речь шла о различных авторитетах, управляющих правовыми явлениями, различных источниках юридической силы того или иного акта, различных подходах к анализу и оценке правоотношения. В знаменитых словах Ульпиана, определяющих ius publicum и ius privatum, говорится именно о различных подходах — позициях (positiones) в изучении права.

D. 1, 1, 1, 2 (Ulp., 1 inst.):

Существует две позиции этого изучения — частное и публичное. Публичное право — это то, которое относится к положению дел римского государства, частное — которое относится к пользе отдельных лиц: ведь некоторые вещи полезны в публичном отношении, некоторые — в частном. Публичное право заключается в священнодействиях, жрецах, в магистратах. Частное право трехчастное: ведь оно составлено из положений естественных, всеобщих и цивильных<sup>1</sup>.

Отметим многоаспектность каждого подхода, которую не стоит принимать за многосоставность. Если видеть в членениях каждой позиции множество составных частей, то и обсуждаемые явления предстают обособленными сферами, на которые распадается право римского народа. В действительности естественное, всеобщее и цивильное право не образуют отдельные группы норм и институтов, это различные измерения права как единого явления. Сходным образом различение священнодействий и магистратов отражает отдельные темы юридических сочинений по публичному праву<sup>2</sup>, но никак не композицию публичного права как отдельной суперотрасли, разделенной на отрасли<sup>3</sup>. Положения (praescripta), исходящие из естественных (ius naturale), всеобщих (ius gentium), цивильных (ius civile) начал, могут прилагаться к одним и тем же правовым явлениям, не обязательно формируя обособленные разделы или выступая основанием противопоставления феноменов по нормативному действию.

<sup>1</sup> Здесь и далее перевод в тексте мой. (Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.)

<sup>2</sup> См., напр., у Шульца: *Schulz F. Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*. Weimar: Böhlau, 1961. S. 41, 43, 97, 99, 106.

<sup>3</sup> Есть основания сомневаться в подлинности этих строк текста, прежде всего слов о «жрецах/священниках», которые в христианскую эпоху (VI в.), когда составлялся первый титул Дигест Юстиниана, несли в себе смысл, совершенно отличный от античного. Сомнения высказывает уже Донелл: *Donellus H. Commentarii de iure civili*. Roma: Typis Iosephi Salviucci, 1829. Vol. II. Cap. III. § 3. — Добавим к этому status rei Romanae как определение публичного права (см.: *Gallo F. Diritto e giustizia nel titolo primo del Digesto // SDHI*. No. 54. 1988. P. 1–36 (= *Opuscula selecta / a cura di F. Bona e M. Miglietta*. Padova: CEDAM, 1999. P. 613)).

Цицерон (Cic., de off., 3, 17, 69) приводит слова veteres (юристов прошлого), согласно которым ius civile должно быть одновременно ius gentium, что заявляет требование к праву римской городской общины непременно претендовать на всеобщее значение и отвечать требованиям и ожиданиям права, известного всем цивилизованным народам. Такой подход был бы невозможен при понимании ius civile и ius gentium как отдельных нормативных систем с обособленной областью действия<sup>4</sup>.

В науке давно утвердилось толкование различия ius privatum и ius publicum как разных источников авторитета и юридической силы нормы, а также как способ указать на специфику нормативных актов, характерных для различных правовых следствий<sup>5</sup>. Если публичный закон (lex publica) как законодательный акт, принятый всем римским народом и распространяющий свое действие на весь римский народ<sup>6</sup>, выражает и формирует ius publicum — право римского народа (publicus < populus), «публичное право», то характерный для частного права lex privata — «частный закон», волеизъявление отдельного лица, ограничено частным действием и, можно сказать, принадлежит частному по своим задачам праву, праву частных лиц (ius singulorum, privatorum, ius privatum)<sup>7</sup>. Взятый в совокупности своих интересов как отдельный индивид, римлянин будет частным лицом (singulus, privatum), но он же — с точки зрения интересов римского народа — будет выступать лицом публичным как участник отношений, затрагивающих общество в целом — ius publicum.

В эту картину хорошо вписываются многочисленные свидетельства, которые ставят в один ряд с публичными источниками права различные формы частного волеизъявления<sup>8</sup>.

Cic., part. or., 37, 130:

...свойственны законам и те, что писаны, и те, что без записи соблюдаются или по всеобщему праву (gentium iure), или по заветам предков. Из тех же, что писаны, одно — частное, публичное — другое; публичное: закон, постановление сената, международный договор; частное: таблички завещания, неформальное соглашение (pactum conventum), стипуляция. Те же, что неписанные, соблюдаются или по обычаю, или соглашениями людей (conventis hominum), будто по договору (consensu).

2. Такую настойчивость наших источников нельзя свести к необдуманности свойственного адвокатам взгляда на формы позитивного права как на авторитетные доказательства, что легко уравнивает их по значению с судебными

<sup>4</sup> Kaser M. Ius gentium Köln; Weimar; Wien: Böhlau, 1993. S. 41; Дождев Д. В. Европейская традиция частного права: исследования по римскому и сравнительному праву: в 2 т. Т. 1. М., 2021. С. 106 сл.

<sup>5</sup> Kunkel W. Römisches Privatrecht auf Grund des Werkes von Paul Jörs. Berlin; Göttingen; Heidelberg: Springer, 1949. S. 55–56 (далее цитируется так: Kunkel W. RPR); Kaser M. Der Privatrechtsakt in der römischen Rechtsquellenlehre // Festschrift Franz Wieacker zu 70. Geburtstag / Hrsg. O. Behrends et al. Göttingen Vandenhoeck & Ruprecht, 1978. S. 109.

<sup>6</sup> Gai., 1, 4: Lex est quod populus iussit atque constituit («Закон — это то, что народ повелел и постановил»).

<sup>7</sup> См.: Дождев Д. В. Римское частное право. М.: Норма; Инфра-М, 1996. С. 1; 3-е изд. М.: Норма, 2011. С. 11.

<sup>8</sup> Lévy J. Ph. Cicéron et la preuve judiciaire // Mélanges H. Lévy-Bruhl. Paris: Sirey, 1959. P. 190 nt. 1 (Cic., part. or., 2, 6: in quo (scil. testimoniis humanis) insunt scripta, pacta, promissa, iurata, quaesita («среди которых [свидетельств] присутствуют записи, соглашения, обещания, клятвы, жалобы»); 2, 7: scripta, pacta, promissa, leges, senatusconsulta («записи, соглашения, обещания, законы, сенатские постановления»); Ad Herenn., 2, 2, 2: argumentationes, ἐπιχειρήματα («доказательства, умозаключения»); Top., 13, 55: ἐνθυμήματα («советы»). Традиция восходит к Аристотелю: Arist. Rhet., 1, 15, 1375a; 1376b: νόμοι, συνθήκη («законы», «договор»)).

решениями и другими актами, которые не имеют общего действия. Ограниченные по сфере действия, но все же обладающие юридической силой представленные формы публичного (как *iudicatum*) и частного (*testamentum*, *stipulatio*, *pactum*) происхождения воспринимаются современниками как элементы единого нормативного поля<sup>9</sup>, как акты, формирующие и составляющие нормативную систему римского общества. Такие сделки, как усыновление, завещание, совершались в тех же народных собраниях по куриям (куриатных комициях), которые принимали публичные законы, *leges publicae*<sup>10</sup>.

Акт отдельного домовладыки именуется *lex* и учитывается судом как источник права. Закон XII таблиц (6, 1) провозглашает:

...uti lingua nuncupassit, ita ius esto.

...как торжественно заявит, так пусть и будет правом<sup>11</sup>.

Ему вторит другой (XII tab., 5, 3):

Uti legassit suae rei, ita ius esto.

Как [кто] постановит о своих вещах, так пусть и будет правом.

Позднейшая ситуативная трактовка этих норм (первую относят к заявлению при манципационном ритуале<sup>12</sup>, вторую — к сингулярным завещательным распоряжениям<sup>13</sup>) не может отменить того факта, что обобщающая санкция *ita ius esto* относится к частным актам вообще — *leges privatae*. *Legare* — это *lex dare* (и позднейший термин «легат»<sup>14</sup>, *legatum* < *legare*, восходит к этой норме древ-

<sup>9</sup> Végh Z. Ex pacto ius // ZSS. 110. 1993. S. 184 sq.

<sup>10</sup> См., напр.: Францози Дж. Институционный курс римского права. М.: «Статут», 2004. С. 26. — М. Казер прямо называет усыновление и завещание «законами» (*Privatakt als Gesetz*): Kaser M. Das römische Privatrecht. Bd. I. München: Beck, 1971. S. 66; 105 (далее цитируется так: Kaser M. RPR).

<sup>11</sup> См. также: Fest., s. v. *nuncupata pecunia* (L. p. 176): *Uti nominarit, locutus erit, ita ius esto* («как назовет, произнесет, так пусть и будет правом»).

<sup>12</sup> Закон (который мы подробнее еще обсудим ниже, п. 5) полностью звучит так: *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*, — относя действительность заявления в контекст *nexum* и *mancipium* («Когда совершает манципационный ритуал...»); при этом единое по смыслу выражение *nexum mancipiumque* (гендиадис) здесь разорвано глаголом *faciet*, что стимулирует ситуативное прочтение: «При установлении обязательства или отчуждении посредством меди и весов...», ориентированное на различие *nexum* и *mancipium* как актов с обязательственным и вещным действием соответственно. Такое противопоставление имеет засвидетельствованное авторство (Кв. Муций Сцевола — *Vargo, de I. l. 5, 107*), и оно слишком позднего происхождения, чтобы оказать влияние на текстовую традицию нормы XII таблиц. Указание на ритуал с медью и весами через гендиадис (который также несет в себе идею перечисления проявлений, когда общее понятие еще не сложилось) говорит о вторичности этой редакции: в первоначальном виде закон, скорее всего, говорил просто: *Cum nexum faciet...* прибегая к единому древнему наименованию ритуала. Цицерон и Элий Галл засвидетельствовали обобщающее значение *nexum*, независимо от его функции (*Cic., de orat., 3, 40, 159: nexum quod per libram agitur; Fest., s. v. nexum (L. p. 160): Nexum est, ut ait Aelius Gallus, quodcumque per aes et libram geritur...* — См. ниже, прим. 124). Вопрос о соединении в редакции закона двух терминов решается по-разному (см.: *Lenel O. Das Nexum // ZSS. 23. 1902. S. 84 sq; 87; Giuffredi C. Su XII tab. VI, 1 // SDHI. 27, 1961. P. 347 sq; Albanese B. Brevi studi di diritto romano. IV. Cum nexum faciet mancipiumque // AUPA. 42. 1992. P. 56 sq; 59*).

<sup>13</sup> До нас дошла и позднейшая редакция закона (видимо, IV в. до н. э.), в которой на место обобщающего объекта распоряжения «свои вещи» (*suae res*), близкого к идее имущества (*bona*), поставлено перечисление, фрагментирующее единое понятие (Ulp., *Reg., 11, 14*): *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto* («как распорядится о своем имуществе или опеке над своими вещами»), что стимулирует зауженное толкование. Подробнее см.: *Albanese B. La successione ereditaria in diritto romano antico // AUPA. 20. 1949. P. 433 sq; Дождев Д. В. Римское архаическое наследственное право. М.: Наука, 1993. С. 125 сл.*

<sup>14</sup> *Schulz F. Classical Roman Law. Oxford: Clarendon, 1954. P. 310; Albanese B.: 1) La successione ereditaria in diritto romano antico. P. 438; 2) Gli atti negoziali nel diritto privato romano. Palermo: Palumbo, 1982. P. 46.*

нейшего римского кодекса), и норма, таким образом, имеет своим предметом частный закон, *lex privata*, установление частного лица, которое манифестирует и утверждает его автономию<sup>15</sup>. Оговорка при манципации, которая в дальнейшем именуется *lex mancipi*, в законе 6, 1 передана глагольной формой *nuncupare*, что определяет сближение *lex mancipi* с заявлением при манципации, *nuncupatio*, и ставит вопрос о том, какая из сторон сделки легитимирована на такой акт<sup>16</sup>, но круг обсуждаемых явлений не ограничивается известными ритуалами, в которых воплощаются частные волеизъявления, как *inter vivos*, так и *mortis causa*: это вся сфера правового общения частных лиц в контексте публичной (всеобщей) организации общества.

Повышенное внимание к особенностям архаической ментальности, сфере мифа и ритуала в конце XIX — начале XX в. особенно сильно проявилось во Франции, где юристы выступали как глубокие специалисты по истории языка и культуры<sup>17</sup>, а социологи и антропологи все смелее обращались к юридическим материалам. Ученик Поля Коллинэ и Габриэля Ле Бра, румынский филолог-классик Валентин Георгеску в 1932 г. выступил с «Генеральной теорией *lex privata*»<sup>18</sup>, усматривая единый источник юридической силы в торжественных (вербальных и формальных) односторонних заявлениях, где воля подменяется формой<sup>19</sup>, и отождествляя *leges mancipii* с *nuncupationes*<sup>20</sup>. Ритуальный контекст и фиксация вербальной формулы (*certa verba*) как отличительные характеристики *lex* находят подтверждение в источниках<sup>21</sup>, однако помимо того, что существуют серьезные сомнения в обоснованности такой генерализации, искомым источником юридической силы частного заявления (*lex*), как и его объем и значение<sup>22</sup>, остался невыясненным.

<sup>15</sup> Распространена квалификация закона 5, 3 как «манифеста частной автономии» (*Coli U. Il testamento nella Legge delle XII Tavole // Iura. 7. 1956. P. 42*). Иеринг говорит о неограниченном пространстве (*unbeschränkten Spielraum*) автономии частных лиц применительно к закону 6, 1 (*Jhering R., von. Geist der römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Bd. II. T. 2. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1873. S. 545*).

<sup>16</sup> Распространенное в науке утверждение, что *nuncupatio* может заявлять только приобретатель (*mancipio accipiens*), наталкивается на указание Гая, что при манципационном завещании именно заявление отчуждателя (*mancipio dans*) именуется *nuncupatio* (*Gai., 2, 104 et hoc dicitur nuncupatio*). Мы рассмотрим эту сделку ниже.

<sup>17</sup> Наиболее громкие имена: Поль Ювелен (*Paul Huvélin*), Жорж Корниль (*Georges Cornil*), Поль Коллинэ (*Paul Collinet*), Раймон Монье (*Raimon Monier*), Габриэль Ле Бра (*Gabriel Le Bras*), Анри Леви-Брюль (*Henri Lévy-Bruhl*), Жан Эмбер (*Jean Imbert*).

<sup>18</sup> *Georgesco V. Essai d'une théorie générale des "leges privatae"*. Paris: Rousseau & Cie Editeurs, 1932.

<sup>19</sup> *Ibid.* P. 138 sq; 205 sq.

<sup>20</sup> В годы войны последовала другая обширная публикация автора: *Georgesco V. Leges mancipii, lex privata, lex contractus // Rev. Clas. 3–5. 1941–1943*.

<sup>21</sup> Так, древние юристы, обосновывая причисление ритуала захвата залога к торжественным искам (действиям) — *legis actiones* (*Gai., 4, 29*), опирались на значение заявления в фиксированных словах (*lege agere = certa verba agere*). См.: *Nicosia G. Agere lege // Poteri, negotia, actiones. Atti del Convegno internazionale di diritto romano. Copanello 1982 / a cura di F. Milazzo. Napoli: Edizioni scientifiche, 1984. P. 236 sq.*

<sup>22</sup> Сам В. Георгеску допускал и акцессорное значение торжественных заявлений, дополнительное к актам переноса права или договорам: *Georgesco V. Essai d'une théorie générale des "leges privatae"*. P. 56.

## § 1. Проблема согласования частной автономии с единством публично-правовой организации

3. В дальнейшем наметились две линии изучения *lex privata*: как исторического пережитка догосударственной фазы и как ограниченного по действию управомочения со стороны публичной власти.

Ф. Виакер<sup>23</sup> сближает автономию частного волеизъявления с первичной политической независимостью семейных и родовых союзов: способность устанавливать (*erzeugen*) право (*ius privatum*) трактуется как переживание догородской эпохи<sup>24</sup>. Представляется, что такая историческая интерпретация феномена оставляет исследователя перед проблемой согласования политического единства римской *civitas* и практикой частно-правового законодательства (*Festsetzung*), формирующей частную сферу. Эта задача не решается ссылкой на подавление сингулярности частной автономии запретом привилегий (*privilegium* от *privae leges*) по закону XII таблиц: *Privilegia nec irroganto* (дословно: «Да не ставят на голосование народного собрания (*rogatio*) то, что является предметом частного законодательства»), общеримский закон отвергает исключения в пользу отдельных лиц (*Sonderrecht*).

Речь о том, чтобы *интегрировать легитимность частных установлений в контекст всеобщей нормативности, свойственной обретенной государственности* (новой политической реальности синойкизма прежде разрозненных поселений и утверждению гражданского общества, *civitas*), *согласовать ius privatum с ius publicum*. Трактовка частной автономии как ретроградного переживания, как присутствия институтов догородской эпохи в цивилизованном контексте *civitas* равносильна отказу от поиска согласования.

Сходным образом, объявить, как В. Флуме, частную автономию способностью к «самоустановлению правоотношения со стороны отдельного лица посредством его воли» (*Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen*)<sup>25</sup> — еще не значит решить стоящую перед нами задачу. *Провозглашение принципа самоопределения человека (Selbstbestimmung des Menschen) само по себе не предполагает понимания «самоопределения» как формы и фазы нормативного, автономии как элемента нормативной системы в целом, с одной стороны, и трактовки нормы и всей нормативной сферы как предпосылки и контекста утверждения и реализации индивидуальной воли, как необходимого условия и момента автономии (и авто-, и -номии)*. Напротив, постановка в рамках учения о частной автономии вопроса об управомочении (легитимации) на распоряжение (*Verfügunsmacht*) и его юридической силе (*Normsetzungsbefugnis*)<sup>26</sup> выдает позитивистский стиль обоснования и оправдания частной сферы как дозволения со стороны публичной. Уже А. Тон — подлинный отец теории субъективного

<sup>23</sup> *Wieacker F.* Vom römischem Recht. Stuttgart, Köhler, 1960. S. 48.

<sup>24</sup> Нельзя не увидеть здесь зависимость от теории П. Бонфанте (P. Bonfante), который усматривал в древней семье политический организм, сближая семью и ее устройство с государством и *civitas* (*Bonfante P.* *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana: 'Res mancipi; e 'res nec mancipi'* [1888–1889] // *Scritti giuridici vari*. Vol. 2. Torino: Giapicchelli, 1926. P. 1 sqq.; *Voci P.* *Esame della tesi del Bonfante sulla famiglia romana arcaica* [1952] // *Scritti in diritto romano*. Padova: CEDAM, 1985. P. 147 sqq.).

<sup>25</sup> *Flume W.* *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. Bd. 2: *Das Rechtsgeschäft*. 3 Aufl. Berlin; Heidelberg; New York: Springer-Verlag, 1979. S. 1; *Bucher E.* *Das subjective Recht als Normsetzungsbefugnis*. Tübingen: Mohr, 1965. S. 38 sq; 97 sq.

<sup>26</sup> *Flume W.* *Rechtsgeschäft und Privatautonomie* // *Festschr. Deutscher Juristentag*. 1. 1960. S. 135, 140, 142 sq.

права<sup>27</sup> — ставит акцент на правомочии располагать и распоряжаться правом, в отличие от содержания самого субъективного права<sup>28</sup>, что выступает для него ключевым отличием частного права от публичного, раз решение о пользовании правом и его защите относится к усмотрению самого управомоченного лица (а не публичной власти, включая суд). Однако такое правомочие (*Befugnis*), очевидно, само является производным от публичного права и публичной власти, что оставляет автора в логическом кругу.

В этом ключе современное учение о частной автономии, хотя и может рассматриваться как этап поиска нормативных оснований индивидуальной свободы, все же несет на себе печать абсолютизации публичной природы нормативности, свойственной телеологической теории Р. фон Иеринга. Ученик Г. Ф. Пухты, начавший с робких сомнений в учении исторической школы<sup>29</sup>, со временем пришел к выраженной оппозиции юриспруденции понятий, что, применительно к нашей проблематике, выразилось в признании креативного потенциала правового формализма и необходимости нормативного контекста для реализации индивидуальной автономии<sup>30</sup>, которая в развитую эпоху римского права («вторая система», по Иерингу) получает обширнейшую сферу действия<sup>31</sup>. Логика ритуала, который признается наследием архаической эпохи<sup>32</sup>, получает позитивно-правовое наполнение и трактуется как дополнительный фактор публичности и авторитета, поддерживающий юридическое действие частного волеизъявления<sup>33</sup>.

Подчеркивая договорный характер публичного закона<sup>34</sup>, Иеринг заметно выделялся на фоне большинства авторов второй половины XIX в., для которых *lex* был исключительно односторонним актом, а источник его юридической силы заключался во властном положении публичного законодательного органа. Частное волеизъявление, *lex privata*, также трактовалось как проявление власти волеизъявителя, что, несомненно, повлияло на становление понятия распоряжения (*Verfügung*), представление распорядительного акта как нормотворческого проявления частной автономии<sup>35</sup> и итоговую композицию юридической сделки в немецкой доктрине.

<sup>27</sup> См.: *Третьяков С. В.* Развитие учения о субъективном частном праве в зарубежной цивилистике: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2022. [Рукопись]. С. 274 сл.

<sup>28</sup> *Thon A.* Rechtsnorm und subjektives Recht. Weimar: H. Böhlau, 1878. S. 327 sqq.

<sup>29</sup> *Jhering R., von:* 1) *Die historische Schule der Juristen // Literarische Zeitung.* No. 11. 1844; 2) *Geist der römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung.* Bd. 1. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1852. — Русский перевод: *Иеринг Р.* Дух римского права на различных ступенях его развития. Т. 1. СПб.: Тип. В. Безобразова и комп., 1875. — Уже первый курс лекций приват-доцента Берлинского университета в 1843 г. носил название «Дух римского права». Большой зрелостью отличаются 2-й (1854–1858) и 3-й (1865) тома «Духа римского права».

<sup>30</sup> *Jhering R., von.* Geist. Bd. II, T. 2. S. 539–545.

<sup>31</sup> *Ibid.* S. 577 sq; 599 sq.

<sup>32</sup> *Ibid.* S. 531.

<sup>33</sup> Отсюда — представление об исключительно односторонней структуре *lex privata*, в наибольшей степени выраженное у А. Перниса, вступившего по этому вопросу в прямую полемику с Иерингом: *Pernice A.:* 1) *Parerga X // ZSS.* 22. 1901. S. 66; 2) *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit.* A. I. Halle: Buchhandlung des Waisenhauses, 1873 (rist. Aalen: Scientia, 1963). S. 473 sq. — Резонанс теории Иеринга в действительности намного сильнее. Сомнительны недавние выводы М. Райманна о малоизвестности «Духа римского права», которые принимают во внимание в основном литературу середины XX в.: *Reimann M.* Jhering's "Geist des römischen Rechts" as a Study of Ancient Social Order: A Comparative Perspective // *Iurium Itinera. Historische Rechtsvergleichung und vergleichende Rechtsgeschichte.* R. Zimmermann zum 70. Geburtstag / Hrsg. N. Jansen, S. Meier. Tübingen: Mohr Siebeck, 2022. S. 223 Fn. 9; S. 225 Fn. 20; 241.

<sup>34</sup> Уже в 1-м томе: *Jhering R., von.* Geist. Bd. I. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1873. S. 216 sq (*Иеринг Р.* Дух римского права. Т. 1. Киев, 1875. С. 185 сл.).

<sup>35</sup> *Савиньи Ф. К.* Система современного римского права. Т. 2. М.: Статут, 2012. С. 335 сл.; *Flume W.* Das Rechtsgeschäft. S. 5.

Представление о волеизъявлении как о частном нормативном акте в конце XIX в. вполне охватывается октроированным пониманием субъективного права как полномочия на совершение распорядительных актов в частной сфере<sup>36</sup>. При этом *lex* — и публичный, и частный — может трактоваться не только как приказ, распоряжение<sup>37</sup>, но и как обязательство, подчинение — всему римскому народу (*populus Romanus*) или отдельному частному лицу<sup>38</sup>. Акцент Иеринга на сделочном характере и двусторонней структуре *lex privata* в некоторой мере смягчает дозволенную трактовку, что сближает этот подход с естественно-правовым представлением о нормативности. Именно у Иеринга мы читаем такие слова:

Частное право покоится на мысли автономии особи — идее, что индивидуальное право не обязано своим существованием государству, но несет свое оправдание в самом себе. Частно-правовой принцип развился настолько, что насмехается над государственным принципом. Примирение отвлеченного субъективного своеволия с интересами общезжития и нравственностью лежало в *обычае*, в характере народа<sup>39</sup>.

Юридическая сила частного волеизъявления подается здесь как естественное следствие нормативного порядка (*ius civile*), интегрирующего общество (гражданское общество, *civitas*), как его принцип и способ существования, что согласуется с признанием значения публичного и социального контекста (в том числе и ритуального) такого волеизъявления, что отчасти снимает и волюнтаристский перекокс, искажающий природу индивидуальной воли. В то же время апелляция к обычаю как единственному незаконодательному источнику общеобязательного права<sup>40</sup> показывает, насколько автору непривычно включать «субъективное своеволие» в ряд элементов правопорядка и признавать его правовой характер.

## § 2. Теория исполнительной силы *lex privata*

4. Слова Иеринга возвращают нас к Цицерону, который возводит нормативное значение соглашения к обычаю (*consuetudo*), наряду со справедливостью и судебным прецедентом.

Cic., *de inv.*, 2, 22, 67–68:

Некоторые типы права (*genera iuris*) созданы определенным обычаем: какового рода соглашение (*pactum*), равенство (*par*), судебное решение (*iudicatum*). Соглашение же — это то, о чем кто-либо согласился друг с другом, и считается настолько правомерным, что говорят, что это исполняется по праву.

<sup>36</sup> См. критику дозволительного понимания диспозитивности и восприятия правовой системы как системы санкций: *Bucher E.* Für mehr Aktionendenken // *Ac P.* 186. 1986. S. 4 sq; 16 sq.

<sup>37</sup> *Coli U.* Il testamento. P. 52.

<sup>38</sup> *Cuq E.* *Lex* // *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines* Daremberg et Saglio. Vol. III. P. 2. Paris: Sirey, 1918. P. 1107.

<sup>39</sup> *Иеринг Р.* Дух римского права. С. 70. — Упоминание «характера народа» показывает, что идея «духа» римского права (*Geist*) у Иеринга восходит не к Мотескье, а к «народному духу» (*Volksgeist*), Густава Гуго и Савиньи.

<sup>40</sup> Комментируя проект ГГУ, П. Лабанд утверждал, что диспозитивные нормы получают свое содержание из обычного права (*Laband P.* Zum zweiten Buch des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 1 Abschnitt. Titel 1–3 // *Ac P.* 73. 1888. S. 164). Показательно, что Кельзен говорит о частной автономии (определяя ее как *sittlichen Selbstgesetzgebung* («авто-законодательство по обычаю»)) в рамках обсуждения позитивного характера обычного права (*Kelsen H.* Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze. Leipzig, Tübingen: Mohr, 1923. S. 34). Тенденция обосновывать диспозитивные нормы обычным правом может объясняться тем, что обычное право действует постольку, поскольку оно применяется, и таким образом получает силу в ходе и вследствие признания со стороны участников оборота (см.: *Orestano R.* I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica. Torino, 1967. P. 145).

Цицерон выделяет *genus iuris*, род права — определенный тип правовой формы, под который он подводит такие явления, как *actum*, *par*<sup>41</sup>, *iudicatum*. Последний пример — это прежнее судебное решение как основа для аналогии при квалификации данного дела<sup>42</sup>. Это, собственно, не прецедент и не источник права, но фактор воздействия на решение суда<sup>43</sup>. Сходным образом, принципы равенства и природы (как источника и объективности справедливости) также не имеют прямой обязательной силы, но выступают важными ориентирами для определения права. В этом ряду *actum* — это юридический факт, взятый не как источник обязательства, не как обязывающий стороны акт, но как то, с чем связывается правовая квалификация действия: как говорит сам философ — как то, что считается *iustum*, правомерным, и что выступает критерием правомерности действия (исполнения).

Явным преувеличением будет сказать, как М. Казер, что термин *ius* употребляется в объективном и субъективном смысле в недифференцированном семантическом единстве<sup>44</sup>, а *lex privata*, устанавливая норму для отдельного случая (*Normsetzung*), «действительно выступает одновременно и частно-правовым актом и законом» (*Privatrechtsakt und Gesetz zugleich*)<sup>45</sup>. Ученый выводит это заключение из непосредственной исполнительной силы (*abgeleiteten Exekutivkraft*) такого акта распоряжения: *lex rei suae dicta* (закон, заявленный в отношении собственной вещи) якобы позволял без обращения в суд добиваться исполнения легатов (мы помним, что *legatum* < *lex datum*)<sup>46</sup>, оговорок при манципации (*leges mancipi*) и кабальной манципационной сделки *nexum*.

Исполнительная сила предполагается для *nexum* — акта самозаклада в форме ритуала с медью и весами: должник подчинял себя праву кредитора на личную расправу (*Zugriffsgewalt*)<sup>47</sup>. Речь в действительности идет об исполнительном акте в форме наложения руки (*legis actio per manus iniunctionem*), последствия которого строго регламентированы законами XII таблиц, и хотя логично предполагать вторичный характер преторского контроля в форме *addictio*<sup>48</sup>, все же мы имеем дело, прежде всего, со спецификой древнего порядка защиты права, а не с особым юридическим действием ритуала и сопровождающего заявления (собственно, *lex*)<sup>49</sup>.

<sup>41</sup> *Par* — эквивалент *aequum*: Kaser M. Zur Problematik der römischen Rechtsquellenlehre // Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag. Köln: Schmidt, 1978. A. 110.

<sup>42</sup> См.: Kaser M. Das Urteil als Rechtsquelle im römischen Recht // Festschrift Fritz Schwind zum 65. Geburtstag. Wien: Manz, 1978. S. 115 sq.

<sup>43</sup> Здесь оратор опять же следует Аристотелю, сближавшему договор и закон именно в целях убеждения суда (Arist., Rhet., 1, 15, 1376b).

<sup>44</sup> Kaser M. RPR. I. S. 195: undifferenzierten Sinngehalt dieses Wortes.

<sup>45</sup> Kaser M. Der Privatrechtsakt in der römischen Rechtsquellenlehre. S. 96 Fn. 46.

<sup>46</sup> Schulz F. Classical Roman Law. P. 310.

<sup>47</sup> Kaser M. RPR. I. S. 43 (и указанная там литература). — См. также: *Talamanca M. Le Dodici Tavole ed i negozi obbligatori // Le Dodici Tavole. Dai decemviri agli Umanisti / a cura di M. Humbert. Pavia: IUSS Press, 2005. P. 354.*

<sup>48</sup> Вторичность такого контроля следует из первоначально внесудебной расправы над вором, пойманном с поличным (*fur manifestus*), которого в дальнейшем следовало уже привести к судебному магистрату (*in iure*) для одобрения захвата и присуждения (Gell., 11, 18, 8). С этим связано и сомнение старинных юристов (*veteres*), о котором сообщает Гай (Gai., 3, 189), становился ли вор вследствие такого присуждения во власть потерпевшему его рабом или лишь присужденным (*addicti loco*). Об *addictio* и *addicti* см.: *Peppe L.: 1) Studi sull'esecuzione personale. I Debiti e debitori nei primi due secoli della Repubblica romana. Milano: Giuffrè, 1981; 2) Riflessioni intorno all'esecuzione personale in diritto romano // AUPA. 2010. P. 117–162.*

<sup>49</sup> *Lex* в первоначальном смысле предполагает устное заявление (*lex dicta*): *certa verba*. См. выше, прим. 21 и ниже прим. 56.

В отношении же легатов — для *legatum per vindicationem* Мориц Влассак<sup>50</sup> предполагал право непосредственного захвата вещи легатарием (*Zugriffsgewalt*), исходя из самозащиты, свойственной древней виндикации, а для *legatum per damnationem* Дитер Симон<sup>51</sup> проводил параллель с древнегреческой фидуциарной поклажей (*παρακαταθήκη*), также ориентируясь на *manus iniectio* и необходимость ритуального прекращения обязательства обремененного таким легатом наследника (*solutio per aes et libram* — Gai., 3, 175)<sup>52</sup>. При этом зависимость наследника, обремененного легатом, от легатария возводят к норме XII таблиц (6, 1)<sup>53</sup>, наделявшей юридической силой *nuncupatio* в ходе ритуала с медью и весами (*Cum nexum faciet mancipiumve, uti linguam nuncupassit, ita ius esto*), что возвращает нас к исходному вопросу.

Итак, признать, что римляне называли распоряжение собственностью «законом» (*lex*) лишь по той причине, что оно открывает возможность для внесудебной расправы, — значит представить общеправовую проблему частной автономии следствием исторически обусловленного порядка реализации субъективного права. К сходной логической тавтологии приходят и те ученые, которые помещают в центр анализа формулировку закона XII таблиц (6, 1) *ita ius esto*<sup>54</sup>.

### § 3. Оговорки при манципации (*leges mancipi*)

5. Закон 6, 1 дошел в цитате из сочинения анналиста III в. до н. э. Луция Цинция Алимента «Об обязанностях юрисконсульта», сохраненной в словаре его современника Веррия Флакка (*Fest., s. v. nuncupata pecunia*):

«Заявленные деньги (*Nuncupata pecunia*)», как говорит Цинций во 2-й кн. «Об обязанностях юрисконсульта», — это [деньги] названные, определенные, указанные вслух специальными словами; «Когда совершает сделку с медью и весами, как торжественно заявит, так пусть и будет правом» (*'cum nexum faciet mancipiumque, ut lingua nuncupassit, ita ius esto'*): то есть, как назовет, как скажет, так пусть и будет правом <...>

Закон получил многочисленные реплики.

Varro., de l. l., 6, 60:

Заявлять (*nuncupare*) — значит называть, как видно в законах, где написано «заявленные деньги» (*'nuncupatae pecuniae'*).

Здесь очевидна ссылка на XII таблиц (*legibus*)<sup>55</sup>. Понятие *nuncupare*, *nuncupatio* существенно шире заявления при манципации и восходит к ритуальной силе слова (*fari*) и жреческим практикам фиксации словесных формул (*lex*) и заклинаний

<sup>50</sup> *Wlassak M. Vindikation und Vindikationslegat // ZSS. 31. 1910. S. 196 sq; 233 Fn. 1; S. 309 Fn. 2.*

<sup>51</sup> *Simon D. V. Quasi-ΠΑΡΑΚΑΤΑΘΗΚΗ // ZSS. 82. 1965. 39 sq; 151. — См. также: Noailles P. Fas et ius, études de droit romain. Paris: Les Belles Lettres, 1947. P. 128.*

<sup>52</sup> О *solutio per aes et libram* — см. ниже, п. 13.

<sup>53</sup> *Simon D. V. Quasi-ΠΑΡΑΚΑΤΑΘΗΚΗ. S. 147 sq. — См. также: Santoro R. Potere ed azione nell'antico diritto romano // AUPA. 30. 1967. P. 388 sq.*

<sup>54</sup> Ср. у Ф. Серрао: «Воля частного лица имеет силу, не меньшую, чем у *mores* (обычаев), способную создавать *ius*» (*Serrao F. Lus e lex nella dialettica costituzionale della prima repubblica. Nuove riflessioni su un vecchio problema // Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Prof. F. Gallo. Vol. II. Napoli: Jovene, 1997 (= Serrao F. Lus — lex — edicta. Altri studi di diritto romano. Vol. I. Napoli: Jovene, 2015. P. 413)*); ему теперь следует М. Ф. Курси: *Cursi M. F. La mancipatio e la mancipatio familiae // XII Tabulae. Testo e commento / a cura di Maria Floriana Cursi. Napoli: Jovene, 2018. T. 1. P. 345.*

<sup>55</sup> Некоторые авторы понимают *legibus* как документы торгового оборота (см., напр.: *Randazzo S. Leges mancipii. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione. Milano: Giuffrè, 1998. P. 69, nt. 80).*

(votum) для достижения действенности<sup>56</sup>. В науке отмечают<sup>57</sup> как приложение глагола *nuncupare* к древнейшим свидетельствам о заветных клятвах (*devotio*)<sup>58</sup>, так и устойчивость требования гласности заявления<sup>59</sup>.

У Цицерона вопрос обсуждается в контексте обязанностей продавца информировать покупателя.

Cic., *de off.*, 3, 16, 65:

А в отношении права недвижимости у нас установлено по гражданскому праву, чтобы при их продаже объявлялись пороки, которые известны продавцу. Ведь хотя согласно Двенадцати таблицам достаточно отвечать за те, что были прямо названы (*lingua nuncupata*), за что тот, кто нарушил, подвергается уплате двойного возмещения, юриконсулты установили наказание даже за умолчание.

Оратор противопоставляет ответственности за умолчание, введенной республиканской юриспруденцией, прежнюю ответственность продавца лишь за поименованные свойства товара: продавец отвечал за несоответствие товара объявленным характеристикам (как фактическим, так и юридическим — пороки титула)<sup>60</sup>. М. Фойхт выводил из гражданской ответственности *in duplum* (в двойном размере) древний иск — *actio ex lege mancipii* с санкцией в виде *manus iniectio* (наложения руки) за нарушение *fides*<sup>61</sup>. Иск можно сблизить с *actio auctoritatis* на случай эвикции манципированной вещи, который также предполагал взыскание *in duplum* — в двойном размере покупной цены (*rescupia nuncupata*)<sup>62</sup>. Речь о связности автора заявления, сделанного в ритуальном контексте, ответственностью за верность слову и за достоверность сказанного (*fides*)<sup>63</sup>.

Gai., 3 *ad leg. duod. tab.* D. 2, 14, 48:

In [traditionibus] <mancipationibus> rerum quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum est.

При манципации вещей, что бы ни было решено сторонами, вполне определенно имеет силу.

В контексте комментария к XII таблицам слова Гая явно отсылают к *lex mancipi* или иным заявлениям в ходе торжественного акта, хотя его интерес сосредоточен на содержательной стороне дела, а не на формальной: *lex mancipi* обсуждается

<sup>56</sup> В текстах непростой традиции, состояния и содержания Варрон связывает идею заявления (*rite linguam nuncupare*) в ритуальном контексте с определенностью вербальной формулы (*certa verba*) как признаком *lex*: Varro., *de l. l.* 7, 8: *quoad ego ea[s] <ri>te lin[quam]<gua> nuncupavero*; 6, 53: *Hinc fasti dies, quibus verba certa legitima sine piaculo paetoribus licet dari...*

<sup>57</sup> *Biscardi A.* Sul concetto romano di 'Lex' // *Estudios en hom. J. Iglesias*. Vol. 1. Madrid, 1988. P. 159.

<sup>58</sup> Liv., 8, 9, 7–8: *Sicut verbis nuncupavi, ita pro re publica populi Romani Quiritium... devoevo*; Id., 8, 11, 1: *verbis... ut tradita nuncupataque sunt*.

<sup>59</sup> Sen., *cons. Marc.* 13, 2: *fausta nuncupatione*. — Ср. противопоставление *lex contractus*, дополнительного соглашения при договоре как *certa lex* (хотя и не в форме стипуляции), голому соглашению — *nudum pactum* в D. 19, 5, 8 (Pap., 27 *quaest.*).

<sup>60</sup> *Monier R.* La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine. Paris, 1930. P. 5 sq.

<sup>61</sup> *Voigt M.* Die XII Tafeln. Bd. II. Leipzig: Leibeskind, 1883. S. 467 sq; 474.

<sup>62</sup> В цитированном выше свидетельстве Феста приводится также суждение грамматика Сантры: ... *at Santra lib. II. De verborum antiquitate, satis multis nuncupata conligit, non directo nominata significare, sed promissa, et quasi testificata, circumscripta, recepta, quod etiam in votis nuncupandis esse convenientius* («...а Сантра во 2-й кн. «О словесных древностях» довольно многое связал с *заявленным*, [отметив,] что это означает не только «названные», но и «обещанные» и даже «засвидетельствованные», «записанные», «полученные», что также относится к зарокам, которые следует произносить»).

<sup>63</sup> Cic., *de off.*, 1, 23: *Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas* («Основание правовой справедливости — доверие, т. е. верность соглашениям и достоверность заявлений»).

в терминологии соглашения (*pacisci*)<sup>64</sup>. Напротив, известно прямое свидетельство, что Кв. Муций различал и противопоставлял *pactum* и *lex dicta*.

Q. Muc., l. s. 'ῥῶν, D. 50, 17, 73, 4:

Nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest.

Никто не может установить обязательство в пользу третьего лица ни по соглашению, ни по оговорке при манципации, ни по стипуляции.

Основатель юридической науки отрицает допустимость договора в пользу третьего лица, прилагая максимум к *pactum*, *lex dicta* и к стипуляции. Первое место *pacisci* можно понимать так, что автор стремится привязать общий принцип прежде всего к неформальному соглашению и лишь по аналогии — к традиционным оговоркам при манципации и стипуляции. Такое понимание исключает синонимию *lex* — *pactum*, но может тем самым отнести текст Гая (D. 2, 14, 48) к более ранней традиции, которая еще не выделяла *pactum* как консенсуальную сделку, но лишь отмечала его договорную природу<sup>65</sup>.

Нередко *pactum* выступает синонимом к термину *lex* (D. 18, 1, 40, 3); в D. 18, 1, 40 pr (Paul., 4 epit. alf. dig.), *lex contractus* приравнивается к *pactum*, а *lex dicere* — к *pactum esse*; в D. 18, 3, 8 (Scaev., 7 dig) *lex venditionis* назван также *conventio venditoris*, а соглашение сторон описано словами *pactus est*. Наконец, приведем надпись, в которой термины *lex* и *conventio* представлены как единое выражение, соединяющее слова с близким значением (гендиадис): *lex et conventio* (ср. CIL, X, 1614 от 116 г.):

CIL, X, 1579:

Это поле в семь югеров с цистерной и лавками относится к праву его владельцев, которые состоят или состояли в культе союза Гелиопотанцев, и пусть так им будет придано и у них будет право (*ius esto*) входа и прохода по этому полю, кто будет придерживаться действия не против устава (*lex*) и соглашения (*conventio*) этого союза.

6. Возведение к закону XII таблиц (6, 1)<sup>66</sup> юридической силы оговорок в рамках ритуала манципации или уступки перед магистратом (*in iure cessio*)<sup>67</sup> означает, что сфера оборота, в которой реализуется идея частной автономии, направлена на установление и прекращение вещных прав. Манципация — вещно-правовой акт, акт по переносу абсолютных прав, который определяет и содержание *отраженного* действия *nuncupatio*<sup>68</sup>: *leges mancipi* (*leges mancipio dictae*) ведут к установлению вещных обременений или к ограничению переноса права собственности<sup>69</sup>.

<sup>64</sup> Мориц Фойхт (*Voigt M. Die XII Tafeln. Bd. II. S. 149; 163; 172 sq*), в соответствии со свидетельством Сантры, попытался выделить три класса заявлений при манципации («обещанные», «записанные», «полученные»), гипотизируя диалог сторон из конгруэнтных заявлений, как при стипуляции. Идея получила поддержку: *Karlowa O. Römische Rechtsgeschichte. Bd. II. Leipzig: Veit & Comp, 1901. S. 371* (далее цитируется так: *Karlowa O. RRG.*).

<sup>65</sup> Признание за *pactum* положительного содержания и наделение термина более широким значением соглашения (вообще) восходит к монографии Андре Магдлена: *Magdelain A. Le consensualisme dans l'édit du preteur. Paris, 1959.* — См., однако, рецензию М. Таламанки: *Talamanca M. La storia dell'edictum "De pactis" // Labeo. 6. 1960. P. 278 sq.*

<sup>66</sup> FV., 50 (Paul., 1 manual.): ...et mancipationem et in iure cessionem *lex XII tabularum confirmat* («...закон XII таблиц подтверждает и манципацию и уступку перед магистратом»).

<sup>67</sup> D. 8, 4, 1 pr; 39, 6, 42 pr; Vat. 47 — in iure cessio.

<sup>68</sup> *Bechmann A. Der Kauf nach gemeinem Recht. Bd. I. Geschichte des Kaufs im römischen Recht. Erlangen: Deichert, 1876. S. 234: accidentalia (Zusätze) der mancipatio.*

<sup>69</sup> *Voigt M. Die XII Tafeln. Bd. II. S. 148; Pernice A. Labeo. Bd. III. 1. S. 19 sq; 97 sq; Karlowa O. RRG. Bd. II. Leipzig, 1901. S. 327; Kunkel W. Mancipatio // PWRE. XIV. 1. Stuttgart, 1928. Col. 1000; Georgesco V. Essai d'une théorie générale des "leges privatae". P. 144 sq.; De Visscher F. Mancipium et res mancipi // SDHI. 2. 1936. P. 286; Biondi B. Successione testamentaria e donazioni. Milano: Giuffrè, 1943. P. 44 sq;*

Поскольку манципация была отменена Юстинианом (С. 7, 31, 5 а. 531), и тексты в составе *Corpus Iuris* всегда вместо нее говорят о передаче (*traditio*), уверенности в этом вопросе придают многочисленные свидетельства, дошедшие помимо юстиниановской компиляции. Так, упоминание *lex mancipi* оставил Гай в «Институциях»<sup>70</sup>. Цицерон говорит об оговорке при манципации, поставленной в отношении сервитута освещения здания (*lumina*)<sup>71</sup>. Текст Цельса (D. 7, 2, 3, 1) об установлении узуфрукта при манципации дошел в Ватиканских фрагментах, где сохранился термин *mancipare*, тогда как в Дигестах он заменен на *tradere*.

Vat. 80 (Ulp., 17 ad Sab.):

Поэтому Цельс [пишет] в 18-й книге: если собственники двух имений манципируют (*mancipaverint*) право собственности (*proprietatem*) за вычетом узуфрукта...

Речь о способе установления узуфрукта, который детально описывает Гай<sup>72</sup>.  
Gai., 2, 33:

...ведь манципируется не сам узуфрукт, но когда при манципации его вычитают из права собственности (*in mancipanda proprietate deducatur*), тем самым выходит, что у одного получается узуфрукт, у другого — право собственности.

Техника установления сервитута посредством оговорки (*excipere/recipere* D. 8, 3, 30; 12, 6, 22, 1) при манципации засвидетельствована для республиканской эпохи (D. 8, 2, 7 Q. Muc.; 8, 5, 17 Alf.; 8, 2, 16; 33 Alf.; 8, 5, 6, 2 Gallus de refectioem parietis; 43, 23, 2 Trebatius et Ofilius de cloacis) и уверенно восстанавливается в тексте Юлиана (D. 8, 2, 34): при манципации одного из участков (*[tradendo] <mancipio dando>*) его можно обременить сервитутом (*servam alteri efficere potest*) в пользу другого. Отметим, что *exceptio servitutis* везде применяется для установления городских сервитутов, что находит объяснение в том, что сельские манципируются сами по себе, будучи *res mancipi*<sup>73</sup>.

Этот факт убеждает в том, что манципация, которая здесь не может быть способом приобретения, выступает именно контекстом для конститутивного заявления — в соответствии с законом XII tab., 6, 1. *Lex mancipi* дает вещный эффект — установление вещного права, причем применительно к сервитуту возможно обременение как отчуждаемого участка, так и участка, который остается за отчуждателем (D. 8, 4, 6 pr).

Однако манципация сопровождает договор купли-продажи (*emptio venditio*), который сам по себе может стать и значимым контекстом для оговорки, и конститутивным юридическим актом — но с обязательственным действием. Так, Варрон

---

Noailles P. Fas et ius... P. 118 sq; Kunkel W. RPR. S. 94 A. 12; 14; S. 233; Gioffredi C. Su XII tab. VI. 1. P. 343 sq; Santoro R. Potere ed azione nell'antico diritto romano. P. 205 sq; Capogrossi Colognesi G. La struttura della proprietà e la formazione dei "iura praediorum" nell'età repubblicana. Vol. I. Milano: Giuffrè, 1969. P. 306; Kaser M. RPR. I. S. 229; Peters F. Die Rücktrittvorbehalte des römischen Kaufrechts. Köln; Wien: Böhlau, 1973. S. 187 sqq.

<sup>70</sup> Gai., 1, 140: ea lege mancipio dedit, ut sibi remancipetur («перенес право [на раба] по манципации с оговоркой, чтобы его ему манципировали обратно»).

<sup>71</sup> Cic., de orat., 1, 39, 179: ... nam cum aedis L. Fufию venderet, in mancipio lumina, uti tum essent, ita recepit... («ведь когда он продавал здание Л. Фуфию, в оговорке при манципации упомянул сервитут освещения, каким он был в тот момент...»). — См. о тексте: Voigt M. Die XII Tafeln. Bd. II. S. 154; Franciosi G. Studi sulle servitù prediali. Napoli: Jovene, 1967. P. 209.

<sup>72</sup> Ср.: Vat. 47 (Paul., 1 manual.): Per mancipationem deduci usus fructus potest, non etiam transferri...

<sup>73</sup> La Rosa R. Deducere o detrahare usum fructum ed exipere o recipere servitutem // Studi C. Sanfilippo. Vol. 7. Milano: Giuffrè, 1987. P. 335 nt. 28.

приводит оговорку о состоянии сервитута в момент отчуждения и называет ее «*lex praediorum urbanorum*<sup>74</sup>».

Varro, l. l., 5, 27:

Поток, который течет, а также река: откуда в оговорке о городских участках пишут: «Дождевые стоки и потоки, пусть так, как они в настоящий момент спадают и стекают»...

Такая оговорка в юридическом источнике названа «*lex venditionis*» (D. 18, 1, 33 (Pomp. 33 ad Sab.))<sup>75</sup>:

Когда в оговорке при продаже написано так: «Реки и дождевые стоки, в каком положении они находятся в настоящий момент, пусть так и будут»...

У нас есть немало подобных свидетельств практики (D. 8, 2, 17, 3: *stillicidia uti nunc sunt*; 17, 4; 23 pr: *lumina quae nunc sunt*; 33: *flumina stillicidia uti nunc sunt*; 18, 1, 33; 66, 2: *ruta caesa quaeque aedium fundive non sunt*), в которых речь идет об оговорке при договоре купли-продажи (*lex* как синоним *actum*). Однако в ряде случаев сходная формулировка бесспорно прилагается к заявлению при манципации (Cic., de orat., 1, 39, 178: *in Mancipi lege*; 179 (цит. выше); D. 8, 2, 17, 3: *Haec lex [traditionis] < Mancipii >: "stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint"* (Эта оговорка при манципации: «дождевые стоки, каковы они в настоящий момент, пусть так и будут»)). Если же обсудить юридические следствия оговорки, то при купле-продаже (обязательственная сделка) она дает защиту по договору купли-продажи, получая лишь обязательственное действие.

D. 8, 2, 35 (Marcian., 3 reg.):

Если собственник двух зданий заявил бы, что то, которое он продает, будет обременено сервитутом, но при <манципации> не сделал упоминания сервитута, то он может либо подать иск из продажи, либо кондикционный иск с неопределенной интенцией, чтобы был установлен сервитут.

Здесь сервитут не установлен, а лишь обещан: продавец налагает на покупателя обязательство установить сервитут в пользу городского участка, который он оставляет за собой. Из такого обещания сервитут (вещное право) не возникает, но продавец мог бы произвести обременение в ходе манципации. Раз он этого не сделал, сервитут теперь должен установить покупатель как новый собственник здания, и он будет нести ответственность по договору, если не исполнит обязательство.

Сходным образом, если применительно к зданию (*in lege aedium*) продавец запишет, что «стены, которые несут опору, будут такими, каковы они в настоящий момент» (*paries operi ferundo uti nunc est, ita sit*), республиканские юристы признавали (D. 8, 2, 33 (Paul. 5 epit. Alfeni dig.)), что эти слова налагают на продавца обязанность содержать стену в исправном состоянии (*in perpetuum parietem esse debere*), а если она погибнет — предоставить взамен другую (*alia in locum eius dari debeat*). Речь идет об обязательстве из купли-продажи установить и поддерживать сервитут. Обещание оставить освещение в том состоянии, в каком оно есть (*lumina quae nunc sunt, ut ita sint*), не создает обязанности установить сервитут в будущем, тогда как слова «чтобы не загоралось освещение» (*ne luminibus officiat*) создают двусмысленность, которая решается (D. 8, 2, 23 pr (Pomp., 33 ad Sab.)) в пользу покупателя, так что в обязанность продавцу может быть вменено установление сервитута. Если продавец при манципации утверждает, что

<sup>74</sup> Fluvius, quod fluit, item flumen: a quo lege praediorum urbanorum scribitur: 'stillicidia fluminaqu[a]e ut ita cadant fluantque'...

<sup>75</sup> Cum in lege venditionis ita sit scriptum: "flumina stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint"...

участок обременен сервитутом в пользу покупателя, он должен обеспечить ему сервитут<sup>76</sup>.

Сходным образом не является *lex mancipio dicta* оговорка об источнике воды (*aqua*) в такой ситуации.

D. 18, 1, 40, 1 (Paul. 4 epit. Alf. dig.):

В оговорке о режиме участка (*in lege fundi*) указал, что будет следовать право водозабора; спрашивалось, прилагалось ли к источнику также и право прохода (*iter*)? Ответил, что ему представляется, что таково содержание договора (*id actum est*) и поэтому продавец также должен <манципировать> покупателю право прохода.

Заключение юриста (очевидно, Сервия Сульпиция) о содержании соглашения сторон (*id quod actum*) могло относиться к словам *lex mancipi* (*mancipio dicta*), но могло обсуждать и содержание обязательственного договора купли-продажи. Юридические следствия, о которых говорится в тексте — *mancipare oportere* — прямо указывают на обязательство установить сервитут, а не на вещный эффект, ожидавшийся бы при *lex mancipi*. Здесь, таким образом, *lex fundi* также указывает на оговорку при договоре купли-продажи (*lex venditionis*)<sup>77</sup>.

На основании анализа оговорки о «срезанном и срубленном» (*ruta et caesa*) Маттео Марроне сделал заключение о постепенном переходе прежних оговорок при манципации (*leges mancipio dictae*) в практику оговорок при купле-продаже (*leges venditionis*) с целью уточнения содержания договора (D. 18, 1, 72, 1), введения дополнительных элементов (*accessiones*: D. 18, 1, 34 pr; 60; 69) и возложения дополнительных гарантий на продавца (D. 18, 1, 59)<sup>78</sup>. Такая перемена, возможно, и отвечает за то состояние источников, которое не позволяет уверенно выписывать догматику нашего института.

#### § 4. Вещное действие *lex privata*

7. Столь же сомнительно получить определение *lex privata*, исходя из его способности оказывать действие на третьих лиц<sup>79</sup>. Эта проблематика поднимается в нашем единственном тексте, где содержится словосочетание *lex privata*.

D. 8, 4, 13 pr (Ulp., 6 opin.):

Продавец Герониева участка выговорил (*legem dederat*) в пользу Ботрианова участка, который он оставил за собой, чтобы напротив него не велась ловля тунца. Хотя на море, которое по природе открыто для всех, нельзя наложить сервитут частным волеизъявлением

<sup>76</sup> D. 8, 4, 6 (Ulp., 28 ad Sab.): ...si quis in [tradendo] <mancipando> dixerit fundum Titio servire, cum ei non serviret, esset autem obligatus venditor Titio ad servitum praestandam.

<sup>77</sup> Ср.: *obnoxious* («связанный»), *obligatum esse* («обязанный») как следствия оговорки при договоре купли — ...*lex venditionis* “quo iure quaque condicione ea praedia sunt, ita veneunt itaque habebuntur («...в каком положении находятся эти участки, так пусть и продаются и так пусть ими и обладают»)». — D. 18, 1, 81, 1.

<sup>78</sup> *Marrone M. Considerazioni sui “ruta et caesa” // Studi E. Volterra. Vol. I. Milano: Giuffrè, 1971. P. 213 sq.* — Концепция пользуется поддержкой: *Melillo A. Il negozio bilaterale romano. Struttura ed evoluzione in eta classica. Napoli: Jovene, 1983. P. 72 sq; La Rosa R. Deducere o detrahare usum fructum ed exipere o recipere servitum. P. 325.*

<sup>79</sup> См.: *Jhering R., von. Passive Wirkungen der Rechte // Jahrb. f. Dogm. 10. 1873. S. 387 sq (= Gesammelte Aufsätze. Bd. 2. Aalen: Scientia, 1969. S. 178 sqq.)*. — О вещном действии как признаке *lex dicta* говорит М. Казер и следующий ему Ф. Петерс: *Kaser M. Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen im römischen Recht // Beiträge zur europäischen Rechtsgeschichte und zum geltenden Zivilrecht. Festgabe für J. Sontis. München, 1977. S. 14 sq; 20 sq; Peters F. Die Rücktrittvorbehalte des römischen Kaufrechts. S. 188 sq.* — Напротив, в отношении вещного действия оговорки при фидуциарной манципации (*fidi fiduciae causa*), которая, несомненно, относится к *nuncupationes* (*Bellocchi N. La struttura del negozio della fiducia nell'epoca repubblicana. Vol. I. Le nuncupationes. Napoli: Jovene, 1979*), Казер выражает сомнение: *Kaser M. RPR. I. S. 47.*

(*privata lege*), все же раз добрая совесть договора требует соблюдать оговорку при купле (*legem venditionis*), лица, осуществляющие владение или преемствующие в их праве, становятся обязанными в силу оговорки при стипуляции или при договоре продажи.

Здесь значение «*lex*» многогранно: это оговорка и при сделке с типичным правовым действием — стипуляции (*lex stipulationis*) или при договоре продажи (*lex venditionis*), а также при акте установления сервитута, который альтернативно подразумевается как способ достижения вещно-правового эффекта (*lex privata*). Ульпиан умело *противопоставляет объективную реальность неумелому волеизъявлению, раскрывая естественное действие нормативности в нормальном случае*: природа (море как объект вне гражданского оборота) не допускает изъятий по воле частного лица, общедоступность моря нельзя умалить актом отдельного собственника приморского участка. Даже вещно-правовой акт, способный затрагивать третьих лиц, в данном случае был бы бессилён (здесь и говорится про *lex privata*). Оговорка же стоит при сделке с обязательственным действием (*lex stipulationis / venditionis*), так что вопрос усложняется в ещё большей мере. То, что позволяет акту частного лица получить юридическое признание, не связано с целью и подбором средства: обсуждается не *lex* и его действие, а частный характер (*lex privata*) акта, который может получить силу, только если он отвечает *объективной нормативности*.

Юрист находит достаточное правовое основание в *bona fides*, управляющей договором купли-продажи (и дополнительными стипуляциями при купле), подчиняющей себе всех последующих правопреемников в возможной цепочке приобретений и тем самым обеспечивает соблюдение воли продавца. Условие, которое может связывать лишь данного контрагента — первого покупателя, получит, таким образом, действие на лиц, не участвующих в сделке.

Казер<sup>80</sup>, справедливо считая такое обоснование «беспочвенным» (*grundlos*), все же развивает мысль Ульпиана в том смысле, что оговорка при обязательном договоре купли-продажи, сделанная с намерением установить сервитут, наделяет договор вещным действием (*die dingliche Bestellung*): вещный договор (*dingliche Einigung*) сам по себе действует как дополнительное соглашение (*pactum adiectum*) вместо стипуляции. Однако стипуляция достаточна для установления сервитута лишь в провинциальном контексте (*pactionibus et stipulationibus*. — *Gai.*, 2, 31), что уже является аномалией. Поставить на место одной аномалии другую не значит объяснить решение классика. Казер сближает с решением Ульпиана такой текст.

D. 8, 3, 36 (Paul., 2 resp.):

Когда в пользу одного из двух участков, который удержал продавец, был установлен сервитут водопровода, с куплей имения приобретенный сервитут следует за вновь отчужденным имением: и к делу не относится, что стипуляция, по которой была установлена неустойка, относилась к лицу [первого] покупателя на случай, если ему не будет обеспечена возможность пользоваться.

Стипуляция, о которой здесь говорится, устанавливала дополнительную неустойку в отношении продавца, чтобы он лично не вмешивался в отправление сервитута первым покупателем: *neque per te neque per heredem tuum fieri, quominus mihi ire agere liceat* («чтобы ни с твоей стороны, ни со стороны твоего наследника не чинилось препятствий тому, чтобы я мог проходить и прогонять скот»)<sup>81</sup>. Однако такая стипуляция не создает прав для третьих лиц (D. 45, 1, 38, 10), и она действительно не относится к делу. В данном случае сервитут существует (*servitus*

<sup>80</sup> Kaser M. Der Privatrechtsakt in der römischen Rechtsquellenlehre. S. 100. Fn. 75.

<sup>81</sup> D. 45, 1, 2, 5. — См.: Kaser M. RPR. Bd. I. S. 100.

imposita), и поэтому в отношении него действует право следования: кто бы ни был собственником господствующего участка, будет обладать правом на сервитут (хотя неустойку с первого продавца он взыскать уже не сможет). Это обычное действие вещного права (D. 8, 6, 12 (Cels., 23 dig.); ст. 216 ГК РФ). Если бы в договоре не был упомянут существующий сервитут, он все равно перешел бы к покупателю, но продавец не обязан ни ассистировать покупателю в защите такого сервитута, ни отвечать в случае его утраты покупателем по суду (уже Кв. Муций: D. 21, 2, 75).

8. Сходным образом, Казер допускает вещное действие оговорок с отрицательным эффектом, когда раба или рабыню отчуждают с условием отпущения на волю, обратной манципации или иным.

По общему правилу, такое условие может иметь только обязательственное действие.

D. 17, 1, 27, 1 (Gai., 9 ed. prov.):

Если я дам тебе раба <по манципации> с тем условием, чтобы ты после моей смерти отпустил его на волю, обязательство действительно; впрочем, и в отношении моего лица может возникнуть основание для иска, например, если, раскаявшись, я захочу вернуть раба.

Здесь прямо говорится о возникновении обязательства<sup>82</sup>, которое может перейти в двустороннее, когда, напротив, доверитель будет нести ответственность перед поверенным. Также при манципации с условием (*lex mancipi*), чтобы раба увезли из Италии, стороны предусматривают неустойку в штрафной стипуляции (*stipulatio roeanae*), при этом иск может учитывать нематериальный интерес (*affectio*) продавца (D. 18, 7, 7 и 6 pr, цит. ниже).

Обязательственное действие предусматривает и следующий текст.

D. 18, 7, 8 (Pap., 27 quaest.):

Спрашивается: если кто-либо продаст собственного раба и предусмотрит, чтобы его отпустили на свободу в течение определенного срока, а затем изменит волю, а покупатель все же отпустит раба на свободу, то будет ли у него в этой связи какой-либо иск? Я сказал, что иск из продажи отпал с отпуском раба или с изменением воли продавца.

Продавец мог бы раскаяться и потребовать раба обратно по иску из продажи, как он мог бы и в случае, если бы раба не отпустили на волю в установленный срок, однако акт отпущения на волю (*манумиссии*) полностью изымает раба из-под действия договора.

В Дигестах Юстиниана есть целая рубрика D. 18, 7 R. de servis exportandis: *vel si ita mancipium venierit ut manumittatur vel contra* («о вывозе рабов: или если раба будут продавать с оговоркой, чтобы его отпустили на волю или наоборот»). В одном из текстов оговорка при манципации (*lex mancipi*) названа «*tractum conventum*» (D. 18, 7, 10). Здесь предусматривалось обретение рабами свободы после смерти покупателя. Ссылаясь на постановление Адриана, Цервидий Сцевола отказывает в наделении свободой рабов, в отношении которых *манумиссия* не совершалась, а в примечании Клавдия Сатурнина приводится уже постановление Марка Аврелия, наделяющее свободой рабов, упомянутых в оговорке

<sup>82</sup> Аранжо-Пуиц восстанавливал: *constitit <mandati> obligatio* (*Arangio-Ruiz V. Il mandato in diritto romano. Napoli, 1949. P. 155 sq.*). Рандаццо (*Randazzo S. Leges mancipii... P. 156*) возражает, что поручение прекращается смертью, и полагает, что предпочтительнее предложение Солацци (*Solazzi S. Sull'obbligazione a termine iniziale // Iura. 1. 1950. P. 56*): *<fiduciae> obligatio*. В любом случае для римского юриста важен выбор исковой защиты (*causa agendi*), о которой говорится в тексте. О тексте также см.: *Sanfilippo C. Mandatum post mortem // Studi in onore di S. Solazzi. Napoli, 1948. P. 554 sq.*; *Harder M. Zum transmortalen und postmortalem Auftrag nach römischem und geltendem Recht // Sein und Werden im Recht. Festgabe U. von Lübtow. Berlin, 1980. S. 518 sq.*

(ex lege dicta), несмотря на то что покупатель не успел отпустить их на волю. Абсолютное действие выступает следствием решения императора<sup>83</sup>.

Нередко оговорка предусматривала, чтобы рабыню не заставляли работать проституткой.

D. 18, 7, 6 pr (Pap., 27 quaest.):

Если продавец получил от покупателя обещание по стипуляции, что рабыня не будет отпущена на волю или работать проституткой, а при совершении чего-либо вопреки оговорке (exsertum) рабыня будет изъята по суду или присуждена к свободе, то, если бы по суду истребовалась установленная по стипуляции санкция, некоторые полагали, что эксцепция об умысле создаст препятствие, а Сабин считал, что не создаст. Но здравый смысл предполагает, что стипуляция не имеет силы, если она устанавливает оговорку (exsertum), чтобы рабыню не отпускали на волю: ведь невероятно, чтобы принимался во внимание акт манумиссии, а не эффект благодеяния. Впрочем, когда оговорка касается лишь того, чтобы рабыня не работала проституткой, то нет никакого основания, чтобы штраф (poena) не следовало истребовать и взыскивать по суду, раз покупатель и причинил унижение рабыне, и также погряз чувства продавца и одновременно его скромность; впрочем, если бы и не было стипуляции, решено, что есть иск из продажи, если покупатель вопреки условиям продажи (lege venditionis) сделает что-либо или не сделает.

В последней фразе *lex venditionis* явно восходит к подлиннику (Сабину) и означает условие договора купли — раз оно защищается иском из договора (*actio venditi*). То же в начале текста: там речь явно идет о сторонах обязательственного договора и сомнительности исключения манумиссии по дополнительному условию (соглашению). Оговорка, исключающая достижение рабыней свободы, недопустима, так как она не может исключать просто совершение самого акта, не посягая на возможность достижения рабыней свободы<sup>84</sup>. Тот факт, что дополнительное условие договора купли-продажи здесь конкурирует со специальной стипуляцией, устанавливающей штрафную неустойку на случай нарушения поставленных продавцом ограничений, подчеркивает относительное и обязательственное действие оговорки.

9. Вещное действие нередко усматривают и в следующем тексте<sup>85</sup>.

D. 18, 7, 9 (Paul., 5 quaest.):

Тиций продал раба с тем условием (ea lege, ut), чтобы если он останется в Риме, то продавцу дозволялось бы наложить на него руку (*manus inicere*); покупатель продал раба другому лицу с тем же условием (*eadem lege*); раб убежал от второго покупателя и остался в Риме; спрашиваю, есть ли против него наложение руки (*manus iniectio*) и у кого? Я ответил: в отношении беглого раба не следует сомневаться, что он не сделал ничего вопреки условию (*contra legem*), так как он не может отнять себя у собственника, и тот, кто в бегах, не остается там, где он есть. Если же он остался [в Риме] вопреки условию (*condicio*) по воле второго покупателя, больше прав [на наложение руки] должно быть у того, кто был автором условия, тогда как последующий скорее воспроизвел то же самое

<sup>83</sup> См. также: D. 2, 4, 10 pr (Ulp., 5 ad ed.): Sed si hac lege emi ut manumittam, et ex constitutione divi Marci venit ad libertatem... («Но если я купил с такой оговоркой, что отпущу на волю, на основании постановления божественного Марка раб достигает свободного состояния...»); 10, 1: Prostituta contra legem venditionis venditorem habebit patronum, si hac lege venierat, ut, si prostituta esset, fieret libera («Рабыня, сделанная проституткой вопреки условию договора продажи, получит продавца в патроны, если он продавал ее с той оговоркой, чтобы если ее сделают проституткой, она становилась бы свободной»); см. также: D. 21, 2, 34 pr (Pomp., 27 ad Sab.); D. 37, 14, 7 pr (Mod., l. s. de manumiss.).

<sup>84</sup> Право рабыни быть отпущенной на свободу оказывается ее подлинно конституционным правом!

<sup>85</sup> См.: Peters F. Die Rücktrittvorbehalte des römischen Kaufrechts. S. 188 nt. 10; McGinn Th. Ne serva prostituatur. Restrictive Covenants in the Sale of Slaves // ZSS. No. 107. 1990. 316. — В 1986 г. Томас МакДжинн защитил по теме докторскую диссертацию: McGinn Th. Prostitution and Julio-Claudian Legislation: The Formation of Social Policy in Early Imperial Rome. PhD thesis. Ann Arbor, Michigan, 1986.

условие, чтобы предупредить покупателя и освободить себя [от последствий нарушения], и он не мог каким-либо образом отнять действие оговорки (*aufferre legem*) от своего продавца, в пользу которого осуществилось условие: ведь и в том случае, если бы он установил неустойку, он нес бы ответственность, хотя бы сам он также получил обещание по стипуляции [от второго покупателя]; но в отношении неустойки возникает два иска, наложение же руки следует против раба. Если же первый продавец заключил продажу так, чтобы рабыня, отданная в проститутки, достигла свободы, а последующий — чтобы дозволялось наложить руку, свобода будет сильнее наложения руки. Равным образом, если первая оговорка (*lex*) предусматривала наложение руки, а последующая — освобождение, будет более благоприятным [в пользу свободы] сказать, что рабыня должна быть свободна, так как оба условия (*utraque condicio*) установлены в пользу рабыни — и наложение руки, и освобождение от рабства защищают ее от несправедливости.

Юрист рассматривает конкуренцию двух оговорок при продаже рабов: в первом случае оговорка требует, чтобы проданный раб не оставался в Риме, и устанавливает в пользу продавца право совершить в отношении раба торжественный акт наложения руки (*manus inectio*) — очевидно, с тем чтобы восстановить на него свое право (*dominium*) и власть (*potestas*)<sup>86</sup>. Уже тот факт, что для возвращения раба требуется определенное действие со стороны прежнего собственника, показывает, что автоматического возвращения раба во власть продавца в случае нарушения условия не ожидается. И хотя юрист без всяких возражений обсуждает «право наложить руку», ясно, что правовой силы древний ритуал давно не имеет и речь идет о форме расторжения купли и отмены акта отчуждения. Тем не менее перед нами оговорка с абсолютным действием, что следует из сопоставления ее силы с условием последующей продажи. Юрист отмечает, что после второй продажи беглый раб технически не нарушил условие не оставаться в Риме, так как он, будучи беглым, оставался в Риме вопреки воле второго покупателя (нового хозяина раба). Если же условие было нарушено вторым покупателем сознательно, то оговорка произвела бы действие в пользу первого продавца. Здесь она явно наделяется абсолютным действием: кто бы ни нарушил условие вывезти раба подальше от Рима, бывший собственник получит право вернуть себе раба (наложив на него руку).

Юрист допускает установление непоименованного вещного обременения, что заставляет предполагать *lex mancipi* и стимулирует заменить оба «[*vendidit*] *ea lege, ut*» и «*eadem lege [vendidit]*» на *<mancipio dedit>*: манципация позволяет мобилизовать древнюю силу ритуала и выговорить в пользу отчуждателя право с абсолютным действием. Обращение продавца к древней *legis actio per manus iniectioem* отвечает искомому эффекту. Второй продавец не может прибегнуть к названному средству, но считается упомянувшим при манципации ту же оговорку с тем, чтобы воспроизвести и поддержать ее действие в отношении последующего приобретателя раба. Юрист трактует ситуацию не как поражение совести второго покупателя или возложение на него обязанности или технически — постановку отменительного условия для манципации, но как обременение, сохраняющее силу в пользу первого продавца против любого собственника раба.

---

<sup>86</sup> Здесь весьма уместно вспомнить сказанное о непосредственном исполнительном действии как признаке *lex privata* в теории Казера (см. выше, § 2). Сомнительно, что в данном тексте речь идет о внесудебной исполнительной мере древнего процесса — *legis actio per manus iniectioem*. Оговорка упоминает древний ритуал с целью развернуть отчуждение и восстановить власть над рабом. Обращение к древней *legis actio* должно внушить большее уважение новому собственнику, хотя вещное действие нарушения зависит отнюдь не от ритуальной силы отмершего института. Подлинность термина подтверждает Vat. 6.

Вывод усиливает сравнение оговорки о наложении руки с установлением неустойки (штрафа по стипуляции — *stipulatio poenae*), когда в пользу заинтересованного лица (продавца) в случае нарушения условия возникает дополнительное и независимое от основного долга денежное обязательство (штрафная неустойка). Если первая продажа сопровождалась условием не использовать рабыню как проститутку, которое было санкционировано денежным штрафом, то в случае воспроизведения при последующей продаже того же условия с тем же штрафом нарушение даст силу обеим стипуляциям и возникнут два денежных обязательства — второго покупателя в пользу первого и первого покупателя в пользу продавца. Право же наложить руку следует против раба (если он останется в Риме), — утверждает юрист, проводя ясное различие между относительным и абсолютным действием оговорки. Техническое признание права следования в отношении оговорки о наложении руки прямо указывает на ее абсолютный характер.

Вторая часть текста сопоставляет не два отчуждения, а две оговорки с целью защитить рабыню от обращения в проститутку: одна оговорка объявляет ее свободной в случае нарушения запрета, другая — позволяет продавцу забрать рабыню обратно, прибегнув к тому же наложению руки (*manus iniectio*). Здесь оговорка о свободе признается более сильной. Именно она позволяет рабыне избежать позора, защитить интерес продавца и поразить в правах любого нового собственника (господина рабыни).

Такое ранжирование средств защиты ставит под сомнение абсолютное действие оговорки о наложении руки: показательно, что в случае второго отчуждения, когда вторая манципация сопровождается оговоркой об обретении рабыней свободы (в случае нарушения условия), тогда как первая манципация устанавливала право наложить руку, юрист отказывает прежнему собственнику в праве вернуть себе рабыню от последующего приобретателя, предпочитая наделить ее свободой. Абсолютное действие оговорки, ведущей к освобождению, *libertas*, связано не просто с общеполитической установкой на благоприятствование свободе (*favor libertatis*)<sup>87</sup>, а именно с сомнительностью оснований для действия оговорки о *manus iniectio* против третьих лиц.

Предлагая возможное объяснение абсолютному действию оговорки о наложении руки, подчеркнем архаизирующий смысл этого концепта и его несомненную связь с личным интересом хозяина рабыни. С этой трактовкой согласуется акцент, который ставит Сабин (в приведенном выше D. 18, 7, 6 pr) на привязанности отчуждателя рабыне (*affectio*) и поражении его скромности (*verecundia*) при нарушении поставленного запрета. Запрет отмечает личный интерес бывшего хозяина, который фиксируется, а не разрывается с манципацией, сопровождаемой особой оговоркой. *Lex mancipio dicta* определяет дальнейшее присутствие воли отчуждателя в вещи, которая удерживает эту печать, несмотря на последующую смену собственника: оговорка покрывает вещь и действует для всех, а не только на волю контрагента, создавая для него обязательство.

*В системе развитых правовых категорий такое действие оговорки (и манципации, которая ею управляет) не находит себе места: оно не может считаться вещным (и абсолютным), а как обязательственное (и относительное) не приведет к искомому результату.* Римские юристы не отказываются от попыток защитить интересы распорядителя, но переносят обоснование на интересы рабыни, в чем

<sup>87</sup> Когда *manus iniectio* предусмотрена для первого покупателя против второго, так что она не ставится под сомнение как абсолютная и действует непосредственно между сторонами сделки, оговорка, предусматривающая освобождение рабыни, установленная первым продавцом, все равно пользуется преимуществом как более сильная, и, таким образом, именно она, действуя через голову второго отчуждателя, оказывается собственно абсолютной.

их надежды в конце концов и обретают такого сильного союзника, как император. *Публичная сфера предлагает другое основание для вмешательства и поддержки частного волеизъявления — моральные устои* (как вмененная цель оговорки *ne prostituatur*) и *высшую ценность свободы личности, favor libertatis* — применительно к оговорке *ut manumittatur*.

## § 5. Lex как акт распоряжения собственника (*lex suae rei dicta*)

10. Для Влассака юридическая сила частного волеизъявления проистекает из определения его сферы, которая ограничена собственным имуществом лица (*suae rei*)<sup>88</sup>. Это обстоятельство подчеркивает Гай (Gai., 2, 224), открывая изложение последующего ограничения первоначально полной свободы распределять активы посредством легатов и оставляя наследнику одни долги. Здесь свобода усмотрения завещателя совпадает со свободой завещания — свободой от так называемых материальных ограничений, т. е. от неотъемлемых прав наследников на наследственную долю. Сила завещательного распоряжения, таким образом, определяется тем, что завещатель — собственник своего имущества, так что законы XII таблиц (5, 3; 6, 1) просто утверждают динамическую, распорядительную сторону частной собственности как имущественного права в субъективном смысле. Сближение *ita ius esto* с *suae res* тем самым лишь усиливает значение распорядительной власти (упоминавшаяся выше *Verfügungsmacht*) в структуре субъективного права.

При этом отождествление *lex dicta (suae rei)* с *lex venditionis*, *lex contractus*, *lex mancipii* в действительности сужает объем легитимации: управомоченное лицо, собственник, распоряжается своим имуществом: устанавливает сервитуты, другие обременения<sup>89</sup>, ставит дополнительные условия и сроки при купле и аренде и т. д.<sup>90</sup> Попытки выйти за рамки свойственного собственнику права распоряжения не представляются удачными. Так, Казер<sup>91</sup>, говоря о *lex contractus*, утверждает, что заявитель выступает в роли законодателя в отношении собственной вещи (*die Rolle des Gesetzgebers in eigener Sache*), он устанавливает правовую судьбу своей вещи как объекта права: *legem dicere suae rei*. В этом ряду оказываются весьма распространенные выражения «*lex fundi*», «*lex praedii*», «*lex aedium*»<sup>92</sup>, когда объект распоряжения выходит на первый план перед актом, к которому такое дополнительное распоряжение придается и в рамках которого оно получает действие<sup>93</sup>. Речь идет о том же самом *lex mancipii* или *lex contractus*, но оговорка относится к правовому режиму вещи (участка или здания). Это не «закон

<sup>88</sup> *Wlassak M.* Vindikation und Vindikationslegat. S. 204.

<sup>89</sup> Gai., 1, 140; 172; Cic., de orat., 1, 39, 178–179; D. 21, 2, 75; 18, 1, 33; 50, 16, 90; 17, 1, 27, 1; D. 8, 2, 17, 3; 23 pr; 33; 8, 4, 3; 6 pr.

<sup>90</sup> *Bechmann A.* Der Kauf nach gemeinem Recht. S. 236; *Lübtow U. von.* Die Bestellung einer Eigentümerservitut oder eines Eigentümersniessbrauchs im römischen Recht // Aktuelle Fragen aus modernem Recht und Rechtsgeschichte. Berlin: Duncker & Humblot, 1966. S. 413 sq; *Kaser M.* RPR. Bd. I. S. 133 A. 10.

<sup>91</sup> *Kaser M.* Der Privatrechtsakt in der römischen Rechtsquellenlehre. S. 95 A. 39.

<sup>92</sup> *Lex suae rei dicta*: D. 23, 4, 20, 1; 7; C. 4, 38, 3; 8, 53, 9; fundo: D. 8, 4, 13 pr; 20, 1, 31 pr; agro: D. 39, 3, 1, 23; *lex fundi*: D. 18, 1, 40, 1; 18, 1, 77; Varro, de l. l. 5, 42; *lex praedii*: D. 47, 12, 5; Varro, de l. l. 5, 27; Cic., part. or. 31, 107; *lex agri*: D. 39, 3, 1, 23; *aedium*: D. 8, 2, 33; *legem saltui datam*: Gord. C. 3, 41, 2; *huic loco: testamentum Galli* (Bruns n. 118 = FIRA 3 n. 49) l. 25; *ei quod solvimus*: D. 46, 3, 1; *portorii*: *lex Antonia de Termess.* (Bruns n. 14 = FIRA 1 n. 11) ll. 31; *metallis: lex metallica Vipasc.* (Bruns, 112 = FIRA 1 n. 105) l. 59; *lege praediorum urbanorum*: Varro, de l. l., 5, 27.

<sup>93</sup> *Capogrossi Colognesi G.* La struttura della proprietà e la formazione dei “iura praediorum” nell’età repubblicana. P. 312–313.

об участке» или «закон о здании», но «оговорка при манципации о сервитуте, обременяющем участок или здание».

Ренато Ла Роза утверждает, что «закона, данного вещи», не существует уже потому, что такого выражения источники в действительности не знают. Словосочетание «*legem dicere suae rei*» встречается всего однажды, и это случайное стечение слов.

D. 23, 4, 20, 1 (Paul., 35 ed.):

Если посторонний, собираясь дать приданое из своего имущества (*de suo*), что-либо захочет предусмотреть по неформальному соглашению (*pacisci*), [он может это сделать] и без ведома женщины, как он может и заключить стипуляцию: ведь он распоряжается своей вещью (*legem enim suae rei dicit*); однако после того, как он даст, он должен заключать соглашения с согласия женщины.

Среди способов установления приданого выделяют *dotis dictio* — предоставление приданого посторонним для семейства невесты лицом, когда допускается односторонний вербальный акт, которому не предшествует обмен запросом и ответом, как при стипуляции. Лицо, устанавливающее приданое, делает заявление (*dictio*), которое может сопровождаться дополнительными оговорками (*pacta, pactiones*). Текст противопоставляет по форме *dicere* и *pacisci*: если первое совершается формально, как стипуляция, то второе носит неформальный и дополнительный характер. Однако по содержанию акты сближаются по основанию согласия женщины, которое не требуется до установления приданого, т. е. до совершения вещно-правового акта (*dotis datio*), так как посторонний остается собственником назначенного невесте имущества, а значит, дополнительные соглашения-распоряжения будут относиться к его собственной вещи<sup>94</sup>.

Однако сходное разграничение соглашений, заключенных в отношении вещи, назначенной в приданое, до ее перехода в собственность женщины и после проводит также Помпоний — уже применительно к приданому, происходящему от домовладыки невесты.

D. 23, 4, 7 (Pomp., 15 ad Sab.):

Когда за дочь дают приданое, совершенно правильно заключать соглашение (*pactum conventum*) с обоими супругами, хотя бы в момент установления приданого тот, кто дает, и мог бы заявить распоряжение (*legem dicere*), которое он хочет сделать в связи с лицом женщины. Если же он захочет заключить соглашение (*pacisci*) после установления приданого, необходимо, чтобы в соглашении участвовали оба лица, поскольку тогда приданое уже будет приобретено женщиной. <...>

Здесь также *pactum conventum* синонимично термину *lex* в выражении *legem dicere*. Однако выражение *lex, quae suis rebus dicta est* («распоряжение, заявленное в отношении своих вещей») встречается еще не однажды. Например, в рескрипте Диоклетиана и Максимиана 293 г. (C. 8, 53, 9)<sup>95</sup>:

Диоклетиан и Максимиан, августы и консулы, Августине.

Распоряжение, которое ты заявила в отношении твоих вещей, совершая дарение, либо предусмотрела для себя в стипуляции, ты должна преследовать по иску из стипуляции, а если нет — то по иску с неопределенной интенцией (то есть с описанием дела в пре-скрипции) перед наместником провинции, чтобы он повелел его исполнять.

15 апреля 293 г.

<sup>94</sup> *La Rosa R.* Deducere o detrahare usum fructum ed exipere o recipere servitutum. P. 328 nt. 11.

<sup>95</sup> C. 8, 53, 9 Diocl. et Maxim. AA. et CC. Augustinae. — Legem, quam rebus tuis donando dixisti, sive stipulatione tibi prospexisti, ex stipulatu, sive non, incerto iudicio (id est praescriptis verbis) apud praesidem provinciae debes agere, ut hanc impleri provideat. <a 293 PP. XVI K. Mai. AA. cons.>

Если при дарении на одаряемого возложена обязанность, то даже в отсутствие стипуляционной формы такое распоряжение получит защиту. Здесь очевидно неформальное возложение в виде оговорки (совершенной вербально) в ходе отчуждения имущества<sup>96</sup>. При этом сомнения в подборе надлежащего иска связаны не с отсутствием привычного оформления обсуждаемого распоряжения, которое было открыто заявлено (*dixisti*), а с отсутствием типичной формы установления договорного обязательства — стипуляции. *Устойчивая практика оговорок при отчуждении подчиняется незапамятным представлениям о достаточности опубликования воли в устном рецептивном заявлении.*

*Lex dicta* относится к сфере обычной практики оборота и в ней находит оправдание своему юридическому действию. Иеринг возводил идею диспозитивности в гражданском праве именно к такой практике определения и уточнения правоотношения по договору между сторонами. При этом он полагал, что *сила оговорки опирается на общую норму, управляющую договорным правом*: «конкретное волеизъявление должно бы заменить собой абстрактную норму общего действия»<sup>97</sup>. Такая иерархия отрицает обычно-правовое основание дополнительных и конкретизирующих оговорок, прямо подчиняя *lex privata* общему дозволению и подтверждению со стороны *lex publica*, т. е. возвращает нас к проблематике диспозиции *ita ius esto*.

## § 6. *Lex* — устав коллегии

11. Логично будет проследить теперь параллель правомочного распоряжения, предусмотренного законами 5, 3 и 6, 1, с уставом коллегии (*lex collegii*, тоже *lex privata*), который также получает признание в законе XII таблиц (8, 27)<sup>98</sup>. О норме свидетельствует Гай в «Комментарии к законам XII таблиц», отмечая, что она была заимствована из законов Солона. Достоверность свидетельства определяется тем, что речь у Гая идет о *sodales* (сотрапезниках), как в древности именовались члены воинских (у греков — гетайры, ἑταιροί)<sup>99</sup> и религиозных объединений и союзов<sup>100</sup>. XII tab. 8, 27 (Gai., 4 ad XII tab. D. 47, 22, 4):

...his (*scil.* *sodalibus*) autem potestatem facit *lex pactionem* quam velint sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant; sed haec *lex videtur ex lege Solonis tralata esse*.

...закон наделяет участников коллегий властью связывать себя соглашениями, если только они не нарушают чего-либо из публичного закона.

<sup>96</sup> См. рескрипт тех же императоров на близкую тему также с применением выражения *lex suis rebus dicta* (C. 4, 38, 3): «Диоклетиан и Максимиан, августы и консулы Валерии Виагре. Если с целью дарения симулируется договор продажи, то купле недостает субстанции. Впрочем, если ты ввела [покупателя] во владение вещью под видом продажи с целью дарения, чтобы он взял тебя на иждивение, то подобно тому, как перфекционированное дарение запросто расторгнуть нельзя, так и распоряжение (*lex*), которое ты заявила в отношении твоих вещей, совершая дарение, решено соблюдать».

<sup>97</sup> *Jhering R., von.* Geist. Bd. II. T. 1. S. 300: Die konkrete *lex contractus* mußte die abstrakte *lex de contractibus* ersetzen.

<sup>98</sup> *Coli U.* Collegia e sodalitates. Contributo allo studio dei collegi nel diritto romano. Bologna: Editore Presso il Seminario Giuridico, 1913 (= *Scritti di diritto romano*. Vol. 1. Milano: Giuffrè, 1973) P. 1–6.

<sup>99</sup> Как полагает Р. Фьори (*Fiori R.* *Sodales. 'Gefogschafte'* e diritto di associazione in Roma arcaica (VIII–V sec. a.C.) // *Societas — ius*. Munuscula di allievi a Feliciano Serrao. Napoli: Jovene, 1999. P. 140; 150 sq.), которого поддерживает Б. Альбанезе: *Albanese B.* Sulla norma decemvirale per le sodalitates (XII Tab. 8.27) // *AUPA*. 2002. No. 47. P. 88 sq.

<sup>100</sup> Как считал В. Б. Ельяшевич, вопреки господствующему в его время взгляду Т. Моммзена, будто речь шла о профессиональных коллегиях: *Ельяшевич В. Б.* Юридическое лицо, его происхождение и функции в римском частном праве. СПб., 1910. С. 310 сл. (= *Eliachevitch B.* *La personalite juridique en droit prive romain*. Paris: Sirey, 1942).

Свидетельство ставит проблему реконструкции аутентичного текста закона, а значит, верификации технических выражений «potestatem facere»; «ractionem ferre»; «corrumpere legem»<sup>101</sup>. В отношении оборота «corrumpere legem» можно отметить неоспоримую древность этого сочетания, прилагаемого нашими источниками еще к священным законам (sanctae leges)<sup>102</sup>, и устойчивости такого словоупотребления. *Проблематика противоречия частного волеизъявления и публичного закона здесь находит свое рождение.*

«Ractionem (sibi) ferre» больше в источниках не встречается<sup>103</sup>, поэтому пользуется признанием идея Фрица Штурма, что Гай заменил на более понятное и близкое ему «ractio» первоначальное «lex»<sup>104</sup>. Мишель Амбер недавно обнаружил это выражение у Сенеки (Sen., Suas., 7, 3) со значением «предложить соглашение»<sup>105</sup>, что представляется совершенно иррелевантным в виду известной синонимии *ractum* и *lex*, особенно применительно к Гаю (сfr. D. 2, 14, 48, цит. выше). В оригинальном тексте закона должно было в любом случае стоять *racio* (Fest., s. v. *ractionem*), а не *ractum*. Исследователи отмечают достаточно узкий и ситуативный смысл термина, который еще не получил значения обобщающей категории: «...обмен имуществом с целью сохранения или восстановления социального баланса»<sup>106</sup>. Это просто невозможная для эпохи XII таблиц казуистичность, к тому же закон предпочитает глагольную форму *racisci* (1, 6–7; 8, 2). В оппозиции синтагме *lex publica* (которая восходит, несомненно, к первоначальному тексту) должен был стоять термин с обобщающим смыслом.

В отношении выражения «potestatem facit lex» (закон наделяет властью) очевидно смысловое единство с привычным оборотом для указания на наделение юридической силой — «ita ius esto». Если Гай своими словами передавал именно эту диспозицию, то речь не о полномочии отдельного лица, не об участнике коллегии, а о конкуренции частного волеизъявления и общей нормы, частного и публичного<sup>107</sup>. Здесь уже авторитетное мнение С. Тондо отмечает переход от казуистичной нормы законов Солона к обобщающей и абстрактной формулировке XII таблиц, устанавливающих полноту автономии (*pienezza d'autonomia*)<sup>108</sup> частных коллегий вообще (а не только объединений гетайров-сотрапезников и похоронных союзов<sup>109</sup>).

<sup>101</sup> См.: *Fiori R.* Le forme di aggregazione sociale basate sulla fides: clientela e sodalitates // XII Tabulae. Testo e commento / a cura di Maria Floriana Cursi. Napoli: Jovene, 2018. T. 2. P. 688 sqq.

<sup>102</sup> *Macrob.*, Sat., 3, 3, 6: ...unde et sanctae leges, quae non debeant poenae sanctione corrumpi; Serv., Aen., 11, 158: ... sanctae leges appellantur quae neque corruptae sunt, neque corrumpi posunt; Ulp., 68 ed., D. 1, 8, 9, 3: ...ut leges sanctae sunt, sanctione enim quadam sunt subnixae...

<sup>103</sup> Это hapax legomenon: *Fiori R.* Homo sacer. Milano: Giuffrè, 1999; *Biscotti B.* Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano. Milano: Giuffrè, 2002. P. 85; *Albanese B.* Ancora su XII Tab. 8.27 in tema di *sodales* // AUPA. 48. 2003. P. 43.

<sup>104</sup> Литературу см.: *Albanese B.* Sulla norma decemvirale per le sodalitates... P. 92. — Сам Бернардо Альбанезе предлагал восстановить *racione* <condicione> m sibi ferre («поставить себе условие по соглашению») (Ibid. P. 94).

<sup>105</sup> *Humbert M.* La codificazione decemvirale: tentative d'interpretazione // Humbert M. Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti / a cura di Humbert M. Pavia: IUSS press, 2005. P. 35 nt. 71. — Амберу следует теперь Фьори: *Fiori R.* Le forme di aggregazione sociale basate sulla fides. P. 688. — Однако язык XII таблиц отличается от языка Сенеки не меньше, чем от языка юриста II в. При этом стиль Гая известен своей консервативностью.

<sup>106</sup> См.: *Biscotti B.* Dal pacere ai pacta conventa... P. 86 sq.

<sup>107</sup> См. далее (п. 14) об иерархии публичных и частных установлений: *Pacta privatorum ius publicum mutare non possunt* («Соглашения частных лиц не могут изменять публичное право»).

<sup>108</sup> *Tondo S.* Profilo di storia costituzionale romana. Vol. I. Milano: Giuffrè, 1981. P. 281. — Речь, разумеется, не идет о свободе ассоциаций, как полагал А. Пернис: *Pernice A.* Labeo. Bd. I. S. 290.

<sup>109</sup> Норма закона XII tab. 10, 2 о скромности, надлежащей при похоронных обрядах, по словам Цицерона (Cic., de leg. 2, 23, 59) также перенесена из законодательства Солона (Cfr. Plut., Solon.,

М. Амбер предлагает реконструкцию закона, в которой вместо «*ita ius esto*» ставит «*fraudem ne faciunto*» («да не совершают коварства»)<sup>110</sup>, ввиду того, что нарушение закона составляло бы *fraus*. Однако такая логика противоречит предлагаемой реконструкции: речь в законе идет именно о противоречии публичному закону (*fraus legis*), а не о нарушении соглашений, связывающих членов коллегии или воинов-гетайров (*fides sodalitatis*)<sup>111</sup>. Ученый усматривает анахронизм в противопоставлении *publicum* — *privatum*, которое он не считает возможным допустить ранее эпохи Гая или Папиниана. Фьори возражает<sup>112</sup>, ссылаясь на закон XII tab., 7, 8b (Paul., 16 ad Sab. D. 43, 8, 5): *si per publicum locum rivus aquae ductus privato posebit, erit actio privata ex lege XII tabularum, ut noxa domino sarciatur* («если канал или водопровод, идущий по публичному месту, будет причинять вред частному [месту], на основании закона XII таблиц возникнет частный иск, чтобы возместить ущерб собственнику»). Возражение, несмотря на присутствие архаического терминологии (поха *sarciri*<sup>113</sup>), принять нельзя: сама оппозиция *publicum* — *privatum* явно относится ко времени Павла, как об этом говорит термин «частный иск» (*actio privata*). Однако противопоставление частной автономии и публичного законодательства подтверждается цитатой Гая (D. 47, 22, 4) из закона Солона, где устав культовой или похоронной или морской или торговой коллегии получает признание, лишь бы он не противоречил публичному закону — *δημοσία γράμματα*.

Добавим к этому и выражение *δημοσία πίστις* в первом договоре Рима с Карфагеном 509 г. до н. э., которое приводит на греческом очевидец Полибий (Polyb., 3, 22, 10), свидетельствующий, что знатоки права в его время уже не понимали точный смысл латинского текста. В латинском же тексте этим словам должно было соответствовать выражение *publica fides* («публичное доверие»)<sup>114</sup>. Таким образом, идея публичного закона вполне могла найти в XII таблицах адекватное выражение и закон должен был санкционировать именно возможное нарушение *lex publica* (*ius publicum*)<sup>115</sup>.

Наделение же властью как полномочием заключать соглашения, имеющие юридическую силу, или постановлять устав своего союза должно было бы сопровождаться диспозицией *sine fraude esto* («да не будет нарушением, пусть пользуется признанием»), хотя такое управомочение больше подходит к регулированию фактических действий, нежели для наделения силой частного волеизъявления. Известны ссылки на другие законы XII таблиц, в которых признание власти или правомочия выражено словами «наделять властью» (*potestas dederit lex*)<sup>116</sup> или

21, 5). Вопреки Фьори, закон явно говорит о любых формах частных объединений, а не только о гетайрах.

<sup>110</sup> Humbert M. La codificazione decemvirale... P. 34 sq.

<sup>111</sup> О *fides* как основании подобных союзов см.: Fiori R. Le forme di aggregazione sociale basate sulla *fides*. P. 695. — См. также: Fiori R. Homo sacer. Napoli: Jovene, 1996. P. 152 sqq.; Дождев Д. В. Римское архаическое наследственное право. С. 32.

<sup>112</sup> Fiori R. Le forme di aggregazione sociale basate sulla *fides*. P. 689.

<sup>113</sup> См. Cardilli R. 'Damnatio' e 'oportere' nell'obbligazione. Napoli: Jovene, 2016. P. 99 sq.

<sup>114</sup> См.: Nörr D.: 1) Aspekte des römischen Völkerrechts. Die Bronzetafeln von Alcántara. München: Beck, 1989. S. 102 sq., 145 sq.; 2) Fides Punica — Fides Romana. Bemerkungen zur "demosia pistis" im ersten karthagisch-römischen Vertrag und zur Rechtsstellung des Fremden in der Antike // Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea / ed. by L. Garofalo. Vol. II. Padova: CEDAM, 2003. S. 497 sqq.; Дождев Д. В. Европейская традиция частного права. Т. 1. С. 181 сл.

<sup>115</sup> См.: Karlowa O. RRG. Bd. II. S. 65.

<sup>116</sup> XII tab., 4, 2 (Pap. Coll. 4, 8): *Cum patri lex dederit in filium vitae necisque potestatem* («...паз закон наделил [домовладыку] в отношении сына правом жизни и смерти»). — Очевидно, что Папиниан не цитирует известный ему текст XII таблиц, а лишь выражает общую идею закона, так что даже выражение *vitae necisque potestas* затруднительно возвести к древнему памятнику.

«пусть обладает властью» (*potestas esto*)<sup>117</sup>, что позволяет считать, что термин *potestas* также знаком самому памятнику, но в значении «личная власть»<sup>118</sup>. Терминология же наделения правомочием (*potestatem facere*) не засвидетельствована<sup>119</sup>. У Плавта (Plaut., *Capt.*, 374; *Mil.* 972) выражение «*potestatem facere*» означает «давать возможность» и относится к фактическим обстоятельствам, а не к позитивистскому дозволению (*Befugnis*), без которого частная автономия остается для наших современников столь сложной для понимания. Представляется, что, говоря о наделении правомочием членов коллегии, Гай передавал диспозицию закона с общим нормативным смыслом (*ita ius esto*), сходную с другими нормами (*XII tab.*, 5, 3; 6, 1) о силе частного волеизъявления. Такое положение устанавливало бы надлежащее *согласование и взаимное признание между ius* (*civile, civium Romanorum*), и *lex populi Romani, т. е. самими законами XII таблиц.*

## § 7. Лех и legate в завещательных распоряжениях

12. Соотношение *lex publica* и *lex privata* ясно проявляется в тексте заявления завещателя в процедуре медью и весами (*testamentum per aes et libram*), которое воспроизводит *nuncupatio* в ходе еще более древнего обряда манципации семейства (*mancipatio familiae*)<sup>120</sup>. В древнейшем обряде участник процедуры — *familiae emptor* («покупатель фамилии») — получал по манципации *familia* завещателя (*familiam accipiebat mancipio*) и занимал место наследника (*heredis locum optinebat*), тогда как в манципационном завещании одно лицо участвует в обряде манципации (и именуется по-прежнему *familiae emptor*), но это совершается лишь в подражание старому праву (*propter veteris iuris imitationem*), так как наследником назначается другое лицо (*Gai.*, 2, 103). Собственно, назначение наследника (*heredis institutio*) и отличает завещание (*testamentum*), тогда как обряд, в котором наследник не назначается, завещанием считаться не может.

*Gai.*, 2, 104:

Совершается же это дело следующим образом: тот, кто составляет завещание, призвав (как и при прочих манципациях) пять свидетелей, взрослых римских граждан, и весовщика, написав завещание на табличках, формально манципирует кому-нибудь свою фамилию. При этом покупатель фамилии произносит следующие слова: «Я заявляю, что твое имущество находится в моем распоряжении и под моей охраной, и пусть оно будет куплено мною посредством этой меди», — и, как добавляют некоторые, «медных весов, с тем чтобы ты мог по праву (*iure*) сделать завещание в соответствии с публичным законом (*secundum legem publicam*)»; затем он ударяет медью о весы и передает эту медь завещателю, будто вместо цены. Затем завещатель, держа таблички с завещанием, говорит: «Так, как это записано на этих воощенных табличках, так я даю, так распоряжаюсь, так завещаю (*ita do, ita lego, ita testor*), так и вы, квиристы, предоставьте мне свидетельство». И это называется

<sup>117</sup> *XII tab.*, 4, 2; 5, 7a (*Cic.*, *de inv.* 2, 50, 148): *Si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo rescunipaque eius potestas esto* («Если сойдет с ума, пусть власть над ним и его имуществом принадлежит агнатам и сородичам»). — Здесь Цицерон претендует на цитирование, однако присутствие в одной фразе агнатов и сородичей означает соединение двух норм в одну. Не случайно Павел в начале III в. свидетельствует, что текст взят из комментария к закону (*D. 50, 15, 53 pr: nam cum dicitur apud veteres "adgnatorum gentiliumque", pro separatione accipitur* («ведь когда у юристов старой школы говорится "агнатов и сородичей", это понимают как раздельное»). О законе см.: *Дождев Д. В.* Римское архаическое наследственное право. С. 65 сл., 159.

<sup>118</sup> *Voigt M.* *Die XII Tafeln.* Bd. II. S. 728.

<sup>119</sup> Напрасно Фьори (*Fiori R.* *Sodales...* P. 138) усматривает здесь оригинальный термин закона. Авторы английского издания памятника уверенно относят его к Гаю: *Crawford M., Humbert M., Lewis A. D. E.* *Twelve Tables, in Roman Statutes / ed. by M. H. Crawford.* Vol. II. London, 1996. P. 38.

<sup>120</sup> См. подробнее: *Дождев Д. В.*: 1) Римское частное право. 3-е изд. С. 662 сл. [п. 431]; 2) Римское архаическое наследственное право. С. 134 сл.; 157 сл.

«объявлением» (*nuncupatio*); «объявлять» (*nuncupare*) же значит «называть открыто», и действительно считается, что завещатель в общей форме оглашает и подтверждает то, что конкретно записал в табличках завещания.

Оставим в стороне содержание заявления и загадочной формулы «в мое распоряжение и [под мою] охрану» (*endo mandatela custodelaque mea*), которая, видимо, имела иной смысл применительно к *familia* (семейству), что должна была упоминать первоначальная формула, в отличие от *familia pecuniaque* (имущества), как говорится в формуле, известной Гаю: название участника процедуры (*familiae emptor*) и само ее наименование (*mancipatio familiae*) содержат лишь один термин, так что еще и во времена Гаю считалось, что в подражание древнему праву (*propter veteris iuris imitationem*) вся сделка (*totum hoc negotium*), совершаемая ради составления завещания (*testamenti ordinandi gratia*), заключается между завещателем и покупателем, занимавшим место наследника (*is qui familiam testatoris mancipio accipiebat, heredis loco erat.* — Gai., 2, 105). В центре нашего внимания фраза «Чтобы ты мог по праву сделать завещание в соответствии с публичным законом (*quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam*)» и последующее обращение к свидетелям с просьбой о свидетельстве. Слово *lex* в значении *lex privata* заключено в заявлении: «Так я даю, так распоряжаюсь, так завещаю», — так что *lex завещателя опирается на lex publica*<sup>121</sup>.

Требования к свидетелям при таком завещании — в отличие от обычной манципации — предусматривают, чтобы они были римскими гражданами и еще взрослыми мужчинами (D. 28, 1, 20, 6; Ulp., 20, 7). Это несомненное переживание связи завещания с комициями или войском (*testamentum in procinctu*)<sup>122</sup>. При этом роль свидетелей, названных здесь «квиритами»<sup>123</sup>, как в древнем народном собрании, где совершались завещания (*testamentum calatis comitiis*), все же ограничивается свидетельством: усматривать здесь имитацию народного собрания, как делают сторонники теории завещания-закона<sup>124</sup>, не следует. Термин *do* («даю») относится к абсолютному эффекту назначения наследника и смыкается с вещно-правовым действием отказа по виндикации (*legatum per vindicationem*), позволяя ряду авторов говорить об исключительно имущественном содержании древнего

<sup>121</sup> Этот подход сохранился и в дальнейшей истории римского права, где свобода завещательных отказов (*facultas legandi*) ограничивалась законодательно — посредством принятия (*rogatio*) публичных законов (*leges publicae p. R.*). В тексте законов распорядительная власть (*ius potestasque*) завещателя описывается как реализация воли распорядиться имуществом по публичному праву. Например, во второй главе закона Фальцидия 40 г. до н. э. (D. 35, 2, 1 pr): *Secundo capite modum legatorum constituit his verbis: "Quicumque civis Romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, is quantam cuique civi Romano pecuniam iure publico dare legare volet, ius potestasque esto..."* («Во второй главе закон установил порядок легатов в таких словах: "Какой бы римский гражданин после принятия этого закона ни оставлял завещание, сколько имущества какому римскому гражданину захочет дать и оставить по публичному праву, пусть у него будет право и власть..."»).

<sup>122</sup> *Albanese B. Prospettive negoziali romane arcaiche // Poteri, negozia, actiones nella esperienza romana arcaica. Atti Convegno di diritto romano. Copanello, 1982 / a cura di F. Milazzo. Napoli: Edizioni scientifiche, 1984. P. 132.*

<sup>123</sup> Светоний и Тацит донесли случай, когда Цезарь, обратившись к мятежным солдатам «Квириты!», сумел восстановить порядок (Suet., Caes., 70; Tac., Ann., 1, 42). П. Ф. Жирар остроумно замечает, что обращение «Квириты» к пяти свидетелям при частном завещании выглядело бы смешно, если бы не его ритуальная функция (*Girard P. F. Manuel élémentaire de droit romain. Paris, 1929. P. 822*).

<sup>124</sup> Восходящая к Т. Моммзену, эта трактовка порой приходит к уподоблению завещанию посмертному усыновлению (*adrogatio*), также совершавшемуся в народном собрании: *Kaser M. RPR. Bd. I. S. 106; Kunkel W. RPR. S. 318 A. 8.*

наследования. В этом ряду «lego» стимулирует сужение семантики до «do», что просто сводит завещание к легату<sup>125</sup>.

Наш подход, напротив, позволяет увидеть здесь обращение за свидетельством в целях признания и подтверждения волеизъявления завещателя как *lex privata* — как *распоряжения, отвечающего общим требованиям публичного закона*. Б. Альбанезе справедливо полагает, что сама формула *nuncupatio* доказывает, что роль собрания и в комициях заключалась в засвидетельствовании (*suprema contestatio*) частной воли завещателя<sup>126</sup>. Завещатель мог сослаться на таблички завещания, а мог назвать наследников поименно в устном заявлении. D. 28, 1, 21 pr (Ulp., 2 Sab.):

Наследников следует назвать (*nuncupare*) открыто (*palam*), так чтобы можно было слышать: ведь завещателю дозволено либо произнести имена наследников, либо записать; но если он произносит, должен произносить открыто. Что значит открыто? Не обязательно публично (*in publicum*), но так, чтобы было слышно; слышно же не всем, но свидетелям; и если свидетели привлечены в большем количестве, достаточно, чтобы было слышно числу, предписанному чином ритуала.

*Palam nominare* — восходит к закону XII таблиц 6, 1 (по словам Л. Цинция Алименты): *требование гласности здесь следует не из магической силы ритуала (lex как certa verba), а непосредственно из публичного закона (lex publica)*.

13. Слова «*secundum legem publicam*» мы встречаем и в ритуале освобождения от обязательства с медью и весами — *solutio per aes et libram*<sup>127</sup>.

Gai., 3, 173–174:

Существует и другой вид воображаемого исполнения обязательства — посредством меди и весов (*per aes et libram*). И сама эта схема (*genus*) принята как общая для определенных случаев, например если долг установлен из сделки, заключенной посредством меди и весов, или на основании присуждения (*ex iudicati causa*).

Требуется не менее пяти свидетелей и весодержатель; затем тот, кто освобождается, должен сказать так: «Раз я тебе присужден (*condemnatus*) на столько-то тысяч, я по этому поводу развязываюсь и освобождаюсь от тебя посредством этой меди и медных весов. Вот, ты, я взвешиваю этими весами, первыми и последними, согласно публичному закону (*secundum legem publicam*)». Затем он ударяет медью по весам и дает ее тому, от кого освобождается, как бы в уплату.

Гай поясняет, что обряд требуется для освобождения от обязательства, заключенного в такой же обрядовой форме (это конечно, *пехум*), а также в случае присуждения по судебному иску, а ниже (Gai., 3, 175) добавляет и обязательство, наложенное на наследника в форме *legatum per damnationem* (легат по приговору: понятие *damnatio* — предшественник *condemnatio* (< *con-damnatio*) и упоминаемое в заявлении должника<sup>128</sup>). Должник дважды называет весы — и как инструмент установления обязательства<sup>129</sup>, и как средство его прекращения (*primam*

<sup>125</sup> Незаслуженно распространенная в первой половине XX в. трактовка древнейшего завещания как легата (*Legatentestament*) не возвышает легат до *lex privata*, а сводит завещание к сингулярному распоряжению (см.: *Lenel O. Deutung als bloßes Legatentestament // Essays in Legal History / ed. by P. Vinogradoff. Oxford, 1913. P. 126 sq.* — См. также: *Kaser M. RPR. Bd. I. S. 107 A. 21*; другая литература).

<sup>126</sup> *Albanese B. Prospettive negoziali romane arcaiche... P. 122 sq.*

<sup>127</sup> Элий Галл, автор сочинения «О значении слов» в I в. до н. э., называет этот обряд *пехи liberatio*. Fest. (*Lindsay, p. 160*): *Nexum est, ut ait Gallus Aelius, quodcumque per aes et libram geritur: id quod necti dicitur. Quo in genere sunt haec: testamenti factio, nexi datio, nexi liberatio* («*Nexum* — это, как говорит Галл Элий, все, что совершается с медью и весами, то, о чем говорят, «связанные». Этот род включает в себя: составление завещания, отдачу в *пехум*, освобождение от *пехум*»).

<sup>128</sup> И предтеча понятия *obligatio*: *Cardilli R. 'Damnatio' e 'oportere' nell'obbligazione. P. 263 sqq.*

<sup>129</sup> В тексте Гая за основную принимается гипотеза присуждения по решению суда (*iudicatum*).

postematque), что создает тот обрядовый цикл, который определяет сферу долга. Эта сфера управляется публичным законом (lex publica), в котором легко узнать наш XII tab., 6, 1.

Разнообразные формы использования манципации: с целью отчуждения, с целью поручения отпустить раба на волю или установить иные формы контроля за новым собственником (фидуциарность), завещание (и предшествовавшая ему фидуциарная форма распоряжения mortis causa), установление и прекращение обязательства, отягощенного перспективой личной расправы (в форме наложения руки), — все они находят основание в законе XII таблиц, lex publica, о чем нередко говорится в фиксированной вербальной формуле (lex dicta), сопровождающей обряд. *Частная сфера сама апеллирует к публичному закону и ощущает себя частью публичного порядка.*

## § 8. Ius publicum как нормативный контекст частной автономии

14. Существуют свидетельства того, что римляне мыслили частную автономию именно в контексте объективной нормативности<sup>130</sup>, обсуждая императивность не в виде банальной оппозиции частного волеизъявления публичному закону<sup>131</sup>, а как зависимость индивидуальной воли от композиции договорного типа или предпосланной волеизъявлению структуры правоотношения<sup>132</sup>. Диспозитивность принято понимать как выделение усмотрению частных лиц определенной сферы, свободной от вмешательства государства, а императивность (ius cogens) — как установление границ такому усмотрению<sup>133</sup>. Соответственно многочисленные утверждения, что юридические акты частных лиц (pacta) не могут нарушать публичное право, понимаются как пределы, поставленные законом инициативе частных лиц: не как *невозможность* определенного соглашения, а как его *запрет*<sup>134</sup>. Pap., 2 quaest. D. 2, 14, 38: ius publicum privatorum pactis mutari non potest (право, установленное законом, не может быть изменено соглашениями частных лиц); Ulp., 3 opin. D. 50, 8, 2, 8: (Ius rei publicae pacto mutari non potest (право государства нельзя изменить соглашением); Ulp. 30 ad ed. D. 50, 17, 45, 1: Privatorum conventio iuri publico non derogat (соглашение частных лиц не отменяет публичное право)<sup>135</sup>.

Есть, однако, прямые свидетельства понимания самими римскими юристами этой максимы как *невозможности*. Например, D. 2, 14, 28 pr (Gai., 1 ed. prov.):

Contra iuris civilis regulas pacta conventa rata non habentur: veluti si pupillus sine tutoris auctoritate pactus sit, ne a debitore suo peteret...

Неформальные соглашения, противоречащие правилам гражданского права, не имеют силы: например, если малолетний без одобрения опекуна заключит соглашение, что он не будет предъявлять требование должнику...

<sup>130</sup> О теоретической необходимости нормативной реальности: *Ширвиндт А. М.* Принцип добросовестности в ГК РФ и сравнительное правоведение // *Aequum ius*. От друзей и коллег к 50-летию профессора Д. В. Дождева. М.: Статут, 2014. С. 235.

<sup>131</sup> О банальности говорит М. Казер: *Kaser M.* Der Privatrechtsakt in der römischen Rechtsquellenlehre. S. 108–109.

<sup>132</sup> См.: *Betti E.* Der Typenzwang bei den römischen Rechtsgeschäften und die sogenannte Typenfeiheit des heutigen Rechts // *Festschrift für L. Wenger*. Bd. 1. München, 1944. S. 249 sq.

<sup>133</sup> См., например, в рамках авторитетнейшей романистики: *Kunkel W.* RPR. S. 55 sq; *Kaser M.* RPR. Bd. I. S. 175; *Schmidlin B.* Die römische Rechtsregeln. Köln; Wien, 1970. S. 54.

<sup>134</sup> *Kaser M.* Privatrechtsakt. S. 108 sq. (и указанная там литература).

<sup>135</sup> См. также: D. 2, 14, 27, 4; 11, 7, 20; 27, 8, 1, 9; 38, 1, 42; 50, 17, 27; C. 6, 23, 13 (a. 294); PS. 1, 1, 6.

Гай говорит, что соглашение о невзыскании долга (*pactum de non petendo*), заключенное малолетним без одобрения опекуна, не создаст даже эксцепции (*exceptio pacti conventi*), поскольку оно нарушало бы правило, по которому малолетний не может ухудшать собственное правовое положение, отказ же от взыскания (пусть временный) подобен прекращению обязательства, на что лица мужского пола, состоящие под опекой, не способны юридически. Гай ниже добавляет: «...ведь и исполнить в его пользу нельзя без одобрения опекуна» (*nam pes solvi ei sine tutoris auctoritate potest*). Однако такой акт не имеет силы не потому, что правопорядок ставит пределы частному волеизъявлению, а потому, что это волеизъявление недееспособного лица: *это юридическая невозможность*<sup>136</sup>, а не ограничение диспозитивности.

Рассмотрим и такой текст D. 50, 17, 27 (Pomp., 16 ad Sab.)<sup>137</sup>:

Соглашение частных лиц не должно что-либо менять ни из преторского, ни из торжественного права, хотя основание обязательств можно изменить по соглашению и с эффектом по гражданскому праву, и в силу эксцепции о заключенном соглашении: так как тип иска, введенный либо законом либо претором, нельзя отменить соглашениями частных лиц, разве что они заключат соглашение в момент предъявления иска.

Здесь императивному действию преторского или торжественного (*ius sollemne*<sup>138</sup>) права противопоставляется соглашение частных лиц (*privatorum conventio*), которое прекращает обязательство. Различение гражданского и преторского права приводит к тому, что в римском праве обязательство может быть прекращено либо в материальном смысле — *ipso iure* (*scil. civili*), по гражданскому праву, либо в процессуальном — *ope exceptionis* (в силу эксцепции), создав процессуальное возражение на иск кредитора. В последнем случае долг как материальное отношение сохраняется и кредитор остается кредитором, но его требование опровергается эксцепцией о состоявшемся соглашении (*exceptio pacti conventi*), о чем и говорится в тексте. Таким образом, говоря о типе иска (*modus agendi*)<sup>139</sup>, юрист обсуждает не запрет, ограничивающий содержание частного акта, а *формы и способы реализации частной автономии — нормативную матрицу, парадигму осуществления частных прав: соглашение сторон, заключенное в соответствии с правовым порядком, приводит к искомому результату — прекращению обязательства* (по преторскому или по гражданскому праву).

Рескрипт Диоклетиана 294 г. трактует активную завещательную правоспособность как следствие *lex publica*, так что (не)возможное нарушение со стороны частного лица относится к посягательству на порядок и правовую форму, которая противостоит такому частному акту как публичное право.

C. 6, 23, 13 Diocl. et Maxim. AA. et CC. Euripidi:

Testandi causa de pecunia sua legibus certis facultas, non iurisdictionis mutare formam vel iuri publico derogare cuiquam permissum est.

<sup>136</sup> Ср.: Schmidlin B. Die römische Rechtsregeln. S. 58.

<sup>137</sup> Nec ex praetorio nec ex sollemni iure privatorum conventionem quicquam immutandum est, quamvis obligationum causae pactione possint immutari et ipso iure et per pacti conventi exceptionem: quia actionum modus vel lege vel per praetorem introductus privatorum pactionibus non infirmatur, nisi tunc, cum inchoatur actio, inter eos convenit.

<sup>138</sup> Бруно Шмидлин (Ibid. S. 48) со ссылкой на фундаментальный труд Эрлиха (*Ehrlich E. Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen. T. 1. Berlin, 1906. S. 104*) понимает это выражение как указание на первоначальное *ius civile*.

<sup>139</sup> Подлинность терминологии подтверждают слова Гая (Gai., 4, 12): *lege autem agebatur quique modis* (в форме торжественных исков процесс вели пятью способами). Уже: *Wassak M. Römische Prozessgesetze. Bd. I. Leipzig, 1888. S. 123.*

Основание для завещания о своем имуществе — это правомочие, установленное определенными законами, а менять форму юрисдикции или отменять публичное право не дозволено никому.

Выражение *iurisdictionis formam mutare*<sup>140</sup> ясно показывает, что обсуждается недопустимость нарушения правопорядка, который обслуживает сферу частных правовых актов, обеспечивая их действительность и действенность. Нередки выражения «*forma senatusconsulti*», «*forma constitutionum*», «*perpetuam formam edicti*» (С. 6, 46, 2, 1 (205); С. 7, 21, 4 pr (a. 228), с которыми сближают «*forma iuris*» (С. 5, 31, 1 (a. 214); 4, 2, 1(a. 204)), усматривая в этой фразеологии отсылку к *ius publicum*<sup>141</sup>. Есть прямое свидетельство того, что Юлиан ставит выражение *forma iuris* в один ряд с *ius publicum* (Ulp., 35 ad ed. D. 26, 7, 5, 7): *ut ait Iulianus... nemo enim ius publicum remittere potest huius modi cautionibus nec mutare formam antiquitus constitutam* («как говорит Юлиан... никто же не может оговорками подобного рода отменить публичное право или изменить издревле установленный порядок»). Здесь «*forma constituta*» — это *forma iuris civilis constituta*, подтвержденная своей древностью норма гражданского права, что близко к *ius sollemne* Помпония и Сабина в D. 50, 17, 27.

Классики донесли до нас в словах «*forma iuris*» и недвусмысленное указание и на договорный тип (*forma locati, mandati, depositi*)<sup>142</sup>.

Ulp., 4 ad ed., D. 2, 14, 7, 15:

Но и в том случае, если кто-либо заключит соглашение, чтобы не предъявлять иска о поклаже, соглашение, согласно Помпонию, действительно. Также если кто-либо заключил соглашение, чтобы на основании поклажи отвечать за любой риск, Помпоний говорит, что соглашение имеет силу и его как заключенное не в нарушение правовой формы следует соблюдать<sup>143</sup>.

Стоит повторить, что *pactum* (*pactum conventum, condicio*) и *lex* (*lex contractus*) — синонимы<sup>144</sup>. Так, *lex commissoria* при купле-продаже — это *pactum*, условие, оговорка, по которой договор вступит в силу только с уплатой цены, а *pactum displicentiae* — с момента одобрения качества товара покупателем<sup>145</sup>. Выражение *lex contractus* (D. 18, 1, 40 pr) приравнивает его к *pactum*, а *lex dicere* — к *pactum est*<sup>146</sup>. Оговорки, уточняющие, конкретизирующие и корректирующие

<sup>140</sup> Выражение *iurisdictionis formam mutare* встречается также в D. 10, 2, 20 pr: *imperitia, inquit, coheredum iurisdictionis formam mutare non potuit* (слова Папиниана); С. 2, 12, 3 (a. 204) *secundum formam iurisdictionis*. — Ср.: *formam iuris fiscalis* в D. 2, 14, 42 *pactis privatorum formam iuris fiscalis convelli non placuit* («не признал, что соглашениями частных лиц можно нарушить положение фискального права»).

<sup>141</sup> Schmidlin B. Die römische Rechtsregeln. S. 52.

<sup>142</sup> Ulp. D. 24, 3, 7, 3: *ex forma locationis*; Cels. D. 17, 1, 48, 2: *extra mandati formam*; Paul. D. 17, 1, 46. — См.: Faletti L. Note sur l'emploi du terme *forma* dans les textes juridiques // Mélanges Paul Fournier. Paris, 1929. P. 219 sq; Cardilli R. Il problema della resistenza del tipo contrattuale nel diritto romano tra "natura contractus" e "forma iuris" // Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Vol. 3. Napoli, 2008. P. 1 sqq.; 28 sq.

<sup>143</sup> Sed et si quis paciscatur, ne depositi agat, secundum Pomponium valet pactum. item si quis pactus sit, ut ex causa depositi omne periculum praestet, Pomponius ait pactionem valere nec quasi contra iuris formam factam non esse servandam.

<sup>144</sup> Священное изложение учения о пактах см.: Knütel R. Contrarius consensus. Köln; Graz: Mohr, 1968. S. 61 sq.; 69 sq.

<sup>145</sup> См.: Дождев Д. В. Комиссорная оговорка при залоге: проблема совместимости правовых конструкций [2014] // Европейская традиция частного права: исследования по римскому и сравнительному праву. Т. 2. С. 37 сл.

<sup>146</sup> Стоит учитывать и многозначность термина *pactum*. См. выше прим. 65.

содержание договора, именуется *leges*<sup>147</sup>. Так, Варрон (Varro, *de re rust.*, 2, 2, 5), излагая общие основы каутелярной юриспруденции эпохи Республики, заявляет, что главная для сторон норма — это *lex contractus*, то, что они положили для себя сами: *In emptioibus iure utimur eo, quod lex praescripsit* («При договорах купли мы подчиняемся тому праву, которое предписано соглашением сторон»). Можно сказать, это апофеоз диспозитивности<sup>148</sup>. Речь — о содержании договора, его конкретном предмете, общей и конкретной цели (каузе), значимых для сторон обстоятельствах, режиме ответственности и прочих деталях, которые и формируют договорное правоотношение, как мы это уже видели применительно к *lex venditionis*<sup>149</sup>.

В знаменитом тексте D. 50, 17, 23, где Ульпиан, изложив общие основы договорной ответственности, обращается к соглашениям сторон об ограничении ответственности:

D. 50, 17, 23 (Ulp., 29 ad Sab.):

<...>

Но это так, если что-либо не было оговорено специально (либо больше, либо меньше) в отдельных договорах: ведь будет соблюдаться то, о чем изначально договорились (ведь договор дает закон [сторонам]), за исключением того, что Цельс полагает, что не имеет силы, если договорятся, чтобы не отвечать за умысел...<sup>150</sup>

В науке нет устойчивого понимания фразы «*legem contractus dedit*». Георгеску<sup>151</sup> критиковал Альфреда Манигка за такое прочтение: *der Vertrag gibt sich selbst sein Gesetz* («...договор дает сам себе свой закон»), указывая, что *contractus* стоит здесь в родительном падеже (ср. *lex contractus servabitur* — «будет соблюдаться закон договора»), и фразу следует переводить так: «...[стороны] дают закон договору».

Однако глагол стоит в единственном числе, и если закон дается договору, то предполагается дательный падеж (*contractui*)<sup>152</sup>, а не родительный. Представляется, что *contractus* здесь — подлежащее (в именительном падеже), так как никакого иного действующего лица в единственном числе в тексте нет, и фраза означает: «...договор дает закон [для сторон]»<sup>153</sup>.

Речь о том, что *pactum*, заключенный при основном договоре по доброй воле (*initio [contractus]*), — так называемый *pactum in continenti* (D. 12, 1, 40),

<sup>147</sup> *Mitteis L. Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians. Bd. I. Leipzig: Duncker & Humblot, 1908. S. 149 sq.*

<sup>148</sup> D. 16, 3, 1, 6 (Ulp., 30 ad ed.): *Si convenit, ut in deposito et culpa praestetur, rata est conventio: contractus enim legem ex conventionem accipiunt* («Если договорятся, чтобы по договору поклажи была и ответственность за вину, соглашение имеет силу: ведь договоры получают закон из соглашения»).

<sup>149</sup> См. выше, п. 7. Добавим к этому: D. 19, 1, 53, 1 (Lab., 1 pith.); D. 19, 5, 12 (Proc., 11 epist.); D. 18, 1, 59 (Cels., 8 dig. (Q. Muc.)); D. 18, 1, 60 (Marcell., 6 dig.); D. 22, 1, 41, 1 (Mod., 3 resp).

<sup>150</sup> *Sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit (legem enim contractus dedit), excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolus praestetur...*

<sup>151</sup> *Georgesco V. 'Lex contractus'. Contribution a la théorie générale de l'acte juridique en droit romain, in Études de philologie juridique et de droit romain. Bucarest; Paris, 1940. P. 276, nt. 1.* — Речь о работе: *Manigk A. Privatautonomie // Festschrift Paul Koschaker. Bd. I. Weimar: Böhlau, 1939. S. 274.*

<sup>152</sup> Напр.: 19, 1, 13, 26 (= Vat. 11): *lex contractui*. — Сходная формулировка в: D. 2, 14, 7, 5: *pacta... quae legem contractui dant* — «соглашения, которые определяют режим договора» (цит. ниже).

<sup>153</sup> Здесь нет противоречия с тем, что в D. 16, 3, 1, 6 (цит. выше, прим. 148) — договоры «получают закон из соглашения [сторон]»: важен выход за рамки значения «оговорка» и возвышение композиции правоотношения до уровня *lex*, когда моделью выступает, конечно, *lex publica*. Надо ли напоминать формулу ст. 1134 Кодекса Наполеона (утраченную в 2016 г.), где договор возведен в закон (*loi*) для сторон.

сказывается на содержании иска (*ex parte actoris* — на стороне истца), т. е. входит в обязательство, а не просто порождает эксцепцию.

D. 2, 14, 7, 5 (Ulp., 4 ad ed.):

Порой же [соглашение] образует сам иск (*format ipsam actionem*), как в формулах по доброй совести: ведь мы привыкли говорить, что неформальные соглашения (*pacta conventa*) входят в формулы исков по доброй совести. Но это надо понимать так, что если соглашения добавлены сразу же (*in continenti*), то они действуют даже на стороне истца (*ex parte actoris*); если же по прошествии времени (*ex intervallo*), то не входят, не действуют, если подает иск, чтобы [не получилось так, будто] из простого соглашения возникал бы иск.  
<...>

Производить действие на стороне истца (*ex parte actoris*) — значит формировать содержание иска, в котором проявляется материальное правоотношение сторон. Ограничением выступает то, что выходит за рамки договорного типа, что выражает понятие «природы договора» или «формы права».

Примеры такому подходу многочисленны<sup>154</sup>. Папиниан, рассматривая специфическое соглашение сторон при договоре поклажи (Pap., 9 quaest. D. 16, 3, 24), когда стороны договорились о возвращении не той же вещи, а такого же количества (*ut tantundem solveretur convenit*), говорит, что дело выходит за хорошо известные рамки договора хранения (*egreditur ea res depositi notissimos terminos*), а затем — обращаясь к соглашению сторон о процентах, делает два, казалось бы, взаимоисключающих заключения. Юрист заявляет, что в отсутствие просрочки истребование процентов «противоречит основам доброй совести и природе поклажи» (*contra bonam fidem et depositi naturam*), а затем говорит, что если стороны условились о процентах при самом заключении договора (*ab initio de usuris praestandis convenit*), закон договора должен соблюдаться (*lex contractus servabitur*)<sup>155</sup>.

Понятие формы договора или его природы может иметь вполне прочные корни. Так, обсуждая допустимость договора товарищества, в котором участник мог бы быть освобожден от убытков при сохранении прибыли, Квинт Муций почитал такое соглашение (*talem pactionem*) вступающим в противоречие с «природой договора товарищества» (*contra naturam societatis*). Институции Юстиниана (I. 3, 25, 2), сообщая неизвестную иначе позицию великого юриста, явно сохранили терминологию оригинала (*arg. ex pactione*), так что слова «*natura societatis*» следует считать восходящими к подлиннику II в. до н. э. Эти слова можно сблизить с выражением «*figura negotii*» раннего Цицерона (Cic., *de inv.*, 1, 41) и сделать вывод, что принципы, на которых изначально формировалось римское право, были осмыслены и закреплены в эпоху становления юридической науки и определили дальнейший прогресс этой правовой системы.

## Заключение

Проанализированные материалы не подтверждают зависимость частной автономии от публичного источника: допущения частного усмотрения со стороны публичной власти не происходит, напротив, *частные акты и сделки составляют содержание правовой системы*. Установление вещного обременения, завещание, устав коллегии и обязательство находят основание и признание в публичном законе — правопорядке, объединяющем общество (*lex publica*).

<sup>154</sup> Rotondi G. *Natura contractus* // BIDR. 24. 1911. P. 5 sqq.

<sup>155</sup> Добавим сюда и слова Папиниана (D. 2, 14, 7, 5) о выходе за рамки природы договора купли *extra naturam contractus*. См. уже: D. 18, 1, 72 pr (Pap., 10 quaest.).

«Отраженное действие» вещных оговорок (*leges mancipio dictae*), по Бехманну, показывает, что частная воля, частное распоряжение (*lex privata*) являются элементом нормативной системы: его юридический эффект согласован с нормативным контекстом и отвечает действию объективной нормы права, отраженной в публичном праве (*lex publica*). Именно это взаимодействие *lex publica* и *lex privata* наделяет акт силой создавать и изменять субъективные права, оно и делает частную волю *правовой волей* и выступает ее *определением*, отличая неоформленные желания, побуждения, планы и мечты от юридически значимого воления, интегрированного в систему права.

Допущение собственника к господству над вещью открывает и возможность распоряжения как значимого для третьих лиц волеизъявления, так что абсолютный характер отношения выражается не только в исключении других лиц от связи с вещью, но и в господстве *над вещью*<sup>156</sup>: властная позиция предполагает и способность определять судьбу вещи, задавать ей правовой режим (*lex*) существования, связывающий посторонних как зависимых от объекта лиц.

*Противоречие между частным произволом и публичной организацией общества представляется надуманным: частная воля становится общественно значимой и получает правовой характер, только будучи интегрированной в нормативный контекст, который и сообщает ей необходимый момент всеобщего, давая ей определение как воли (правового явления), отличая ее от произвола.* Подлинная диспозитивность усматривается в зависимости частного волеизъявления от матрицы типизированных и отвечающих норме содержаний (*forma iuris, natura contractus*), в то время как нарушение подобной нормы оказывается либо невозможным (воля остается наедине с собой вне правового поля), либо уже предусмотренным нормой сценарием, получая значение специального содержания договора или исключения в порядке ограничения права одной из сторон (*ore exceptionis*).

Статья поступила в редакцию 30 июня 2024 г.  
Рекомендована к печати 18 октября 2024 г.

## *Lex privata and lex publica: Private autonomy and objective normativity*

D. V. Dozhdev

**For citation:** Dozhdev D.V. 2024. *Lex privata and lex publica: Private autonomy and objective normativity. Pravovedenie* 68 (4): 444–481. <https://doi.org/10.21638/spbu25.2024.401> (In Russian)

The phenomenon of “private legislation” (*lex privata*) is usually discussed as a historically conditioned practice, presenting the emerging political unity of the Roman city (*civitas, res publica*) as the antithesis of private autonomy. This interpretation should be refuted, as the public recognition and confirmation of acts of private legislation in the laws of the Twelve Tables — “*ita ius esto*” (5, 3; 6, 1 and 8, 27) testify of an opposite. The private sphere turns out to be the content of the public sphere, finding in it not a limitation, but a source of recognition and normative definition, without which the private act does not receive the necessary moment of the general, of the universal, endowing it with a legal dimension. In the paper various manifestations of private *lex* in Roman law are discussed: *leges mancipi, testamentum, legatum, lex contractus*. The reservations to the act of *mancipatio* are recognized as enforced by the Law of the XII Tables 6, 1. Their *in rem* effect is traced, which is determined by usual consequences of *mancipatio*, as well as their subsequent replacement by reservations to the contract of purchase (*leges ven-*

<sup>156</sup> Bucher E. Normsetzungsbefugnis. S. 153. — См. уже: Jhering R., von. Passive Wirkungen der Rechte. S. 387, 392.

*ditionis*). The understanding of reservations to the *mancipatio* as means of creation of a legal regime for a thing (*lex fundi, lex aedii, lex praedii*) by the autonomous discretion of a private person is criticized, and their qualification as an act of establishing an easement or other property encumbrance is supported. Roman lawyers obviously discussed the issue of competition between private discretion and public order, specific interest and general norm. The relationship between private will and public regulation in relation to the charter (*lex*) of the collegium is traced, and the norm of the XII Tables 8, 27 is reconstructed with the “*ita ius esto*” disposition. An appeal to testamentary dispositions shows that Roman law envisaged the basis for their legal force in public law. The article analyzes various contexts of the maxim “private agreements and acts of disposal cannot change the public order” and draws a conclusion about the semantics of *ius publicum* in the advanced opposition. It is noted that the Roman legal culture was aware of the importance of the normative context and the matrix of normative definitions for the validity and effectiveness of private expression of the individual will. *Ius cogens* versus *ius dispositivum* arrangements are in the focus of a study. Agreements implementing dispositive regulation (*pacta, leges, condiciones*) are integrated into the normative definitions of the private sphere (*forma iuris, natura contractus*) and endow the idea of public law (*ius publicum*) with the meaning of a norm of general application. The analyzed materials do not confirm the dependence of private autonomy on a public source: there is no admission of private discretion from the part of public authority; on the contrary, private legal acts and transactions constitute the content of a known legal system. The establishment of a property encumbrance (*servitus, ususfructus*), a will (*testamentum*), a charter of a collegium and an obligation find their roots and recognition in public law — the legal order that unites a society (*lex publica*).

**Keywords:** private autonomy, public law, private law, convention, *lex privata*, *lex Mancipi*, *lex contractus*, *pactum*, *forma iuris*, *natura contractus*.

## References

- Albanese, Bernardo. 1949. La successione ereditaria in diritto romano antico. *AUPA* 20: 127–488.
- Albanese, Bernardo. 1982. *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*. Palermo, Palumbo.
- Albanese, Bernardo. 1984. Prospettive negoziali romane arcaiche. *Poteri, negozia, actiones nella esperienza romana arcaica. Atti Convegno di diritto romano. Copanello, 1982*. Napoli, Edizioni scientifiche: 109–124.
- Albanese, Bernardo. 1992. Brevi studi di diritto romano. IV. Cum nexum faciet mancipiumque. *AUPA* 42: 52–60.
- Albanese, Bernardo. 2002. Sulla norma decemvirale per le *sodalitates* (XII Tab. 8.27). *AUPA* 47: 88–95 (= 2006. *Scritti giuridici*. Vol. IV. Torino, Giappicchelli: 956–963).
- Albanese, Bernardo. 2003. Ancora su XII Tab. 8.27 in tema di *sodales*. *AUPA* 48: 33–44 (= 2006. *Scritti giuridici*. Vol. IV. Torino, Giappicchelli: 1011–1024).
- Arangio-Ruiz, Vincenzo. 1949. *Il mandato in diritto romano*. Napoli, Jovene.
- Bechmann, August. 1876. *Der Kauf nach gemeinem Recht. I. Geschichte des Kaufs im römischen Recht*. Erlangen, Deichert.
- Bellocci, Nicla. 1979. *La struttura del negozio della fiducia nell'epoca repubblicana*. Vol. I. *Le nuncupationes*. Napoli, Jovene.
- Betti, Emilio. 1944. Der Typenzwang bei den römischen Rechtsgeschäften und die sogenannte Typenfreiheit des heutigen Rechts. *Festschrift für L. Wenger zu seinem 70. Geburtstag*. Bd. 1. München, Beck: 249–283.
- Biodi, Biondo. 1954. *Le servitù prediali nel diritto romano*. Milano, Giuffrè.
- Biscotti, Barbara. 2002. *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno patrizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*. Milano, Giuffrè.
- Bonfante, Pietro. 1926. Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana: ‘Res Mancipi; e ‘res nec Mancipi’ [1888–1889]. *Scritti giuridici vari*. Vol. 2. Torino, Giappicchelli: 1–326.
- Bonfante, Pietro. 1928. *Corso di diritto romano*. Vol. II. Roma, Sampolesi.
- Bucher, Eugen. 1965. *Das subjective Recht als Normsetzungsbefugnis*. Tübingen, J. C. B. Mohr.
- Bucher, Eugen. 1986. Für mehr Aktionendencken. *AcP* 186: 1–73.
- Canaris, Claus-Wilhelm. 1983. *Gezetzliches Verbot und Rechtsgeschäfte*. Heidelberg, Müller.
- Canaris, Claus-Wilhelm. 2000. Wandlungen des Schuldvertragsrechts? Tendenzen zu seiner Materialisierung. *AcP* 200: 273–364.

- Capogrossi Colognesi, Giuseppe. 1969. *La struttura della proprietà e la formazione dei "iura praediorum" nell'età repubblicana*. Vol. I. Milano, Giuffrè.
- Cardilli, Riccardo. 2008. Il problema della resistenza del tipo contrattuale nel diritto romano tra "natura contractus" e "forma iuris". *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato 3*. Napoli, Jovene: 1–75.
- Coli, Ugo. 1913. *Collegia e sodalitates. Contributo allo studio dei collegi nel diritto romano*. Bologna, Editore Presso il Seminario Giuridico.
- Coli, Ugo. 1956. Il testamento nella Legge delle XII Tavole. *Iura* 7: 24–91.
- Coli, Ugo. 1973. Sul parallelismo del diritto pubblico e del diritto privato nel periodo arcaico di Roma. *Scritti di diritto romano*. Vol. 1. Milano, Giuffrè: 212–243.
- Crawford M., Humbert M., Lewis A. D. E. 1996. *Twelve Tables. Roman Statutes*. Crawford M. H. (ed.). Vol. II. London, Institute of Classical Studies: 555–721.
- Cuq, Eduard. 1918. *Lex. Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines Daremberg et Saglio*. Vol. III. P. 2. Paris, Hachette: 1107.
- Cursi, Maria F. 2018. La macipatio e la mancipatio familiae. *XII Tabulae. Testo e commento*. Cursi M. F. (ed.). T. 1. Napoli, Jovene: 339–380.
- De Visscher, Fernand. 1936. Mancipium et res mancipi. *SDHI* 2. 281–356.
- Donellus, Hugo. 1829. *Commerntarii de iure civili*. Vol. 2. Roma: Typis Iosephi Salviucci.
- Dozhdev, Dmitrij V. 1996. *Roman Private Law*. Moscow, Norma Publ.; Infra-M Publ. (In Russian)
- Dozhdev, Dmitrij V. 2011. *Roman Private Law*. 3<sup>rd</sup> ed. Moscow, Norma Publ. (In Russian)
- Dozhdev, Dmitrij V. 2021. *European Tradition of Private Law: Essays in Roman and Comparative Law*. In 2 vols. Moscow. (In Russian)
- Ehrlich, Eugen. 1906. *Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen*. T. 1. Das ius civile, ius publicum, ius privatum, Berlin, Mohr [= Aachen, 1970].
- Eliachevitch, Basile. 1942. *La personnalité juridique en droit privé romain*. Paris, Sirey.
- Elyashevich, Vasilij B. 1910. *Legal Person, It's Origin and Functions in Roman Private Law*. St. Petersburg.
- Faletti, Leone. 1929. Note sur l'emploi du terme *forma* dans les textes juridiques. *Mélanges Paul Fournier*. Paris, Sirey: 219–232.
- Fiori, Roberto. 1996. *Homo sacer*. Napoli, Jovene.
- Fiori, Roberto. 1999. Sodales. 'Gefolgschaften' e diritto di associazione in Roma arcaica (VIII–V sec. a.C.). *Societas — ius. Munuscula di allievi a Feliciano Serrao*. Napoli, Jovene: 99–158.
- Fiori, Roberto. 2018. Le forme di aggregazione sociale basate sulla fides: clientela e sodalitates. *XII Tabulae. Testo e commento*. T. 2. Cursi M. F. (ed.). Napoli, Jovene: 681–702.
- Flume, Werner. 1960. Rechtsgeschäft und Privatautonomie. *Festschrift Deutscher Juristentag 1*: 135–239.
- Flume, Werner. 1979. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Bd. 2: Das Rechtsgeschäft. 3 Aufl.* Berlin, Heidelberg, New York, Springer-Verlag.
- Franciosi, Gennaro. 1967. *Studi sulle servitù prediali*. Napoli, Jovene.
- Gallo, Filippo. 1988. Diritto e giustizia nel titolo primo del Digesto. *SDHI* 54: 1–36.
- Georgesco, Valentin. 1932. *Essai d'une théorie générale des "leges privatae"*. Paris, Rousseau & Cie Editeurs.
- Georgesco, Valentin. 1940. 'Lex contractus'. Contribution a la théorie générale de l'acte juridique en droit romain. *Études de philologie juridique et de droit romain*. Bucarest, Paris: 244–308.
- Gioffredi, Carlo. 1961. Su XII tab. VI. 1. *SDHI* 27: 343–351.
- Girard, Paul-Frédéric. 1929. *Manuel élémentaire de droit romain*. Paris, Rousseau [Dalloz].
- Grosso, Giuseppe. 1958. *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*. Torino, Giapicchelli.
- Grosso, Giuseppe. 1980. Riflessioni sulla costituzione delle servitù e dell'usufrutto pactionibus et stipulationibus sui fondi provinciali. *Sein und Werden im Recht. Festgabe U. von Lübtow*. Berlin, Duncker & Humblot: 411–416.
- Harder, Manfred. 1980. Zum trasmortalen und postmortalem Auftrag nach römischem und geltendem Recht. *Sein und Werden im Recht. Festgabe U. von Lübtow*. Berlin, Mohr: 515–536.
- Humbert, Michel. 2005. La codificazione decemvirale: tentative d'interpretazione. *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*. Humbert M. (ed.). Pavia, IUSS Press: 3–50.
- von Jhering, Rudolf. 1844. Die historische Schule der Juristen. *Literarische Zeitung* 11: 421–425.
- von Jhering, Rudolf. 1852. *Geist der römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Bd. 1. Leipzig, Breitkopf und Härtel.
- von Jhering, Rudolf. 1873. Passive Wirkungen der Rechte. *Jahrbuch für Dogmatik* 10: 387–452.

- von Jhering, Rudolf. 1873. *Geist der römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Bd. 1–3. Leipzig, Breitkopf und Härtel.
- Karlowa, Otto. 1901. *Römische Rechtsgeschichte*. Bd. II. Leipzig, Veit & Comp.
- Kaser, Max. 1971. *Das römische Privatrecht*. Bd. I. München, Beck.
- Kaser, Max. 1977. Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen im römischen Recht. Beiträge zur europäischen Rechtsgeschichte und zum geltenden Zivilrecht. *Festgabe für J. Sontis*. München, Beck: 14–40.
- Kaser, Max. 1978. Das Urteil als Rechtsquelle im römischen Recht. *Festschrift Fritz Schwind zum 65. Geburtstag*. Wien, Manz: 115–121.
- Kaser, Max. 1978. M. Der Privatrechtsakt in der römischen Rechtsquellenlehre. *Festschrift Franz Wieacker zu 70. Geburtstag*. Behrends O. et al. (Hrsg.). Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht: 90–114.
- Kaser, Max. 1978. Zur Problematik der römischen Rechtsquellenlehre. *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*. Jackobs H. H., Knobbe-Keuk B., Picker E., Wilhelm J. (Hrsg.). Köln, Schmidt.
- Kaser, Max. 1993. *Ius Gentium*. Köln; Weimar; Wien, Böhlau.
- Kelsen, Hans. 1923. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. Leipzig, Tübingen, Mohr.
- Knütel, Ralf. 1968. *Contrarius consensus*. Köln, Graz, Mohr.
- Kunkel, Wolfgang. 1928. Mancipatio. *PWRE*. Bd. XIV. 1. Stuttgart, Col. 1000.
- Kunkel, Wolfgang. 1949. *Römisches Privatrecht*. Berlin, Göttingen, Heidelberg, Springer.
- Laband, Paul. 1888. Zum zweiten Buch des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 1 Abschnitt. Titel 1–3. *AcP* 73: 161–301.
- La Rosa, Renato. 1987. Deducere o detrahere usum fructum ed exipere o recipere servitutum. *Studi C. Sanfilippo*. Vol. 7. Milano, Giuffrè: 321–359.
- Lenel, Otto. 1902. Das Nexum. *ZSS*. 23: 84–114.
- Lenel, Otto. 1913. Deutung als bloßes Legatentestament. *Essays in Legal History*. Oxford, OUP: 126–152.
- von Lübtow, Ulrich. 1949. *Schenkungen der Eltern an ihre minderjährigen Kinder und der Vorbehalt dinglicher Rechte*. Lahr, Moritz Schauenburg.
- von Lübtow, Ulrich. 1957. Catos leges venditioni et locationi dictae. *Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae*. Bd. III. Vratislaviae, Varsaviae: 227–441.
- von Lübtow, Ulrich. 1966. Die Bestellung einer Eigentümerservitut oder eines Eigentümerservituten im römischen Recht. *Aktuelle Fragen aus modernem Recht und Rechtsgeschichte*. *Gedächtnisschrift für Rudolf Schmidt*. Seidl E. (Hrsg.). Berlin, Duncker & Humblot: 413–450.
- Magdelain, André. 1959. *Le consensensualisme dans l'édit du preteur*. Paris, Sirey.
- Magdelain, André. 1978. *La loi à Rome. Histoire d'un concept*. Paris, Les Belles Lettres.
- Magdelain, André. 1984. L'aspect négligé de l'interpretatio. *Sodalitas. Scritti A. Guarino*. Vol. 6. Napoli, Jovene: 2783–2804.
- Magdelain, André. 1990. Les mots “legare” et “heres” dans la loi des XII tables. *Jus imperium auctoritas. Études de droit romain*. Paris, Ecole française de Rome: 659–677.
- Manigk, Alfred. 1939. Privatautonomie. *Festschrift Paul Koschaker*. Bd. I. Weimar, Böhlau: 266–295.
- Marrone, Matteo. 1971. Considerazioni sui “ruta et caesa”. *Studi E. Volterra*. Vol. I. Milano, Giuffrè: 213–241.
- McGinn, Thomas. 1990. *Ne serva prostituatur*. Restrictive Covenants in the Sale of Slaves. *ZSS* 107: 316–342.
- McGinn, Thomas. 1986. *Prostitution and Julio-Claudian Legislation: The Formation of Social Policy in Early Imperial Rome*. PhD thesis. Ann Arbor, Michigan.
- Melillo, Antonio. 1983. *Il negozio bilaterale romano. Struttura ed evoluzione in età classica*. Napoli, Jovene.
- Mitteis, Ludwig. 1908. *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*. Bd. I. Grundbegriff und Lehre von den Juristischen Personen. Leipzig, Duncker & Humblot.
- Monier, Raimond. 1930. *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*. Paris, Sirey.
- Nicosia, Giovanni. 1984. ‘Agere lege’. *Poteri, negotia, actiones nella esperienza romana arcaica*. Atti del Convegno internazionale di diritto romano. Copanello 1982. Milazzo F. (ed.). Napoli, Edizione scientifica: 219–241.
- Noailles, Pierre. 1947. *Fas et ius, études de droit romain*. Paris, Les Belles Lettres.

- Nörr, Dieter. 1989. *Aspekte des römischen Völkerrechts. Die Bronzetafeln von Alcántara*. München, Beck.
- Nörr, Dieter. 2003. Fides Punica — Fides Romana. Bemerkungen zur “demosia pistis” im ersten karthagisch-römischen Vertrag und zur Rechtsstellung des Fremden in der Antike. *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea*. Vol. II. Garofalo L. (ed.). Padova, CEDAM: 497–541.
- Orestano, Riccardo. 1967. *I fatti di normazione nell’esperienza romana arcaica*. Torino, Giapichelli.
- Peppe, Leo. 1981. *Studi sull’esecuzione personale. I: Debiti e debitori nei primi due secoli della Repubblica romana*. Milano, Giuffré.
- Peppe, Leo. 2010. Riflessioni intorno all’esecuzione personale in diritto romano. *AUPA* 53: 117–162.
- Peters, Franz. 1973. *Die Rücktrittvorbehalte des römischen Kaufrechts*. Köln, Wien, Böhlau.
- Pernice, Albert. 1873 *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit. A. Bd. I*. Halle: Buchhandlung des Waisenhauses (rist. Aalen, Scientia, 1963).
- Pernice, Albert. 1892. *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit. E. Bd. III. Halle 2 (rist. Aalen, Scientia, 1963)*.
- Randazzo, Salvo. 1998. *Leges Mancipii. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell’accordo negli atti formali di alienazione*. Milano, Giuffré.
- Reimann, Matias. 2022. Jhering’s “Geist des römischen Rechts” as a Study of Ancient Social Order: A Comparative Perspective. *Iurium Itinera. Historische Rechtsvergleichung und vergleichende Rechtsgeschichte. R. Zimmermann zum 70. Geburtstag*. Jansen N., Meier S. (Hrsg). Tübingen, Mohr Siebeck: 221–244.
- Rotondi, Gennaro. 1911. Natura contractus. *BIDR* 24: 5–115.
- Sanfilippo, Cesare. 1948. Mandatum post mortem. *Studi in onore di S. Solazzi*. Napoli, Jovene: 554–567.
- Santoro, Raimondo. 1967. Potere ed azione nell’antico diritto romano. *AUPA* 30: 101–623.
- Schmidlin, Bruno. 1970. *Die römische Rechtsregeln. Versuch einer Typologie*. Köln, Wien, Böhlau.
- Schulz, Fritz. 1954. *Classical Roman Law*. Oxford, Clarendon.
- Schulz, Fritz. 1961. *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*. Weimar, Böhlau.
- Serrao, Feliciano. 2015. *Lus e lex nella dialettica costituzionale della prima repubblica. Nuove riflessioni su un vecchio problema [1997]. Lus — lex — edicta. Altri studi di diritto romano*. Vol. I. Napoli, Jovene: 393–431.
- Shirwindt, Andrey M. 2014. The Principle of Good Faith in the Civil Code of the Russian Federation and Comparative Law. *Aequum ius. On the 50<sup>th</sup> Anniversary of Professor D. V. Dozhdev*. A. V. Shirwindt (ed.). Moscow, Statut Publ.: 214–252. (In Russian)
- Solazzi, Siro. 1950. Sull’obbligazione a termine iniziale. *Iura* 1: 56–67.
- Talamanca, Mario. 1960. La storia dell’edictum “De pactis”. *Labeo* 6: 278–292.
- Talamanca, Mario. 2005. Le Dodici Tavole ed i negozi obbligatori. *Le Dodici Tavole. Dai decemviri agli Umanisti*. Humbert M. (ed.). Pavia, IUSS press: 311–400.
- Thon, Albert. 1878. *Rechtsnorm und subjektives Recht*. Weimar, Böhlau.
- Tondo, Salvatore. 1981. *Profilo di storia costituzionale romana*. Vol. I. Milano, Giuffré.
- Tretjakov, Sergej V. 1922. *Developments of the Theory of Subjective Private Right in the Foreign Civilistics*. Dr. Sci. thesis in Law. Moscow. (In Russian)
- Végh, Zoltan. 1993. Ex pacto ius. *ZSS* 110: 184–295.
- Voci, Pasquale. 1985. Esame della tesi del Bonfante sulla famiglia romana arcaica [1952]. *Scritti in diritto romano*. Padova, CEDAM: 147–195.
- Voigt, Moritz. 1883. *Die XII Tafeln*. Bd. I–II. Leipzig. Liebeskind.
- Wieacker, Franz. 1960. *Vom römischen Recht*. Stuttgart, Köhler
- Wlassak, Moritz. 1888. *Römische Prozessgesetze*. Bd. I. Leipzig, Duncker.

Received: June 30, 2024  
Accepted: October 18, 2024

---

*Dmitry V. Dozhdev* — Dr. Sci. in Law, Professor, Private Law Research Centre under the President of the Russian Federation named after S. S. Alexeev, 8/2, ul. Ilyinka, Moscow, 103132, Russian Federation; <https://orcid.org/0000-0002-0001-5259>, [info@privlaw.ru](mailto:info@privlaw.ru)