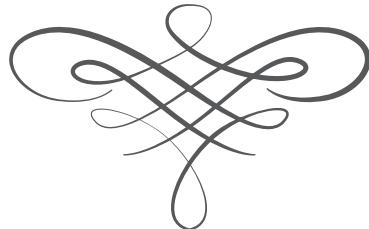


О ЧАСТНОМ ПРАВЕ

Сборник статей к 50-летию
профессора С.В. Третьякова



МОСКВА

2025

УДК 347
ББК 67.412.2я43
О-11

О-11 **О частном праве. Сборник статей к 50-летию профессора С.В. Третьякова /** отв.
ред. и сост. И. И. Зикун, М. И. Лухманов, Н. Б. Щербаков. – Москва, 2025. – 648 с.

ISBN 978-5-00270-267-1

Сборник объединяет статьи друзей, коллег и учеников профессора Сергея Васильевича Третьякова, подготовленные к его 50-летию. Материалы охватывают как фундаментальные, так и прикладные вопросы современной цивилистики.

Для специалистов по гражданскому праву, теории и истории права, сравнительному правоведению, научных работников, преподавателей и студентов юридических вузов.

УДК 347
ББК 67.412.2я43

ISBN 978-5-00270-267-1

© Коллектив авторов, 2025

РАЗРАБОТКА ОБЩЕГО СТАНДАРТА ОТВЕТСТВЕННОСТИ В РИМСКОМ КЛАССИЧЕСКОМ ПРАВЕ И КАТЕГОРИЯ «*QUAM IN SUIS REBUS*»

Д.В. Дождев,

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

1. Постановка вопроса

1. В знаменитом тексте «*quod Nerva*», где впервые в римской юридической традиции прозвучала формула «заботливость, как о своих вещах» (*diligentia quam suis rebus*), Ювенций Цельс (претор 107 г. и консул 129 г.), последний глава прокулианской школы, рассматривал допустимость подводить под понятие умысла (*dolus malus* как критерий вменения по иску из поклажи) волиоцкий проступок – «*culpa lation*»¹.

D. 16.3.32 (*Cels.* 11 dig.)

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

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

«Природа человека», о которой говорит выдающийся юрист, восходит к учению Аристотеля в «Никомаховой этике» о волевом основании ответственности: человек по природе (*Arist. NE* 1110а 25) наделен волей и сознанием, чтобы управлять своими поступками, поэтому он несет ответственность за неблаговидные деяния (*Ibid.*, 1113b sq.). Для современников Цельса слова «природа человека» однозначно отождествлялись с этикой Аристотеля². Однако римский

¹ См.: Дождев Д.В. Умысел (*dolus*) и «природа человека» в системе критериев договорной ответственности // Вестник гражданского права. 2023. № 5. С. 10–55.

² X. Хаусманнингер усматривает здесь общий эллинистический топос (*Hausmanninger H. Diligentia quam in suis // Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag / Hrsg. von D. Medicus, H.H. Seiler. C.H. Beck, 1976. S. 274*), теорию общей обязанности ответственного человека к осмотрительности. Ср.: *Maschke R. Die Willenslehre im griechischen Recht: Zugleich ein Beitrag zur Frage der Interpolationen in den griechischen Rechtsquellen. G. Stilke, 1926. S. 150 sq.*

юрист идет дальше и помещает общепринятые философские положения в основание правовых принципов взаимодействия. Оборот строится на идее равенства, на формальном подходе к различным субъектам и различным обстоятельствам, возводя их в правовых лиц, абстрактные типы и модельные ситуации, среди которых и разворачивается правовое взаимодействие – общение равных с равными (или приравненными к ним) в равных или сопоставимых условиях. Если понятие природы человека у Аристотеля относится к естественным качествам (включая социальные), взятым в их доправовом состоянии, то Цельс подчиняет концепт Аристотеля своим профессиональным задачам и использует идею *человека по природе*, чтобы провести различие между осмотрительностью в соответствии с требованиями договора и естественной осмотрительностью любого лица, взятого на уровне участника общежития³.

Цельс обсуждает понятие «*culpa*» таким, как он его видел в суждениях своих предшественников – Нервы и Прокула, юристов начала I в., когда оно еще не стало обобщенной категорией, критерием вменения, а указывало на проступок⁴. Для обозначения стандарта поведения он прибегает к термину «*diligentia*», выражавшему абстрактное понятие уже в суждениях республиканских юристов (*veteres*).

При этом именно Цельс (D. 13.6.5.15 (*Ulp.* 28 ed.)) впервые выстраивает – в дальнейшем ставшую хрестоматийной – полную каденцию обобщенных критериев договорной (неделиктной) ответственности: *dolus, culpa, diligentia, custodia* («*Sed esse verius ait [Celsus] et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere*» («Но Цельс говорит, что вернее, что я должен обеспечить и умысел, и вину, и осмотрительность, и сохранность в отношении целого»))⁵.

Его современник и предшественник во главе школы Нераций (консул 87 г.) впервые предлагает взгляд на *custodia* как на критерий вменения, выдвигая абстрактную категорию на место прежней обязанности обеспечить сохранность, охраны как деятельности и формы предоставления⁶.

D. 19.1.3.pr. (*Nerat.* 3 membr.)

Si ea res, quam ex empto praestare debebam, vi mihi adempta fuerit: quamvis eam custodire debuerim, tamen propius est, ut nihil amplius quam actiones persequendae eius praestari a me emptori oporteat, quia custodia advesus vim parum proficit.

Если та вещь, которую я должен предоставить по договору купли, будет отнята у меня силой, то хотя я и должен ее охранять, однако вернее, чтобы я был обязан предоставить покупателю не больше, чем иски для преследования этой вещи, поскольку ответственность за сохранность в случае применения силы не может служить основанием иска.

³ Цельс уверенно оперирует социально-правовыми обобщениями: такова категория «*civiliter modo*» (D. 8.1.9) в определении порядка осуществления сервитута, которое по логике правового взаимодействия должно причинять наименьшее беспокойство собственнику обремененного участка.

⁴ Cannata C.A. Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano // *Iura*. 1992. Vol. 43. P. 62; Hausmaninger H. Op. cit. S. 282.

⁵ Речь об ответственности каждого из ссудополучателей при солидарном обязательстве (*in totum*). В пользу подлинности списка см. уже: Pflüger H.H. Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischem Recht // Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abtheilung. 1947. Bd. 65. S. 129. Вмешательство компиляторов должно было во всяком случае исключить *custodia*: De Robertis F.M. La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione. Vol. 1. Cacucci, 1983. P. 409; Tafaro R. Regula e ius antiquum in D. 50.17.23: Ricerche sulla responsabilità contrattuale. Cacucci, 1984. P. 220.

⁶ О тексте и его значении см.: Arangio-Ruiz V. Responsabilità contrattuale in diritto romano. 2^a ed. Jovene, 1958. P. 157; Metro A. L'obbligazione di *custodire* nel diritto romano. Giuffrè, 1966. P. 100, 120; MacCormack G. Custodia and culpa // Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abtheilung. 1972. Bd. 89. S. 188; Robaye R. L'obligation de garde. Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles, 1988. P. 375; Kaser M. Die 'actio furti' des Verkäufers // Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abtheilung. 1979. Bd. 96. S. 125.

Четкое противопоставление «*custodia*» и «*vis*» («*custodia advesus vim*») в контексте глагола «*custodire*» как выражения деятельности по охране и содержания обязательства продавца до передачи товара показывает, что юрист видит в *custodia* обобщенное понятие и настаивает на таком взгляде, очевидно, еще не ставшем банальностью. Сам же Нераций свидетельствует, что предшествующее поколение – Цельс-отец и его друг Аристон – уверенно оперировало абстрактной категорией риска (*periculum*).

D. 17.1.39 (*Nerat. 7 membr.*)

Et Aristoni et Celso patri placuit posse rem hac condicione deponi mandatumque suscipi, ut res periculo eius sit qui depositum vel mandatum suscepit: quod et mihi verum esse videtur.

И Аристон, и Цельс-отец решили, что вещь можно сдать на хранение или взять по договору поручения так, чтобы она была на риске того, кто принял поклажу или поручение; что и мне представляется верным.

Однако апелляция Цельса к заботе «как о своих вещах» в «*quod Nerva*» явным образом вступает в противоречие с предлагаемым обобщенным понятийным подходом: автор сам провоцирует последующую трактовку *diligentia quam suis* (*quam in suis*) в субъективном ключе. Именно данная категория стала модельным выражением *culpa in concreto* – вины по индивидуальному критерию. Проследим, в каком интеллектуальном контексте родилась эта мыслительная форма, как соотносились понятия «*culpa*» и «*diligentia*» в предшествующей правовой традиции, в каком смысле оперировала категорией «*diligentia quam suis*» римская классическая юриспруденция и как эта форма уживалась с другими критериями договорной ответственности.

2. «*Culpa*» и вина-проступок

2. В первоначальном смысле термин «*culpa*» («вина») указывает на провинность, проступок, виновное действие, но не на неосторожность или неосмотрительность⁷. *Culpa* несет в себе указание на виновное поведение и даже как техническое понятие окрашена объективно⁸. Именно таково значение слова в древнейших литературных памятниках: у Плавта и Теренция, Цицерона и Тита Ливия (*Plant. Aul. 790, Trin. 44; Terent. Phorm 270: culpam admittere; Terent. Eun. 980: culpam factum est; Cic. Parad. 20; epist. 16.10.1: culpam committere; de orat. 2.15: culpam contingit; Liv. 22.22.5; 29.17.2: culpa defectionis* (вина отпадения от союза)). При этом идея проступка требует наличного, фактического действия: это именно событие (действие как подвид события), объективное изменение во внешнем мире. Вина немыслима как бездействие или упущение.

Понятие непосредственно смыкается в республиканскую эпоху с идеей *iniuria*, которая квалифицирует причинение вреда по закону Аквилия⁹, и также несет семантику действия (причинения:

⁷ Kunkel W. Diligentia // Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abtheilung. 1925. Bd. 45. S. 338 («*Culpa* bedeutet von Hause aus Verschulden, nicht Fahrlässigkeit»). См. также: Hasse J.Chr. Die Culpa des römischen Rechts: Eine civilistische Abhandlung. 2. Aufl. Marcus, 1838 (= De Gruyter, 2021). S. 7 sq.; Pernice A. Labeo: Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit. Bd. II. Abt. 2. [1878] Scientie, 1963. S. 5 sq.; Binding K. Die Normen und ihre Übertretung: Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. Bd. II: Schuld und Vorsatz. Abt. 2: Der Rechtswidrige Vorsatz. 2. Aufl. W. Engelmann, 1916. S. 641 sq.

⁸ Kunkel W. Diligentia. S. 338 («objektiv gefährbt»).

⁹ Хотя и сегодня встречаются попытки пересмотра ранней хронологии *lex Aquilia* – 286 г. до н.э. (Onoré A. Linguistic and Social Context of the Lex Aquilia // Irish Jurist. 1972. Vol. 7. P. 138, 147), все же господствует традиционный взгляд: Valditaro G. Damnum iniuria datum. Giappichelli, 1996; 2^a ed. 2005. P. 5 sq.; Cursi M.F. Danno e responsabilità

«то, что совершается не по праву», *quod non iure fit* – D. 9.2.1.2). Это первоначально «обида» в самом широком смысле¹⁰, неправомерное действие, посягательство на право другого (*Rechtswidrigkeit* в отличие от *Fahrlässigkeit*¹¹). Развитие из понятия *«iniuria»* идеи *culpa*, деликтной вины (*culpa Aquiliana*) в течение II в. до н.э. составляет примечательную страницу истории римского права¹².

Если достоверность виновного основания деликтной ответственности по закону Аквилия вполне утвердились в науке, в отношении роли этого понятия в договорной ответственности существует значительное разнообразие школ и мнений. Взгляды разнятся от отрицания приложения категории *« culpa »* к договорным обязательствам в классическом праве вообще до разнообразных трактовок ее понимания у различных юристов республиканской эпохи. Так, авторитетнейшие Эмиль Зеккель и Вольфганг Кункель в 1920-е гг. решительно отказали римским юристам в знакомстве с критериями вменения, отличными от умысла¹³. В «Институциях» Гая, например, термин *«diligentia»* не встречается¹⁴. Тщательное изучение всего массива источников привело это поколение ученых к недвусмысленным выводам: ни *culpa*, ни *diligentia* в арсенал подлинного римского права в качестве критериев договорной ответственности не входили и внесены в тексты классиков рукой юстиниановских юристов. Отметим существенно более взвешенную позицию Б. Кюблера, который на том же поле филологических аргументов находил убедительные свидетельства достоверности нашей текстовой традиции¹⁵.

В 1950-е и 1960-е гг. при сохранении повышенного внимания к роли византийских и юстиниановских юристов в разработке субъективной стороны договорной ответственности и строгом различении позднейших подходов и собственно римских в науке утверждается представление о классическом характере виновной ответственности¹⁶, и ученые концентрируются на изучении деталей развития различных критериев вменения в учении отдельных юристов и применительно к отдельным договорным типам и внедоговорным обязательствам.

В 1980-е и 1990-е гг. доверие к текстовой основе романистической традиции восстанавливается и снимаются многие основания для прежних суждений о позднем происхождении как

extracontrattuale nella storia del diritto privato. Jovene, 2010. P. 44. Уже Д. Нёрр (*Nörr D. Causa mortis*. С.Н. Beck, 1986. S. 124 sq.), отмечая, что данных для традиционно точной датировки (плебисцит, следующий сразу за *lex Hortensia* 287 г. до н.э.) недостаточно, представил убедительные соображения, позволяющие относить закон к первой половине III в. до н.э.

¹⁰ Ср. значение *«iniuria»* в технической квалификации неправомерного заявления виндикационного требования уже в торжественной формуле *legis actio sacramento in rem* (Gai. 4.24). См.: Дождев Д.В. Основание защиты владения. М.: Изд-во ИГиП РАН, 1996. С. 74 сл. Эквивалент *culpa* = *iniuria* устанавливает безымянный ритор самого начала I в. до н.э. (см.: *Auct. Ad Her. 1.15.25*).

¹¹ Ср.: *Larenz K. Lehrbuch des Schuldrechts*. Bd. I: Allgemeiner Teil. С.Н. Beck, 1987. S. 278, 288 sq.

¹² *Bretone M. Tecniche e ideologie dei giuristi romani*. 2^a ed. Edizioni scientifiche italiane, 1982. P. 211 (nt. 9) приводит свидетельства для Кв. Муция (D. 9.2.31, который мы разберем ниже – п. 16), для Сервия (9.2.52.1–4; 10.3.26), для Лабеона (Coll. 2.5.1; I. 4.4.pr.; D. 47.10.1.1; 1.2; 7.8; 13.4–5; 15.pr.; 15.3; 15.26; 15.46; 17.2).

¹³ *Kunkel W. Diligentia*. S. 266 sqq.; *Sekel E. Culpa* // Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts. 9. Aufl. G. Fischer, 1926. S. 117 sq.

¹⁴ *Kunkel W. Diligentia*. S. 287.

¹⁵ См.: *Kübler B. Die Haftung für Verschulden bei kontraktsähnlichen und deliktsähnlichen Schuldverhältnissen* // *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abtheilung*. 1918. Bd. 39. S. 172 sqq.

¹⁶ Существенным представляется вклад ученика В. Кункеля А. Нёрпа. См.: *Nörr D. Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht* // *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abtheilung*. 1956. Bd. 73. S. 68–119; *Id. Die Fahrlässigkeit im byzantinischen Vertragsrecht*. С.Н. Beck, 1960. Впрочем, уже В. Кункель в своем университете курсе допустил известность «*culpa*» классикам: *Kunkel W. Das römische Privatrecht*. Н. Böhlaus, 1946. S. 174 sq.

обобщдающего понятия вины в области договорной ответственности, так и отдельных видов и подвидов виновного вменения¹⁷. В 2000-е гг. уже можно считать возобладавшей тенденцию к признанию раннего развития учения о различных видах вины применительно к неделиктным обязательствам¹⁸, и если еще в 1980-е гг. сферой утверждения категории считались отношения опеки – как отягощенные публичным (социальным) аспектом и потому более открытые для распространения на них деликтных подходов¹⁹, то сегодня раннее приложение критерия вины признано и для договорных отношений – как применительно к фидуциарному договору (*fiducia*)²⁰, так и в обязательствах из консенсуальных договоров: купли-продажи и найма, товарищества²¹ и поручения.

3. Противопоставление умышленния и небрежности, известное уже Законам XII таблиц (8.24), где различалось умышленное и неумышленное убийство, в области правомерного взаимодействия также засвидетельствовано довольно рано. Цицерон возводит к «предкам» (*maiores*) признание ответственности поверенного по договору поручения за рамками умысла – уже за недостаточную осмотрительность.

Cic. Pro Rosc. Am. 38.110–111

In privatis rebus si qui rem mandatam non modo malitiosius gessisset sui quaestus aut commode causa verum etiam neglegentius, cum maiores summum admisisse dedecus existimabant.

Itaque mandati constitutum est iudicium non minus turpe quam furti, credo, propterea quod quibus in rebus ipsi interesse non possumus, in eis operae nostrae vicaria fides amicorum supponitur; quam qui laedit, oppugnat omnium commune praesidium et quantum in ipso est, disturbavit vitae societatem. Non enim possumus omnia per nos agere; aliis in alia est re magis utilis. Idcirco amicitiae comparatur ut commune commodum mutuis officiis gubernetur.

В частных делах наши предки считали, что совершил позорнейший поступок тот, кто вел порученное дело не только злоказненно ради своей выгоды или пользы, но даже если [он вел его] недостаточно осмотрительно.

Итак, введен иск о поручении, не менее постыдный, чем иск о краже, потому что в тех делах, в которых мы не можем принять участие сами, со стороны друзей предполагается

¹⁷ В 1960 г. в программной статье в ведущей академической энциклопедии М. Таламанка в деталях обсуждал развитие идеи договорной вины (*culpa*) в римской классической юриспруденции (Talamanca M. *Colpa civile (storia)* // Enciclopedia del diritto. 1960. Vol. VII. P. 516 sq.). Эта позиция ученика Аранжо-Рутица тогда представлялась новаторской и задавала новое отношение к источникам. В 1990 г. в своем университетском учебнике он уже мог объявить прежнее скептическое отношение «полностью оставленным» («definitamente abbandonata»): Talamanca M. *Istituzioni di diritto romano*. Giuffrè, 1990. P. 662.

¹⁸ Ankum H. La responsabilità contrattuale nel diritto romano classico e nel diritto giustinianeo // Diritto romano e terzo millennio: Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea: Relazioni del convegno internazionale di diritto romano, Copanello, 3–7 giugno 2000 / A cura di F. Milazzo. Edizioni scientifiche italiane, 2004. P. 141 sq.

¹⁹ De Robertis F.M. Exactissima diligentia // *Studia et documenta historiae et iuris*. 1957. Vol. 23. P. 119 sq.; *Id.* La responsabilità del tutore nel diritto romano. Cacucci, 1960. Сегодня, критикуя позицию Ф.М. Де Робертиса, Ульрике Бабюзье может воскликнуть, что подозрения в отношении ответственности за *culpa* как показателя юстиниановского вмешательства в тексты классиков составляют чистейшее предубеждение (*Babusiaux U. Klage aus Vormundschaft (actio tutelae)* // *Handbuch des römischen Privatrecht*. Bd. III / Hrsg. von U. Babusiaux, C. Baldus, W. Ernst et al. Mohr Siebeck, 2023. S. 2426 (nt. 267) («es handelt sich um ein reines Vorurteil»)), однако ее же соавторы по масштабному обобщающему руководству по римскому праву продолжают следовать отжившей методологии: *Scheibeler Ph. Klage aus Lehe (actio commodati)* // Ibid. S. 2490 (nt. 193); *Walter T. Klage aus Verwahrung (actio depositi)* // Ibid. S. 2452.

²⁰ Santucci G. La ‘diligentia quam in suis’ come criterio di responsabilità del fiduciario // ‘Fides’, ‘fiducia’, ‘fidelitas’: Studi di storia del diritto e di semantica storica / A cura di L. Peppe. Cedam, 2008. P. 243 sqq.

²¹ Santucci G. Il socio d’opera in diritto romano: Conferimenti e responsabilità. Cedam, 1997.

вложение вспомогательного доверия в эти наши труды; и тот, кто его нарушает, поражает общие устои в целом и все то общественное, что есть в нем самом, колеблет жизненный уклад общества. Ведь мы не можем вести все дела сами, и весьма полезно участие другого в чужом деле. Поэтому отвечает заветам дружбы, чтобы общее благо управлялось взаимными обязанностями.

За пышной фразеологией социальной морали (*summus dederis, turpe*) стоит инфамирующее (*infamia*) действие иска из поручения (*mandati iudicium*), которое оратор сравнивает с действием иска о краже (*actio furti*): по мысли Цицерона, здесь преследуется именно общественный долг (*officium*), вытекающий из всеобщей значимости *bona fides* и дружеских связей, воплощенных в надлежащем исполнении поручения (*societas vitae, communis commodum*²² выступают контекстом и критерием *fides amicorum, amicitia*). Вся тирада призвана обосновать особую осмотрительность, возлагаемую на поверенного уже *maiores* (очевидна апелляция к *mores*): *non modo malitiosius – verum etiam neglegentius*.

Упущение, недостаточное внимание к делам доверителя противостоит умыслу (*malitium*), который подавляется в любых иных отношениях между частными лицами (*in privatis rebus*).

Близкое к «*malitium*» «*mendacium*», созвучное определению умысла у современника Цицерона, выдающегося юриста Сервия Сульпиция (D. 4.3.1.2: «*machinatio quaedam alterius decipiendi causa*» («некая уловка ради введения другого в заблуждение»)), подводит итог дискуссии о соотношении *bona fides* и личной выгоды (*utilitas*) в словах о недопустимости обмана в сделках (*Cic. De off. 3.15.62: «Tollendum est igitur ex rebus contrahendis omne mendacium»* («Итак, при заключении сделок следует исключить любой обман»)). Максима содержит и юридическое обобщение – *res contrahendae* («порядок заключения сделок»), которая безошибочно выводит нас на ее источник – Квинта Муция Сцеволу (D. 44.7.57 (*Pomp. 36 ad Q. Muc*): «*In omnibus negotiis contrahendis...»)). Великий юрист конца II в. до н.э., который первым организовал гражданское право (*ius civile*) в систему («*generatim*» – «на основе деления по родам» – D. 1.2.2.32), уверенно оперирует обобщающими понятиями (*negotium, contrahere, contrahendi*), фиксируя в определении сферу сделочного взаимодействия, согласования воль по договору²³.*

Для указания на уровень требований, предъявляемых к поверенному, Цицерон прибегает к прилагательному «*neglegentius*», но ему известны и субстантивированные понятия – будущие обобщенные категории договорной ответственности. Так, в трактате «Об ораторе» он говорит о «*diligentia*», «заботливости» как о «добродетели, в которой содержатся все остальные добродетели» (*Cic. De orat. 2.35.150: «diligentia qua una virtute omnes virtutes reliquae continentur»*). Срав-

²² Эти категории Цицерон (*Cic. De off. 3.12.52*) возводит к ученику Антипатра из Тарсы (последователя Диогена и учителя Панепия): знаменитый стоик, возражая своему учителю в споре об обязанностях продавца раскрывать недостатки товара, выдвигает идею общего блага (*utilitas communis*) и единства человеческого сообщества (*societas humana*). Этот подход генерализирован в начале 3-й книги трактата «Об обязанностях» (*De officiis 3.4.20*), где идея честного (*bona fides*) возводится к идее всеобщего блага (*utilitas universorum*), которому в моральном отношении подчиняется польза отдельных лиц под страхом распада человеческого общества (*humana consortio* (*Ibid., 3.6.26*)), а затем – в конце трактата, в учении о всеобщем праве (*ius gentium*) и «широкайшем сообществе всех людей» (*societas... latissime quae pateat* (*Ibid., 3.17.69*))).

²³ Обобщение Кв. Муция («При заключении сделок любого рода») проводится по основанию разделения сделок на сделки по добреей совести и нет («*sive bona fide sint sive non sint*»), тогда как Цицерон обобщает сам этап заключения сделки, связывания сторонами себя взаимными обязанностями (*mutua officia*). У Кв. Муция ставится вопрос о согласовании воль (и обсуждаются только консенсуальные контракты – купля, аренда и товарищество), так что герундивный оборот «*negotia contrahenda*» относится к порядку заключения сделок, как и у Цицерона (*res contrahendae*). Оратор говорит об исключении любого обмана (*omne mendacium*), Кв. Муций – об ошибке (*error*); отсюда и снятие различий между сделками по добреей совести и остальными: ошибка опровергает любые сделки, тогда как введение в заблуждение (*dolus in contrahendo*) – только первые.

нительная степень «*neglegentius*» (ср. D. 13.6.5.7 ниже, п. 8) выражает не чрезмерность недосмотра (это не предтеча «*cilfa latior*» из «*quod Nerva*» – D. 16.3.32)²⁴, а именно недостаток *diligentia*²⁵.

Термин «*diligentia*» в значении критерия ответственности (*fidem et diligentiam praestare*) известен самому Кв. Муцио.

D. 27.5.4 (*Pomp. 6 ad Q. Muc.*)

Qui pro tutore negotia gerit, eandem fidem et diligentiam praestat, quam tutor praestaret.

Тот, кто ведет дела вместо опекуна, обеспечивает такую же преданность и осмотрительность, какую обеспечивал бы опекун.

Применительно к обязательству опекуна сочетание «*fides et diligentia*» как устойчивое выражение засвидетельствовано Гаем в «Институциях» (*Gai. 1.200: «fides... et diligentia»*), текст которых во всяком случае свободен от вмешательства юстиниановских юристов. *Praestare* здесь выступает указателем содержания предоставления – качества ведения дел другого лица, которое вменяется опекуну или его заместителю (*pro tutore gerere*). Основатель юридической науки явно оперирует абстрактными категориями, что еще в прошлом веке считалось бы показателем позднейшего вмешательства в текст.

4. В то же время в договорном контексте для Кв. Муция понятие «*cilfa*» еще не достигает столь обобщающего значения и сохраняет близость к идее проступка, неправомерного действия или упущения, которое отличается субъективным измерением. Обращение к *cilfa* у Кв. Муция примечательно тем, что оно сочетается с другими категориями, получая от них семантическую коннотацию, поскольку сам термин, видимо, еще не обладает устойчивым абстрактным значением.

D. 13.6.5.3 (*Ulp. 28 ad ed.*)

Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam praestandum et diligentiam et, si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit.

Ссуда же по большей части содержит лишь выгоду одного того, кому ссужают, и поэтому вполне верно суждение Квинта Муция, который считал, что следует обеспечить и вину, и осмотрительность, а если в ссуду дана вещь, подвергнутая оценке, то должен быть гарантирован весь возможный ущерб со стороны того, кто взялся обеспечить оценку.

Смысл «*cilfram praestandum*» в контексте договора ссуды, применительно к которому довольно рано утверждается масштаб *custodia* – объективной ответственности вплоть до непреодолимой силы²⁶, определяется конкуренцией с гипотезой, которая возлагает на должника «*omne periculum*»

²⁴ Как предполагает Кардилли, существенно опережая позднейшее развитие: *Cardilli R. L'obbligazione di "praestare" e la responsabilità contrattuale in diritto romano: (II sec.a.C. – II sec.d.C.)*. Giuffrè, 1995. P. 168 et nt. 165.

²⁵ Сходным образом «*magna fides*» («большая честность») как проявление *diligentia* в управлении делами товарищества («*societatem gerere*»), о которой говорит Цицерон (*Cic. Pro Quinct. 3.13*) в контексте иска из этого договора (*arbitrium pro socio*), никоим образом не предполагает градацию *fides* на большую или меньшую, но квалифицирует особое усердие – «*ita diligens*»: «*qua in re ita diligens erat quasi ei qui magna fide societatem gererent arbitrium pro socio condemnari solerent*» («кто был настолько усерден в этом деле, будто в пользу того, кто проявит наибольшую честность в управлении товариществом, принято выносить присуждение по иску из договора товарищества»).

²⁶ Утверждение понимания *custodia* как объективной ответственности связано с именем Ю. Барона: *Baron J. Diligentia exactissima, diligentissimus pater familias, oder die Haftung für custodia // Archiv für die civilistische Praxis*. 1869. Bd. 52. S. 44–95; *Id. Die Haftung bis zur höheren Gewalt // Archiv für die civilistische Praxis*. 1892. Bd. 78. S. 203–310; *Барон Ю. Система римского гражданского права: в 6 кн.* [1908]. СПб.: Юридический центр Пресс,

(«любой риск», «весь возможный ущерб»)²⁷. Если в ссуду давалась вещь, подвергнутая оценке (*res aestimata*), ссудополучатель принимал на себя ответственность за любой случай, включая непреодолимую силу. Это в техническом смысле и составляет *rиск* (*periculum*). Однако у слова «*periculum*» есть и значение «ущерб», вполне распространенное и в эпоху высокой классики. Здесь «*periculum*», очевидно, употреблено во втором значении, как показывает «*omne*»: должник принимает на себя обязанность возместить кредитору возможные потери в пределах оценки (*aestimatio*). На деле это означает взять на себя все риски, технически – гарантировать возмещение любого ущерба независимо от его причины. Существенно, что такая всеобъемлющая гарантия будет работать даже в отсутствие вины исполнителя²⁸. Нормальная же ответственность по договору ссуды строится иначе: Кв. Муций ставит ее в зависимость от меры осмотрительности должника. Сходным образом он предлагает оценить *culpa* ссудополучателя в D. 47.2.77.pr. (*Pomp. 38 ad Q. Muc.*) («...in culpa aestimatio erit»).

В таком случае юрист выражает идею повышенной осмотрительности (ответственности), соединяя *culpa* и *diligentia*: «*et culpa praestandam et diligentiam*»²⁹. Ему еще неизвестна объективная ответственность (*custodia* как абстрактная категория), и он противопоставляет безусловной гарантийной ответственности («*omne periculum praestandum*») повышенный стандарт поведения, усиливая требование к *diligentia*³⁰. Отводя «*culpa*» первое место, юрист придает *diligentia* роль фона, задающего общий смысл модели (*diligens*), которая повышается за счет усилительного повтора «*et culpat... et diligentiam*». Это усиление еще живо в словах Ульпиана (D. 13.6.5.5), который переносит его теперь на «*diligens*», характеризующую *custodia*, уже как консолидированное абстрактное понятие («*custodiam plane commodatae rei etiam diligentem debet praestare*» («он также должен обеспечивать сохранность суженной вещи и даже тщательную»))³¹.

Здесь мы впервые встречаемся с тенденцией дать определение *culpa* как основания ответственности через качество, вмененное исполнителю: от него ожидается *diligentia*, свойство *diligens pater familias* (рачительного хозяина)³², которая воплощает аристотелевский принцип

2005. С. 601 сл. См. также: *Biermann J. Custodia und vis maior // Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abtheilung*. 1892. Bd. 25. S. 33–65; *MacCormick G. Custodia and culpa. S. 149–219; Talamanca M. Custodia // Enciclopedia del diritto*. 1962. Vol. XI. P. 561–564.

²⁷ Отсюда предложения заменить в этом тексте термин [*diligentia*] на <*custodia*> (см. примечание 30) исходя из D. 9.2.31, где *culpa* определяется через *diligentia* (текст анализируется ниже, п. 16). Такое решение не учитывает оппозицию между субъективными основаниями вменения и риском («*omne periculum*»), которую проводит в своем анализе Кв. Муций. Уже А. Миттайс считывал наш текст как подлинное свидетельство (*Mitteis L. Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*. Bd. I. Duncker & Humblot, 1908. S. 332).

²⁸ *Cardilli R. L'obbligazione di "praestare" e la responsabilità contrattuale in diritto romano: (II sec.a.C. – II sec.d.C.). P. 199.*

²⁹ Подлинность «*culpa*» в этом тексте обосновал Ф. Пастори: *Pastori F. Il commodato nel diritto romano. Con contributi allo studio della responsabilità contrattuale*. Giuffrè, 1954. P. 288.

³⁰ Ср. представление меры ответственности ссудополучателя у юристов старой школы («*veteres*») как повышенной *diligentia* в D. 13.6.5.9 (*Ulp. 28 ed.*): «*Usque adeo autem diligentia in re commodata praestanda est*» («И до такой степени в отношении суженной вещи следует обеспечивать осмотрительность...»). *Diligentia* в этом тексте нередко относили к позднейшему вменению, восстанавливая <*custodia*>. См., например: *Cannata C.A. Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*. P. 61 (nt. 145).

³¹ Слова «*etiam diligentem*» прежде считались отражением постклассической тенденции к субъективизации *custodia*. В §§ 6 и 9 этого фрагмента обсуждается взгляд *veteres* на *custodia* по договору ссуды (*apud veteres dubitatum*), при этом в § 9 вопрос ставится в терминах «*diligentia*» (см. предыдущее примечание). В защиту текста см.: *Cardilli R. L'obbligazione di "praestare" e la responsabilità contrattuale in diritto romano: (II sec.a.C. – II sec.d.C.). P. 501 (nt. 31)*.

³² Ср. D. 22.3.25.pr.: «*homo diligens et studiosus paterfamilias*».

общей обязанности ответственного человека к осмотрительности (*Arist.* EN. 3.6.1113a29 sq.). Римская идиома «*diligens pater familias*» воспроизводит аристотелевскую и стоическую фигуру *anaer spoudaeous*³³. Невозможно следовать В. Кункелю в том, что философские обобщения не- свойственны практико-ориентированной римской юриспруденции, будто лишь в постклассическую и византийскую эпохи стала возможной и получила распространение подобная умозрительная идеализация, тогда как казуистика становится философских обобщений³⁴. Напротив, именно укорененность модели осмотрительного человека и рачительного хозяина в греческой философии IV в. позволяет уверенно отнести ее к эпохе республиканской юриспруденции (*veteres*)³⁵.

В области договора ссуды обсуждение ответственности ссудополучателя в терминах *cilpha* засвидетельствовано и в последующем поколении юристов.

D. 13.6.5.13 (*Ulp.* 28 ad ed.)

Si me rogaveris, ut servum tibi cum lance commodarem et servus lancem perdiderit, Cartilius ait periculum ad te respicere, nam et lancem videri commodatam: quare culpam in eam quoque praestandam. plane si servus cum ea fugerit, eum qui commodatum accepit non teneri, nisi fugae praestitit culpam.

Если ты попросишь меня, чтобы я дал тебе в ссуду раба с чашей, а раб чашу потеряет, Картилий говорит, что утрата относится к тебе, ведь и чаша считается предоставленной в ссуду, поэтому в отношении нее следует обеспечить также вину. Равным образом, если раб сбежит с ней, тот, кто получил ссуду, не несет ответственности, если только он не взял на себя вину за побег.

Картлий (юрист конца I в. до н.э.³⁶) употребляет термин «*cilpha*» там, где должен стоять термин «*custodia*»³⁷.

5. Переосмысление *cilpha* в логике модели поведения отражает и следующее свидетельство о выражении ответственности продавца до передачи товара не в терминах *custodia*, а как вида *diligentia*.

D. 18.6.18(17) (*Pomp.* 31 ad Q. Muc.)

Illud sciendum est, cum moram emptor adhibere coepit, iam non culpam, sed dolum malum tantum praestandum a venditore. quod si per venditorem et emptorem mora fuerit, Labeo quidem scribit emptori potius nocere quam venditori moram adhibitam, sed videndum est, ne posterior mora damnosa ei sit. quid enim si interpellavero venditorem et non dederit id quod emeram,

³³ *Stobaios.* II.99.19 sq. (Wachsmuth). См: *Kunkel W.* Diligentia. S. 286.

³⁴ О системных основаниях казуистического метода см.: *Должев Д.В.* Казуистика в контексте системного анализа: умысел (dolus) в определении договора поклажи // Проблемы методологии в юридической науке: от римского права к современным правовым концепциям: сборник научных трудов по итогам Международной конференции (30–31 октября 2020 г., Саратов). Саратов: Изд-во СГЮА, 2021. С. 17 слл.

³⁵ *Buckland W.W.* Diligens paterfamilias // Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento. Vol. II. Treves, 1930. P. 87 sq.; *Hausmaninger H.* Op. cit. S. 274; *Mercogliano F.* 'Diligentia quam in suis' per i giuristi romani classici // Index. 1991. Vol. 19. P. 396.

³⁶ *Kunkel W.* Die Römischen Juristen: Herkunft und soziale Stellung. Böhlaus, 1967. S. 122.

³⁷ Таламанка даже в 1990-е гг. считал его интерполированным: *Talamanca M.* Vendita (diritto romano) // Encyclopedie del diritto. 1993. Vol. XLVI. P. 448 (nt. 1501).

deinde postea offerente illo ego non acceperim? sane hoc casu nocere mihi deberet. sed si per emptorem mora fuisset, deinde, cum omnia in integro essent, venditor moram adhibuerit, cum posset se exsolvere, aequum est posteriorem moram venditori nocere.

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

Первая фраза может принадлежать Кв. Муцио или представлять собой пересказ его слов, которым придано значение общепринятой максимы. «*Illud sciendum est*» могло быть вставлено и компиляторами для придания тексту характера утверждения, а не рассуждения³⁸. Возможно, с этим связана и утрата ясной границы между комментируемым текстом Кв. Муция (леммой) и комментарием Помпония. Кардили, ссылаясь на D. 18.1.66.1, допускает, что порядок ослабления ответственности продавца в случае просрочки покупателя сложился уже во времена республиканского юриста³⁹. Существенно и то, что Лабеон, к опыту которого обращается комментатор, рассматривал более сложную проблему просрочки с обеих сторон, тогда как доктрина в отношении просрочки покупателя консолидировалась в более раннее время (см. D. 19.1.38.1). Если это так, то уже Кв. Муций разделял правило *periculum emptoris*⁴⁰, противопоставляя осмотрительность и конформность продавца требованиям добросовестности (*cifra*) до передачи в обычном случае и понижение ответственности до умысла в случае просрочки покупателя. Гибель (или повреждение) товара, не связанная с отступлениями продавца от стандарта поведения, требуемого обязательством (*praestare*), очевидно, относилась к риску покупателя.

Следующий текст также обсуждает *custodia* в терминах *diligentia*⁴¹, сближая обязанность продавца передать вещь (*rem tradere*) с обязанностью ссудополучателя ее вернуть (*restituere*)⁴².

D. 18.6.3 (Paul. 5 ad Sab.)

Custodiam autem venditor talem praestare debet, quam praestant hi quibus res commodata est, ut diligentiam praestet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet.

³⁸ Некоторые исследователи, считая эти слова принадлежащими самому Помпонию, допускали, что принцип сформировался задолго до середины II в., когда был активен этот юрист. См.: Riccobono S. Profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano // Annali del seminario giuridico dell'Università di Palermo. 1962. Vol. 29. P. 367.

³⁹ Cardilli R. L'obbligazione di "praestare" e la responsabilità contrattuale in diritto romano: (II sec.a.C. – II sec.d.C.). P. 221 sq.

⁴⁰ См.: Дождев Д.В. Вложение риска на покупателя в классической купле-продаже / Дождев Д.В. Европейская традиция частного права: исследования по римскому и сравнительному праву: в 2 т. Т. 2: Залоговое право. Обязательство. Договор купли-продажи. М.: Статут, 2021. С. 398 слл.

⁴¹ О тексте см.: Cannata C.A. Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano. Vol. 1. Giuffrè, 1966. P. 120, 136; MacCormack G. Custodia and culpa. S. 175 sqq.

⁴² Talamanca M. Vendita (diritto romano). P. 448–449.

Продавец же должен обеспечивать такую сохранность, какую обеспечивают те, кому вещь предоставлена в ссуду, — чтобы обеспечивал довольно тщательную осмотрительность, какую обычно прилагает к своим вещам.

Здесь «*exactiorem*» — не юстиниановская «*exacta*» и не «*exactissima*», отвергаемая Гаем для участника товарищества (D. 17.2.72 см. п. 17); напротив, сравнительная степень показывает, что автор еще не оперирует устойчивыми техническими категориями, подобными *cilfa lata*⁴³. Терминология Сабина близка «*cilfa latior*» из словаря Нервы и Прокула, которую обсуждал Цельс (D. 16.3.32)⁴⁴. Казер оправдывает такое словоупотребление функциональной нацеленностью обязанности продавца по охране (*Bewachungstätigkeit*), находя в нем дополнительные аргументы в защиту подлинности текста⁴⁵. Кардилли сближает *custodiam praestare* в структуре обязанностей продавца с «*curare et operam dare*» (заботиться и уделять внимание), о которой говорят применительно к «*custodiare*» в школе Сервия Сульпиция (D. 19.2.29 (*Alf.* 7 dig.); ср. ниже: D. 18.6.12 (*Alf.*, 2 dig.): *diligentiam [adhibere] in insula custodienda*)⁴⁶.

Играет понятиями «*custodia*» и «*diligentia*» применительно к ответственности продавца до передачи товара Юлий Павел, поздний классический юрист, комментируя сочинение юриста Плавния, современника Прокула и Кассия⁴⁷.

D. 19.1.36 (*PauL. 7 ad Plaut.*)

Vendor domus antequam eam tradat, damni infecti stipulationem interponere debet, quia, antequam vacuam possessionem tradat, custodiam et diligentiam praestare debet et pars est custodiae diligentiaeque hanc interponere stipulationem: et ideo si id neglexerit, tenebitur emptori.

Продавец дома до того, как совершил передачу⁴⁸, должен давать гарантию об угрозе ущерба, так как до того, как он передаст спокойное владение, он должен обеспечить сохранность и осмотрительность, а частью этой сохранности и осмотрительности является предоставлять такую гарантийную стипуляцию: и поэтому, если он этим пренебрег, он будет нести ответственность перед покупателем.

Соединение *custodia* и *diligentia* в гендиадис «*custodia diligentiaque*» может быть только продуктом творчества классического юриста, который не стремится, подобно постклассику, расположить материал в порядке безупречной классификации⁴⁹. В других фрагментах Павел объявляет виной

⁴³ Ср. также «*cilfa gravior*» в комментарии Модестина к Кв. Муцио (D. 41.1.54.2 (*Mod. 31 ad Q. Muc.*)): «*Sed damnum dando damni iniuriae tenebitur, ut tamen culparum in damno dando exigere debeamus graviorem nec tamen levem quam ab extraneo*» («Но в случае причинения ущерба он будет привлечен по иску о противоправном причинении ущерба, чтобы, однако, мы должны были выявить в причинении ущерба более тяжкую вину, а не легкую, как в отношении постороннего»).

⁴⁴ Напротив, К.А. Канната (*Cannata C.A. Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*. P. 61 (nt. 143)) считает интерполированным весь конец фрагмента со слов «*ut diligentiam praestat exactiorem...*».

⁴⁵ Kaser M. Die ‘actio furti’ des Verkäufers. S. 113 (nt. 96).

⁴⁶ Cardilli R. L’obbligazione di “*praestare*” e la responsabilità contrattuale in diritto romano: (II sec.a.C. – II sec.d.C.). P. 294 (nt. 155).

⁴⁷ Kunkel W. Die Römischen Juristen: Herkunft und soziale Stellung. S. 134.

⁴⁸ Здесь нет интерполяции [*tradat*] <*mancipio dat*>: в подлиннике речь шла не о манципации как акте переноса права собственности, а именно о передаче владения недвижимостью, как следует из D. 39.2.18.8 («*Venditorem autem aedium prius, quam possessionem tradat*») («Продавец же здания, прежде чем передаст владение...»)).

⁴⁹ Таламанка считает текст интерполированным (*Talamanca M. Vendita (diritto romano)*. P. 448 (nt. 1501)).

(*culpa*) отказ продавца заключить стипуляцию об угрозе ущерба, возводя стандартную ответственность в пределах *custodia* на уровень *omnis diligentia* («полнейшей заботливости»)⁵⁰, или говорит об *omnis diligentia* и *omnis culpa* как проявлении *custodia*⁵¹.

3. Ситуативное и нетехническое понимание *culpa*

6. Возвращаясь к теме ссуды, заметим, что обособление «вины» от «осмотрительности» в *sententia Mucii*, которую мы обсуждали в предыдущем тексте (D. 13.6.5.3: «et culparum praestandam et diligentiam»), может также говорить о том, что *culpa* в ту эпоху еще не стала обобщенным понятием и скорее указывает на провинность, действие, приведшее к неисполнению, или же факт упущения, недосмотра, невнимания к возможным последствиям, который и определяет распределение ответственности (*ex post*) по деликтному принципу причинения. Этот смысл *culpa* удерживает от аквилевой вины (*culpa Aquiliana*), несмотря на смену контекста на договорный (*ex contractu*).

D. 13.6.23 (*Pomp. 21 ad Q. Muc.*)

Si commodavero tibi equum, quo utereris usque ad certum locum, si nulla culpa tua interveniente in ipso itinere deterior equus factus sit, non teneris commodati: nam ego in culpa ero, qui in tam longum iter commodavi, qui eum labore sustinere non potuit.

Если я сужу тебе лошадь, чтобы ты пользовался ею до определенного места, то, если без твоей вины на этом самом пути лошадь получила повреждения, ты не отвечаешь по иску из договора ссуды: ведь на мне лежит вина за то, что ссудил в столь долгий путь животное, которое выдержать эту нагрузку не смогло.

Здесь *culpa* в выражении «*nulla culpa tua interveniente*» («без вины с твоей стороны»)⁵² получает значимый рефрен в дальнейшем «*ego in culpa ero*» («я буду виноват»). Оба словоупотребления привлекают термин «*culpa*» не как критерий возложения ответственности (или снятия ответственности), не как абстрактное понятие, управляющее правовой квалификацией отношения, а как способ указать на *провинность*, на акт воздействия на ситуацию, определивший негативный результат и фрустрацию ожиданий кредитора. При этом понятно, что *culpa* входит в семантическое поле, которое управляемо идеей причинения, но применительно к неделиктным отношениям обобщающего критерия вменения и соответствующего понятия еще не выработано⁵³. Имей «*culpam*» в эту эпоху техническое значение, Кв. Муций постарался бы избежать бытового оборота «*ego in culpa ero*».

⁵⁰ D. 39.2.18.9 (*Paul. 48 ad ed.*): «dum venditoris custodia est, is stipulari debet omnemque diligentiam emptori praestare».

⁵¹ D. 39.2.38.pr. (*Paul. 10 ad Sab.*):

Emptor aedium ante traditam sibi possessionem ideo inutiliter stipulatur, quia venditor omnem diligentiam ei praestare debet. tunc certe utiliter stipulatur, cum omnis culpa a venditore aberit, veluti si precario emptori in his aedibus esse permisit custodiamque ei afuturus tradidit.

Покупатель здания до передачи ему владения заключает недействительную стипуляцию [об угрозе ущерба] потому, что продавец должен обеспечить ему полную заботливость. Он, конечно, заключает действительную стипуляцию тогда, когда на стороне продавца отсутствует всякая вина, например, если он даст покупателю осуществлять прекарное владение этим зданием и передаст его ему, сложив с себя ответственность за сохранность.

⁵² Первую фразу текста относят к авторству Кв. Муция уже гуманисты. См.: *Pastori R. Op. cit. P. 288.*

⁵³ М. Таламанка (*Talamanca M. Colpa civile (storia)*). Р. 518) в этой связи говорит о самом обобщенном значении как основании вменения (*significato generico di imputabilità*). Речь идет скорее о снятии вменения, отказе в возложении ущерба на ответчика и оставлении истца наедине с самим собой, подобно знаменитой максиме (D. 50.17.203): «*Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire*» («Если кто-либо терпит ущерб по своей вине, не считается, что он потерпел ущерб»). Мы еще встретимся с подходом «сам виноват» в разд. 4.

Невозможно согласиться с Т.М. Яблочковым, который относит это выражение (безосновательно называя его распространенным⁵⁴, хотя в юридических текстах оно встречается еще только дважды) к выходу за пределы правовой сферы лица (его «правовой *insula*»), что якобы само по себе создает контекст для обвинения и служит точкой приложения причинной связи – для причинившего вред события, если таковое произойдет. В действительности никакого выхода за сферу нормальной правомерной деятельности и вторжения в зону ответственности в том, что собственник дал в ссуду лошадь, не рассчитав чрезмерную нагрузку, нет. Здесь ссудодатель – кредитор, а не должник. Напротив, только привходящая вина кредитора (ср. ст. 404 ГК РФ) позволяет юристу вывести событие из сферы ответственности должника. «*Culpa*» в данном словосочетании, которое по смыслу ничем не отличается от «*culpa in me est*» («вина лежит на мне»)⁵⁵, практически свободна от профессионального юридического осмысливания⁵⁶.

7. Еще раз выражение «*in culpa est*» доставляют республиканские юристы (*veteres*), и оно также несет значение *проприенности*, а не абстрактного критерия вменения.

D. 18.6.12 (*Aff. 2 dig.*):

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

Если бы проданная инсула сгорела, то раз пожар без вины произойти не может, каким будет право? Ответил: так как [пожар] может произойти без вины домовладыки и если бы он возник по небрежности рабов, вина не сразу ложится на господина, и поэтому если продавец приложил бы такую осмотрительность в отношении сохранности инсулы, какую должны прилагать честные и прилежные люди, то, если бы что-либо произошло, ничего к нему относится не будет.

⁵⁴ Яблочков Т.М. Понятие вины в римском праве (черты индивидуализма в учениях римских юристов о вине). М.: Изд. кн. маг. И.К. Голубева, 1907. С. 37 (прим. 2).

⁵⁵ Ср. D. 9.2.11 (*Ulp. 18 ad ed.*): «*Proculus in tonsore esse culparum*» («Прокул – что вина лежит на цирюльнике»).

⁵⁶ Словосочетание «*in culpa est*» во фразе Юлия Павла, которой компиляторы завершили текст Ульпиана, – просто случайное стечние слов.

D. 9.2.9.4 (*Ulp. 18 ad ed.*)

Sed si per lusum iaculantibus servus fuerit occisus, Aquiliae locus est: sed si cum alii in campo iacularentur, servus per eum locum transierit, Aquilia cessat, quia non debuit per campum iaculatorium iter intempestive facere. qui tamen data opera in eum iaculatus est, utique Aquilia tenebitur:

D. 9.2.10 (*Paul. 22 ad ed.*)

nam lusus quoque noxius in culpa est.

Однако если раб будет убит вследствие игры метальщиков, применяется закон Аквиллия; но если, когда другие метали дротики на площадке, раб проходил через это место, закон Аквиллия не применяется, так как он не должен был несомнительно пролагать свой путь через площадку для метания. Тот же, кто нарочно метнул в него дротик, в любом случае будет отвечать по закону Аквиллия,

ведь вредоносная игра также относится к вине.

Здесь «*culpa*» прилагается к сфере деятельности, метанию дротиков, а не к оценке поступка и тем более стандарту поведения.

В неюридических сочинениях выражение также нельзя назвать распространенным (вопреки Кардилли, который считает его свойственным Цицерону). В одном из немногих случаев Цицерон (*Cic. De amicit. 78*) говорит о нарушении дружбы и некотором пределе терпения, который требуется от потерпевшего ради сохранения прежних отношений: «*sis in culpa sit, qui faciat, non qui patiatur iniuriam*» («чтобы виновным [в разрыве отношений] был тот, кто причиняет обиду, а не тот, кто ее испытывает»), – употребляя *culpa* в нетехническом смысле.

В школе Сервия Сульпиция рассматривают задачу, основанную на подлинном деле или вопросе, заданном на консультации. Юрист, давая квалификацию состава (*quid iuris sit?*), заявляет, что пожар в продаваемом многоэтажном доме (инсуле) может произойти и не по вине его собственника, и противопоставляет виновности продавца неосмотрительность его рабов. Текст изобилует выражениями «*cilpa*», «*neglegentia*», «*diligentia*», что издавна вызывало подозрения в подлинности. К концу XX в. текст был постепенно признан подлинным свидетельством заключения, данного в эпоху Республики⁵⁷.

Оборот «*diligentia in custodiendo*» увязывают с известной тенденцией подмены объективной ответственности (*custodia*) субъективной (*diligentia*) в постклассическую эпоху⁵⁸. Однако «*diligentia*» согласована с «*neglegentia*» (*servorum*) и выражает требование к приложению усилий для обеспечения сохранности дома от пожара, тогда как «*custodia*» технически в эту эпоху⁵⁹ относится к краже (или к побегу) и прилагается исключительно к движимым вещам⁶⁰. Казер ставил под сомнение и подлинность термина «*diligentia*», поскольку он оказывается содержанием *cilpa*⁶¹, однако ниже стоит «*diligentes*», и содержание *cilpa* в этом тексте раскрывается через идиому «*frugi et diligentes*» («честные и прилежные»), характерную для латыни позднереспубликанской эпохи⁶².

Отправляясь от факта гибели вещи, римский юрист – в соответствии со свойственным ему вниманием к материальной причинности⁶³ – заявляет, что сам пожар свидетельствует о вине кого-либо из вовлеченных в отношение лиц. Вина может лежать на господине, а может – на домочадцах. Вопрос стал применительно к объекту договора купли-продажи, погившему до передачи. Речь об ответственности продавца, который отвечает за *custodia* (объективно), но дело обсуждается с позиции презумпции субъективного упущения. Господин предполагается виновным (*in cilpa*), но может оправдаться, указав на недосмотр со стороны рабов. Нерадивость

⁵⁷ Ф. Меркольяно (*Mercogliano F.* Op. cit. P. 400 (nt. 64)) отмечает прогрессирующую реабилитацию текста со ссылками на работы Де Сарло, Ватсона, Виски, Кнютеля. П. Вочи (*Voci P.* “Diligentia”, “custodia”, “culpa”: i dati fondamentali // *Studia et documenta historiae et iuris*. 1990. Vol. 56. P. 63) предполагал, что текст просто подвергся сокращению, что вполне объясняет, почему две фразы о невозможности и возможности пожара без вины стоят так близко друг к другу, когда вопрос предвосхитает ответ. Подлинность текста также поддерживали шотландские романисты: *Watson A.* The Law of Obligations in the Later Roman Republic. Clarendon Press, 1965. P. 71; *MacCormick G.* Alfenus Varus and the Law of Risk // *Law Quarterly Review*. 1985. Vol. 101. P. 584 sq.

⁵⁸ Так, Кункель и Бетти (*Kunkel W.* Diligentia. S. 283 sq.; *Betti E.* Periculum. Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustinianeo // *Studi in onore di Pietro de Francisci*. Vol. 1. Giuffrè, 1956. P. 133 sq., 138 sq., 144, 154) прямо относили это выражение к эпохе Юстиниана. Кюблер (*Kübler B.* Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im klassischen römischen Recht // *Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Otto Gierke zum Doktor-Jubiläum 21. August 1910*. M. & H. Marcus, 1910. S. 260 (nt. 2)) восстановливал *<custodia>* вместо *[cilpa]*, но мы видели, что выражение «*in culpa esse*» встречается редко и свойственно республиканской юриспруденции; Виски и Канната (*Visky K.* La responsabilité dans de droit romain à la fin de la République // *Revue internationale des droits de l'Antiquité*. 1949. Vol. 3. P. 468; *Cannata C.A.* Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano. Vol. 1. P. 119 (nt. 60)) считали фразу «*diligentia in insula custodienda*» плодом постклассического вторжения в текст. Напротив, А. Метро приводит основания для признания этого выражения (и подхода) ульпиановским: *Metro A.* Op. cit. P. 10 sq., 110 sq.

⁵⁹ Становление абстрактной категории «*custodia*», как мы видели, связано с Нерацием (см. выше – п. 1).

⁶⁰ См.: *Кардилли Р.* Обязательство *praestare* и договорная ответственность в римском праве // Вестник экономического правосудия РФ. 2023. № 12. С. 127 слл., 140; подробнее: *Cardilli R.* L’obbligazione di “*praestare*” e la responsabilità contrattuale in diritto romano: (II sec.a.C. – II sec.d.C.). P. 177–184.

⁶¹ *Kaser M.* Die ‘actio furti’ des Verkäufers. S. 113 (nt. 96).

⁶² Так – Кардилли (*Cardilli R.* L’obbligazione di “*praestare*” e la responsabilità contrattuale in diritto romano: (II sec.a.C. – II sec.d.C.). P. 294 (nt. 153)) со ссылкой на Перниса (*Pernice A.* Op. cit. S. 330).

⁶³ Ср.: *Kunkel W.* Diligentia. S. 338.

рабов не зависит от господина, который мог быть вполне осмотрительным («дети напкодили»). Вменение явно исходит из идеи личной провинности, недосмотра, у которого есть границы, и за эти границы контроль, ожидаемый от лица, выступающего точкой вменения, нормативно не распространяется. Те усилия, которые обычно прилагаются и должны прилагаться «*homines frugi et diligentēs*» («ответственные и осмотрительные люди»), по мнению Сервия, имеют предел в виде неожиданных упущений со стороны рабов и домочадцев. Личный характер контроля за ситуацией и особых усилий исполнителя сближает вменение убытков с возложением наказания, что отвечает обсуждению ситуации в терминах вины – *cilfa* («*sine cilfa fieri*», «*sine patris familias cilfa fieri*», «*in cilfa erit*»), с которыми согласуются также *diligentia/neglegentia* как показатели фактических действий и усилий вовлеченных лиц. Если домовладыка укажет на недосмотр рабов и докажет, что сам он уделил требуемое внимание сохранности дома, вина с него снимается. Это не объективная ответственность (*custodia*) как норма для продавца в эпоху классики: здесь вменение отправляется от идеи личного проступка, вины (*cilfa* в деликтном понимании)⁶⁴.

Чтобы выявить *надлежащую степень осмотрительности и заботливости* (ср. абз. 2 п. 1 ст. 401 ГК РФ), автор заключения предлагает ориентироваться на усилия, которые нормативно (*debent*) ожидаются от людей, отвечающих стандарту «*frugi et diligentēs*»⁶⁵. Такое распределение *onus probandi* указывает на презумпцию вины в нарушении договора со стороны продавца, что согласуется и с постановкой вопроса (*quaestio*): «раз пожар без вины произойти не может». Закономерен общеизвестный вывод, что в школе Сервия утверждается подход к договорной ответственности через выдвижение абстрактного стандарта надлежащего исполнителя⁶⁶, развивающий идеи Кв. Муция (D. 9.2.31 («*diligens*»)) и предвосхищающий учение о вине-упущении (*cilfa omissiva* – см. ниже разд. 4).

8. К школе Сервия относится и следующий текст, в котором категория «*cilfa*» фигурирует в контексте объективной ответственности вплоть до действия непреодолимой силы (*custodia*), свойственной ссудополучателю.

D. 13.6.5.7 (*Ulp.* 28 ad ed.)

Sed interdum et mortis damnum ad eum qui commodatum rogavit pertinet: nam si tibi equum commodavero, ut ad villam adduceres, tu ad bellum duxeris, commodati teneberis: idem erit et in homine. plane si sic commodavi, ut ad bellum duceres, meum erit periculum. nam et si servum tibi tectorem commodavero et de machina ceciderit, periculum meum esse Namusa ait: sed ego ita hoc verum puto, si tibi commodavi, ut et in machina operaretur: ceterum si ut de plano opus faceret, tu eum inposuisti in machina, aut si machinae culpa factum minus diligenter non ab ipso ligatae vel funium perticarumque vetustate, dico periculum, quod culpa contigit rogantis commodatum, ipsum praestare debere: nam et Mela scripsit, si servus lapidario commodatus sub machina perierit, teneri fabrum commodati, qui neglegentius machinam colligavit.

⁶⁴ В позднем сочинении Гая (D. 18.6.2.1 (*Gai.* 2 cott. ter.)) применительно к мере ответственности продавца до передачи товара вместо ожидаемой «*custodia*» употребляется термин «*diligentia*», хотя ответственность должника в обязательстве этого типа простирается вплоть до непреодолимой силы (*fatale damnum vel vis magna*). Сходным образом выражается и Павел в комментарии к Сабину (D. 18.6.3 (*Pau.* 5 ad Sab): «ut diligentiam praestet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet») («чтобы обеспечил усердную заботливость, какую прилагает к своим вещам»).

⁶⁵ Knittel R. Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht // Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abtheilung. 1880. Bd. 100. S. 349.

⁶⁶ Устойчивость терминологии демонстрирует текст Ульпиана (D. 26.7.3.3), где упоминается опекун, которого наследодатель назначил в то время, когда тот вел примерную жизнь, а затем стал вести себя неподобающим образом: «iste tutor bonaे vitae vel frugi videbatur, deinde postea idem coepit male conversari».

Но порой и ущерб, вызванный смертью, относится к тому, кто испросил ссуду: ведь если я ссуджу тебе лошадь, чтобы ты отвел [ее] на виллу, а ты поведешь ее на войну, ты будешь отвечать по иску из ссуды; то же самое будет и в отношении раба. Впрочем, если я тебе дал ссуду так, чтобы ты отправился на войну, ущерб будет на мне. Ведь и в том случае, если я дам тебе в ссуду раба-штукатура⁶⁷ и он упадет с мостков, Намуза говорит, что ущерб на мне; но я полагаю, что это верно лишь при условии, что я ссудил его тебе с тем, чтобы он работал на мостках, впрочем, если – чтобы он работал внизу, а ты его направил на мостки, или если воздействие мостков было вызвано виной вследствие того, что они были недостаточно тщательно собраны, [пусть и] не им самим, или ветхостью веревок и жердей, я скажу, что ущерб, связанный с виной того, кто испросил ссуду, он должен обеспечить сам: ведь и Мела написал, что если раб, данный в ссуду каменщику, погибнет под мостками, мастер отвечает по иску из ссуды, раз он собрал мостки столь небрежно.

Ауфидий Намуза, автор крупного сборника ответов⁶⁸, возлагает риск на ссудодателя, если цель одолжения была связана с рискованной операцией. Эта позиция развивает более общее правило, зафиксированное для предшествующей ему республиканской юриспруденции (*veteres*) применительно к случаю ссуды лошади для военных действий⁶⁹. Начиная со слов «*sed ego ita hoc verum ruit*» («но я считаю это верным только тогда...») в текст вмешивается Ульпиан, который затем привлекает мнение Фабия Мелы, современника Лабеона⁷⁰, стоявшего вне школ. Это Ульпиан в первых словах фрагмента об ущербе, причиненном вследствие смерти суженной венци, употребляет термин «*dannum*», тогда как Намуза говорит о «*periculum*». Здесь это слово означает «ущерб», «потери», хотя контекст смерти наводит семантику риска и непреодолимой силы, которая связана с этим термином в техническом смысле. Возлагая на ссудодателя именно *periculum*, юрист школы Сервия показывает, что для него нормой является ответственность ссудополучателя за любой ущерб, наступивший не вследствие действия непреодолимой силы (*vis*): риск – это потери, за которые ответственность не возлагается, тогда как ссудополучатель отвечает даже за события, выходящие за пределы его контроля.

В контексте объективного вменения обращение к концепту *culpa* и не как к постороннему факту, не достигающему значения форс-мажора (*vis maior*), подобно действиям рабов должника (ср. изученный нами D. 18.6.12), а именно как к субъективному основанию вменения сближает этот текст со свидетельствами подхода Кв. Муция, которые мы рассматривали выше (п. 4–6). Ответственность ссудополучателя вновь обсуждается в категориях вины (неосмотрительности) исполнителя, специфика ситуации лишь в том, что эта вина скрывается в качестве условий труда суженного раба – пороках мостков⁷¹, на которых он выполняет свою работу.

⁶⁷ Ср. D. 9.2.27.35.

⁶⁸ Логично предположить, что труда носил название «Дигесты», как и сочинение Алфена Вара.

⁶⁹ Ср. Gai., 3, 196.

⁷⁰ Kunkel W. Die Römischen Juristen: Herkunft und soziale Stellung. S. 116.

⁷¹ Это, конечно, не «вина венци» (*culpa machinae*, как читает Канната: *Cannata C.A. Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. P. 57–58*): «*culpa*» относится к тому, как собраны мостки («*culpa... minus diligenter non ab ipso ligatae*» – «по вине... вследствие недостаточно тщательно собранных мостков» – пусть даже не самим ссудополучателем). То, что во фразе «*in machinae culpa factum minus diligenter non ab ipso ligatae*» слово «*culpa*» стоит далеко впереди, между словами «*factum*» («действием») и «*machinae*» («мостков»), хотя относится к «*minus diligenter*» («недостаточно тщательно»), конечно, не может служить доказательством того, что это продукт позднейшего вмешательства в текст: переработчик мог бы подыскать ему место получше. Это стилистический прием, усиливающий за счет порядка слов убедительность юридической квалификации: раз дело в недостатке внимания («*minus*

«*Cilfa*» здесь выступает среди возможных факторов, определивших гибель раба, однопорядковых слову «*vetustate*» («из-за ветхости»), которое также стоит в *ablative*. Мостки или были собраны упречным образом, или могли разрушиться вследствие ветхости. Хотя бы ссудополучатель и не участвовал в строительстве мостков, он будет нести ответственность за гибель раба, так как пороки условий труда относятся к нему. Ульпиан заключает, хотя и склоняясь к противоположному решению, но методологически воспроизведя подход Ауфидия Намузы, что тот ущерб (*periculum*), который связан с виной ссудополучателя (*quod cilfa contigit rogantis commodatum*), он должен обеспечивать сам. Показательно, что вина (*cilfa*), относящаяся к устройству мостков, сочетается с понятием «*diligentia*» – мостки были собраны недостаточно тщательно («*minus diligentem*»), а сходный пример из наследия Мелы, когда раб также погиб под мостками, сопровождается столь же негативным заключением, выраженным в той же терминологии: мостки были собраны небрежно («*neglegentius*» – в характерной форме сравнительной степени). Концепт *cilfa* вводится в дискурс Ульпианом и прямо соотносится с качеством исполнения, с необходимой заботливостью (точнее, ее отсутствием) на стороне должника: *diligentia/neglegentia. Custodia* как наиболее высокая степень ответственности выявляется через недосмотр – наименьшую степень неосмотрительности: если должник допускает малейшее упущение, значит – в рамках объективного вменения, ответственности вплоть до непреодолимой силы – последствия падают на него. Несчастный случай (*damnum, periculum* как объективный ущерб у Намузы) ложится на собственника, малейшее упущение – на ссудополучателя. Вина выступает фактором вменения, который позволяет уверенно исключить случайность нежелательного события, что означает перераспределение риска несчастного случая и освобождение от него должника. Субъективный подход оказывается элементом объективного, его необходимым коррелятом.

Напротив, трактовку Каннаты, для которого этот текст – показатель того, что ссудополучатель, отвечая за собственные упущения, может оправдаться, указав на дефект, вызванный ремесленником, собиравшим мостки⁷² (что сближает решение Мелы со случаем пожара инсулы, как он был решен в школе Сервия), принимать не следует. Мела говорит об ответственности по иску из ссуды («*teneri commodati (scil. actione)*»), а по такому иску отвечает отнюдь не постороннее лицо, пусть, возможно, и виновное в некачественной сборке мостков, а сторона договора – ссудополучатель, так что ответственность за чужие действия ложится на него как за свои: юрист усматривает основание вменения в недосмотр за чужой работой (в решении Мелы, как следует из идентификации адресата договорного иска, речь шла о собственной работе, и «*faber*» указывает на самого каменщика), которая привела к созданию опасных условий труда для полученного в ссуду раба.

Суть дела не в возможности оправдаться (как при обычной ответственности за вину), а в том, что упущения других лиц рассматриваются как недостатки исполнения договора самим должником. Итак, основание иска заключается в действиях привлеченных должником исполнителей, и ссудополучатель отвечает по субъективному критерию, поскольку вина, которая получает значение существенного фактора объективной ответственности, как и в случае с продавцом инсулы, усматривается в привлечении негодных исполнителей: здесь решение Ульпиана вдохновляется значительно более ранним суждением Мелы (к которому апеллирует юрист эпохи Северов), в котором каменщик (ссудополучатель) прямо назван лицом,

⁷² *Cannata C.A. Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. P. 58.* Речь о решении Мелы: «*faber qui neglegentius machinam colligavit*».

собравшим мостки. В отличие от решения Сервия в случае пожара (D. 18.6.12 – п. 7) хозяин дела признается ответственным, даже если он не лично создал причину ущерба (пусть и по недосмотру за исполнителями). Качество исполнителей (и их подбор) тем самым включается в сферу ответственности (и даже непосредственных действий должника), что в определенной мере переводит личную ответственность (по деликтному принципу) в ответственность за упущения исполнителей, за всю сферу исполнения, вмененную должнику по объективным результатам (не)исполнения.

9. Сходный случай в школе Сервия усматривают применительно к долгосрочному договору аренды, где также стоит вопрос возложения ответственности за подвластных.

D. 19.2.30.4 (*Af. 3 dig. a Paulo epit.*)

Colonus villam hac lege acceperat, ut incorruptam redderet praeter vim et vetustatem: coloni servus villam incendit non fortuito casu. non videri eam vim exceptam respondit nec id pactum esse, ut, si aliquis domesticus eam incendisset, ne praestaret, sed extrariam vim utrosque excipere voluisse.

Колон взял виллу в аренду с тем условием, что вернет ее неповрежденной, за исключением воздействия непреодолимой силы и ветхости; раб колона сжег виллу и не вследствие несчастного случая. Дал ответ, что не считается, что эта сила была исключена в договоре и соглашение было не о том, чтобы снять с него ответственность за то, когда ее подожжет кто-либо из слуг, но обе стороны желали исключить [ответственность за] внешнюю силу.

Слова о *vis* (непреодолимой силе) в значении вмешательства раба не просто соблюдают формулировку специального соглашения сторон об усилении ответственности, но отводят действиям раба место в ряду неподконтрольных должнику явлений. Здесь уместно отослать читателя к знаменитому тексту Сервия (D. 19.2.15.2), в котором понятие непреодолимой силы изучается на основе различия «силы» внешней, природной, и «пороков», связанных с использованием (*frui licere*) арендованной вещи, самим производственным процессом (*vitia ex ipsa re* – пороки самого дела)⁷³. Рабы в этой логике принадлежат «самому делу», и их недостатки должны относиться к ответственности их хозяина (долгосрочного арендатора виллы). Возложение проступка раба на колона опирается на специальное соглашение сторон, будто по умолчанию этот фактор в ответственность арендатора не входит. Освобождение от ответственности за действия рабов, сама возможность переложить факт пожара на работника (как и в D. 18.6.12) несет на себе следы деликтного подхода к отношению с характерным личным пониманием вины.

10. Выявленный смысл прямо смыкается с выражением *«nulla culpa tua interveniente»* («если нет никакой твоей вины») Кв. Муция, которое мы встретили в D. 13.6.23. Эта «вина» очень близка к той, о которой в свое время говорил Публий Муций Сцевола, консул 133 г. до н.э., отец Кв. Муция, один из тех великих юристов, «кто основал *ius civile*» (D. 1.2.2.39: «*Publius Mucius et Brutus et Manilius, qui fundaverunt ius civile*»).

⁷³ Kaser M. Periculum locatoris // Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung. 1957. Bd. 74. P. 169 sq.; Sitzia F. Considerazioni in tema di ‘periculum locatoris’ e di ‘remissio mercedis’ // Studi in memoria di Giuliana D’Amelio. Vol. I. Giuffrè, 1978. P. 331 sq.; Capogrossi Colognesi L. Ai margini della proprietà fondiaria. 2^a ed. La Sapienza, 1996. P. 174 sq.; Cardilli R. L’obbligazione di “praestare” e la responsabilità contrattuale in diritto romano: (II sec.a.C. – II sec.d.C.). P. 235 sq., 243 sq.; Fiori R. La definizione della ‘locatio conductio’. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica. Jovene, 2000. P. 91 sq. Cp. Иеринг Р. Culpa in contrahendo, или возмещение убытков при недействительности или незаключенности договоров // ИГП. 13. 2013. № 3. С. 249.

D. 24.3.66.pr. (*Iav.* 6 ex post. *Lab.*)

In his rebus, quas praeter numeratam pecuniam doti vir habet, dolum malum et culpam eum praestare oportere Servius ait. ea sententia Publpii Mucii est: nam is in Licinnia Gracchi uxore statuit: quod res dotales in ea seditione qua Gracchus occisus erat, perissent, ait, quia Gracchi culpa ea seditio facta esset, Licinniae praestari oportere.

В отношении тех вещей, которые помимо наличных денег муж имеет в приданом, он должен обеспечить злой умысел и вину, – говорит Сервий. Это суждение Публия Муция, ведь он в отношении Лицинии, жены Гракха, постановил: «Поскольку приданое погибло при тех беспорядках, в ходе которых был убит Гракх, так как, – говорит он, – эти беспорядки возникли по вине Гракха, надлежит произвести возмещение в пользу Лицинии».

Сервий Сульпиций повышает ответственность мужа по иску о приданом до *cifra*, что в устах Яволена, главы сабинианской школы в самом конце I в., должно относиться к обобщающей категории вины как критерия вменения *ex ante*. Более того, Сервий различает ответственность за приданое, заключающееся в наличных деньгах (*pecunia numerata*), и ответственность в отношении иных вещей, предвосхищая современные подходы⁷⁴, так что Ф. Шульц усматривал в этой *distinctio* пример выдвижения общего принципа вместо прежних казуистических решений⁷⁵. В таком случае новое в высказывании Сервия относится даже не к расширению ответственности мужа до *cifra*, а к фиксации сферы приложения такого критерия, тогда как общая категория вины должна была быть разработана еще ранее. Представляется, что само различие денежного и неденежного обязательства указывает на идею невозможности исполнения, и именно эта проблематика сближает в глазах Лабеона суждение Сервия со случаем гибели приданого жены Гая Гракха, с которой столкнулся еще более ранний юрист.

Публий Муций Сцевола, великий pontифик, выносил решение («*statuīs*⁷⁶) по делу приданого Лицинии, жены Гая Гракха, которого он и объявляет ответственным за беспорядки, в ходе которых он сам погиб в 121 г. до н.э. Народное волнение относится к форс-мажорным обстоятельствам (D. 50.17.23).

Риск гибели приданого, подлежащего возврату после прекращения брака, лежит на супруге⁷⁷, тогда как наличие вины на стороне мужа снимает с супруги это бремя, открывая возможность взыскать убытки по иску о приданом (*actio rei uxoriae*)⁷⁸. В словах П. Муция «*praestari oportere*» речь идет о признанной по *ius civile* ответственности, которая связана с невозможностью исполнения (вызванной гибелью приданого): обязательство, которое лежит на муже, преобразуется (см. ниже о доктрине *perpetuatio obligationis*, восходящей именно к республиканской эпохе, *veteres*) и тем самым сохраняется, связывая должника ответственностью по иску, требование по которому (*petitum*)

⁷⁴ Ср. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА, п. 7.2.2.

⁷⁵ Schulz F. History of Roman Legal Science. 2nd ed. Clarendon Press, 1953. P. 65.

⁷⁶ См.: Söllner A. Zur Vorgeschichte und Funktion der ‘*actio rei uxoriae*’. Böhlau, 1969. S. 47; Cardilli R. L’obbligazione di “*praestellare*” e la responsabilità contrattuale in diritto romano: (II sec.a.C. – II sec.d.C.). P. 143.

⁷⁷ Vat. 101: «Paulus respondit rebus non aestimatis in dotem datis maritum culpam, non etiam periculum praestare debere» («Павел дал ответ, что в отношении предоставленных в приданое вещей, если они не подвергнуты оценке, муж должен обеспечить вину, но отнюдь не риско»).

⁷⁸ Существенно, что выдающийся юрист середины II в. до н.э. упоминает «*oportere*», что явно указывает на формулу иска по добре совести – *formula in ius concepta*. Авторитетная доктрина предполагает для исков по добре совести этап развития, когда такие иски основывались на власти претора, в том числе и для иска о приданом (см.: Söllner A. Op. cit. S. 137 sq.). Однако слова Публия Муция – наше древнейшее свидетельство об этом иске, и оно сразу представляет его как иск цивильный.

нацелено именно на денежное возмещение. Когда Сервий отмечает применимость категории субъективного вменения (умысла и вины) к ситуации невозможности исполнения, он опирается на это положение «юристов прошлого», одной из ступеней разработки которого выступает суждение П. Муция об обязанности возместить Лицинии стоимость погибшего приданого. Его вывод получает выражение в термине *«fraestari»*, который в пассивной форме воплощает саму идею возмещения на основании судебного решения.

Любой студент римского права помнит максиму, в которой *veteres* выразили природу преобразования требования в ходе движения римского процесса по формуле (*per formulas*): «до litis contestatio должник должен дать, после litis contestatio он подлежит присуждению (condemnari oportere), после вынесения судебного решения (iudicatum) он должен исполнить судебное решение»⁷⁹. «Condemnari oportere» соответствует *«fraestari oportere»* П. Муция с глаголом *«fraestare»* в пассивной форме инфинитива, что дает не просто обезличенное, но и нормативное значение – «должен быть сделан ответственным, носителем обязанности по возмещению». Обеспечительная семантика *«fraestare»* (*stare praes*, «выступать гарантом») здесь смыкается с переходом обязательства в фазу ответственности (*tollitur obligatio principalis* – *Gai. 3.180*) – не зависящей от возможности реального исполнения и удовлетворения нормативных интересов кредитора, стадии, на которой происходит редукция статуса должника, когда он теряет активную и личную роль в обязательстве (роль исполнителя долга) и низводится до источника возмещения, имущественного ресурса, который во многом лишается равного с кредитором положения и больше не может ссылаться на препятствия к исполнению, отстаивать свои интересы как стороны правоотношения, выдвигать возражения по обстоятельствам дела.

Ответственность – это всегда формальное подчинение должника кредитору⁸⁰. Обезличенность и объективность, отраженные в пассивной форме инфинитива, подчеркивают, что от воли должника на этой стадии уже мало что зависит: он должен подчиниться действию нормы (*oportere*) и выступает инструментом защитной функции права – исполнителем властного требования кредитора (которое может быть поддержано судебным решением), нацеленного на возмещение неудовлетворенного ожидания первичного исполнения.

С этой точки зрения слова Сервия *«fraestare oportere»*, где глагол *«fraestare»* стоит в активной форме инфинитива («должен предоставить, обеспечить»), управляя рядом критериев вменения – *dolum malum et culpatum*, относятся к стадии исполнения (долга, *Schuld*), что подчеркивается и упоминанием действующего лица – должника: *dolum malum et culpatum eum praestare oportere* («он должен обеспечить злой умысел и вину»). Критерии вменения включаются в содержание предоставления, указывая на его качество, причем это качество обеспечивает сам должник. Сервий рассуждает на совершенно ином уровне проработки понятия ответственности в структуре обязательства.

Лабеон в данном тексте ((D. 24.3.66. pr (*Iur.*, 6 ex post. *Lab.*), посмертное издание которого в свою очередь конспектирует Яволен – один из поздних сабинианцев) сближает суждение Сервия с его далеким предшественником, наводя мост между «основателями *ius civile*» и его школой⁸¹.

⁷⁹ *Gai. 3.180*: «quod apud veteres scriptum est ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere». См.: Дождев Д.В. Римское частное право: учебник / под общ. ред. В.С. Нерсесянца. 3-е изд., испр. и доп. М.: Норма; ИНФРА-М, 2011. С. 237 сл.

⁸⁰ Там же. С. 505 (п. 268). См. также: Дождев Д.В. Исполнение обязательства в натуре: возрождение договорной дисциплины в постсоветском обязательственном праве или новое определение ценности обязательства / Дождев Д.В. Европейская традиция частного права: исследования по римскому и сравнительному праву: в 2 т. Т. 2: Залоговое право. Обязательство. Договор купли-продажи. С. 255 сл., 291 сл.

⁸¹ Слова комментария принадлежат самому Лабеону, так как все упоминаемые в нем юристы относятся к предшествующей эпохе.

Сервий первым фиксирует приведенное обобщение: обязательство мужа по возврату приданого определяется критериями *dolus* и *cifra*⁸². Лабеон говорит о словах Сервия как о важном определении, ставшем фундаментальным в данной области. Но эта формула восходит к суждению более раннего юриста. Публий Муций обосновал ответственность мужа в отсутствие умысла, прибегнув к понятию вины. По мысли Лабеона, именно суждение Публия Муция (*sententia Pubpii Micii*) позволяет Сервию говорить о *cifra*. Понятие вины в словах Сервия об ответственности мужа за умысел и вину в терминах *«fraestare oportere»* – как типичного и структурного элемента обязательства – отнюдь не тождественно понятию вины в суждении П. Муция о роли Гая Гракха, где *«cifra»* означает не форму и меру ответственности, а действие, повлекшее негативные последствия для истца⁸³, «проступок». Признание вины за Гракхом призвано вывести гибель приданого из-под общего правила распределения риска по иску о приданом (*actio rei uxoriae*), тогда как Сервий Сульпиций обсуждает критерий вменения и объем *praestare* со стороны мужа как собственника приданого во время брака. Гракх создает отдаленную причину (*«causa principalis»* в терминологии ранних стоиков⁸⁴) гибели приданого, и это участие далеко отстоит от обязанности мужа (*«causa proxima»*) обеспечить надлежащую осмотрительность в отношении имущества, подлежащего возврату (*reddere*). Лабеон мыслит в развитой парадигме, и для него *«cifra»* выступает в техническом значении, как *категория*, консолидированный юридический смысл которой подавляет и обнимает любой иной оттенок смысла. Только с таких позиций можно было заявить, что суждение Сервия принадлежит Публию Муцию (*«ea sententia Pubpii Micii est»*). Текст Лабеона позволяет датировать это развитие.

11. Значение *cifra* как фактора нарушения обязательства выражено и в сентенции *veteres* об «увековечении обязательства» (*perpetuatio obligationis*).

D. 45.1.91.3 (*Paul. 17 ad Plaut.*)

Sequitur videre de eo, quod veteres constiterunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intellegendum est.

Следует рассмотреть, каким образом следует понимать положение, утвердившееся в юриспруденции прошлого, что всякий раз, когда вмешивается вина должника, обязательство увековечивается.

Знаменитая максима, составляющая центральный пункт в римском учении об обязательстве в его соотношении с возмещением убытков⁸⁵, ставит констатацию неисполнения в зависимость

⁸² Для раскрытия содержания этого определения важно учитывать сказанное выше о неденежном обязательстве; здесь же обсуждается взгляд Лабеона на соотношение суждений Сервия и П. Муция.

⁸³ В. Кункель считал этот взгляд на вину классическим: *Kunkel W. Diligentia. S. 290 (nt. 1)*.

⁸⁴ *Cic. De fato 41: «Causarum enim», inquit [Chrysippus], «aliae sunt perfectae et principals, aliae adiuvantes et proximae»; quam ob rem cum dicimus omnia fato fieri causis antecedentibus, non hoc intellegi volumus, causis perfectis et principalibus, sed causis adiuvantibus et proximis» (Хрисипп сказал: «Из причин одни – совершенные и начальные, другие – вспомогательные и ближайшие»; поэтому, когда мы говорим, что все происходит по воле судьбы вследствие предшествующих причин, мы имеем в виду не совершенные и начальные причины, но вспомогательные и ближайшие). Ср.: *Cic. Top. 59; Part. or. 93* («causa conficiens – alia absoluta et perfecta per se, alia ad aliquid adiuvans et efficiendi socia quaedam») («содействующая причина: одна – абсолютная и совершенная сама по себе, другая – вспомогательная к чему-либо и некий товарищ в осуществлении»)).*

⁸⁵ *Cardilli R. L'idea romana del 'perpetuarsi dell'obbligazione' e il problema della responsabilità contrattuale // Annali del seminario giuridico dell'Università di Palermo. 2020. Vol. 63. P. 85 sqq.; Albers G. Perpetuatio obligationis. Leistungspflicht trotz Unmöglichkeit im klassischen Recht. Böhlau, 2019; Kaser M. Perpetuari obligationem // Studia et documenta historiae et iuris. 1980. Vol. 46. S. 87 sqq.*

от наличия вины должника. Речь о неденежном обязательстве, когда релевантна невозможность исполнения: это обязательства «*dare*» и «*reddere*», формулы исков которых относятся к рубрикам преторского эдикта «*de rebus creditis*» («о вверенных вещах»). При таких обязательствах действует критерий действия должника – *factum debitoris*⁸⁶. Это понятие далеко отстоит от вины как отступления от стандарта поведения, принятого для данного типа обязательства, – скорее это критерий, лишенный всякого субъективного измерения. Речь идет о факте (*factum* = действие), действии должника, ставшем причиной наступления невозможности исполнения⁸⁷. В источниках такая зависимость выражается фразой: «*Si per promissorem steterit*» (D. 45.1.23 (*Pomp.* 9 ad *Sab.*); D. 12.1.5 (*Pomp.* 22 ad *Sab.*); D. 46.2.31.pr. (*Venul.* 3 de *stip.*)). В этом контексте категория «*culpa*» получает специфическое значение причинения, близкое к деликтной, а не договорной вине⁸⁸.

В недавней монографии Грегор Альберс⁸⁹ справедливо отмечает зеркальность выражений, отрицающих вину: *nihil fecit*, «ничего не сделал» (D. 45.1.91.1), *sine facto*, «без действия» (D. 45.1.83.5 (*Paul.* 72 ed.)) = *sine culpa*, «без вины» (D. 46.3.107 (*Pomp.* 2 enchr.); D. 45.1.37 (*Paul.* 12 *Sab.*)); *si dolo culpare caret*, «если свободен от умысла или вины» (D. 45.1.51 (*Ulp.* 51 ed.)), – где вина равнозначна причинению.

4. Обсуждение вины от противного (*culpa carere*) и презумпция вины: вина-упущение (*culpa omissiva*) и стандарт исполнения

12. В риториках, современных школе Кв. Муция, возложение ответственности связывалось с виной (*culpa*) и по логике Аристотеля ставилось в зависимость от воли (*voluntas*) ответчика как причины («чтобы изучался не вопрос факта, но причины события» – *ut non de facto, se de facti causa quaeratur*, «чтобы принимали во внимание его намерение, а не событие само по себе» – *uti siuum animatum, non eventum considerent*), тогда как действие неподконтрольных должнику факторов признавалось основанием, исключающим ответственность: «защита ответчика – в тех событиях, что произошли не по его вине, но под действием некой непреодолимой силы» (*defensoris conquestio est calamitatis eius, quae non culpa, sed vi maiore quadam acciderit* – *Cic. De inv.* 2.101). Среди таковых молодой Цицерон (*Ibid.*) называет «власть судьбы» (*fortunae potestas*) и «человеческую слабость» (*hominum infirmitas*)⁹⁰. Последний фактор также демонстрирует деликтный подход, когда оправданием должнику может служить даже неспособность или несознательное упущение.

⁸⁶ Kaser M. Das römische Privatrecht. Bd. I. C.H. Beck, 1971. S. 506.

⁸⁷ Albers G. Op. cit. S. 10 sq., 34 sq.

⁸⁸ MacCormack G. «Factum debitoris» and «culpa debitoris» // Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. 1973. Vol. 41. P. 59 sq.; Jakobs H.H. Culpa und interpellatio bei der mora debitoris nach klassischem Recht // Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. 1974. Vol. 42. P. 23 sq.

⁸⁹ Albers G. Op. cit. S. 36.

⁹⁰ Так, в знаменитейшем (см.: Дождев Д.В. Умысел (*dolus*) и «природа человека» в системе критериев договорной ответственности. С. 20) фрагменте об ответственности ссудополучателя (где также фигурирует *culpa*, хотя в целом ответственность противопоставляется непреодолимой силе (*damnum fatale*), и обрисовывается объективное вменение – *custodia*) сначала речь идет о старости или болезни должника.

D. 13.6.5.4 (*Ulp.* 28 ad ed.)

Quod vero senectute contigit vel morbo, vel vi latronum eruptum est, aut quid simile accidit, dicendum est nihil eorum esse inputandum ei qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interveniat. proinde et si incendio vel ruina aliquid contigit vel aliquid damnum fatale, non tenebitur, nisi forte, cum possit res commodatas salvias facere, suas praetulit.

Если же что-либо произойдет по старости или болезни или будет захвачено силой грабителей или произойдет нечто подобное, следует сказать, что ничто из этого нельзя вменить ссудополучателю, если только не вмешается какая-либо вина. Поэтому даже если что-либо причинит пожар или землетрясение или какой-то непреодолимый

Нераций решительно отвергает подобное оправдание в следующем рассуждении о вине исполнителя-раба.

Coll. 12.7.7 (*Ulp.* 18 ad ed.)

Si forte servus, qui idem conductor est, coloni ad fornacem obdormisset et villa fuerit exusta, Neratius scribit ex locato conventum praestare debere, si neglegens in elegendis ministeriis fuit. Ceterum si alius ignem subiecerit fornaci, alius neglegenter custodierit, an tenetur? Namque qui non custodit, nihil fecit: qui recte ignem subiecit, non peccavit: quemadmodum si hominem medicus recte secuerit, sed neglegenter vel ipse vel alius curaverit, Aquilia cessat. Quid ergo est? Et hic puto ad exemplum Aquiliae dandam actionem tam in eum, qui ad fornacem obdormivit vel neglegenter custodit, quam in medicum qui neglegenter curavit, sive homo periit sive debilitatus est. Nec quisquam dixerit in eo qui obdormivit rem eum humanam et naturalem passum, cum deberet vel ignem extinguere vel ita munire, ut non evagaretur.

Если вдруг раб колона, который есть сам арендатор, заснул у печки и вилла сгорела, Нераций пишет, что он должен нести условленную ответственность по иску из договора, если был неосмотрителен в подборе прислуги. Впрочем, если один разжег печку, а другой за ней нерадиво следил, будет ли он отвечать? Ведь тот, кто не следил, ничего не сделал, а тот, кто правильно разжег, не совершил нарушения; таким же образом как в случае, когда врач правильно вылечил раба, но сам он или другой был небрежен в уходе, закон Аквиллия отпадает. Что же тогда? И полагаю, здесь следует дать иск по аналогии с иском из закона Аквиллия как против того, кто заснул у печки или небрежно следил, так и против врача, который небрежно ухаживал, умер ли раб или стал инвалидом. И пусть никто не говорит в отношении того, кто заснул, что с ним произошла свойственная людям или естественная вещь, раз он должен был или погасить огонь, или устроить его так, чтобы он не распространился.

В контексте отказа отнести негативное событие к человеческой слабости или природному явлению (сон) *neglegentia* как виновное упущение сталкивается с фактом, что и деяние (разжиг огня), и небрежность в дальнейшем контроле за ситуацией (*neglegenter custodit, neglegenter curavit*) определялись действиями рабов арендатора-колона (как и в случаях поджога виллы или инсулы, рассмотренных выше (см. п. 7)).

Сомнения в возложении ответственности на подвластных колона решаются признанием того, что домовладыке вменяется в обязанность привлекать к делу лишь годных для этого рабов, – это результат переноса на фактических исполнителей абстрактного требования к повышенному качеству должника, установления **модели исполнителя**, которая *ex ante* вменяется должнику⁹¹. Впечатляющий вызов, который Нераций бросает сторонникам отнесения беды на природные склонности и физиологический гуманизм, призван подчеркнуть то изменение в трактовке критериев ответственности, которого держится знаменитый прокурианец. По этой логике следует ориентироваться не на причинение и не на действия лиц, участвовавших в создании нежелательной ситуации, а на упущение – *neglegentia* как отступление от стандарта исполнения, требуемого в данном обязательстве, на вину-упущение (*culpa omissiva*).

вред, он не будет нести ответственность, если только, когда он мог бы спасти взятые в ссуду вещи, он предпочел [спасти] свои.

⁹¹ Понятие *culpa in eligendo* (вины за выбор исполнителей) развивается лишь в Новое время. См.: Honsell H. Die Haftung für Hilfspersonen // Festschrift für Ingeborg Schwenzer / Büchler Andrea, Müller-Chen Markus (Hrsg.). Bd. I. Stämpfli, 2011, S. 779 – 790; Id. Römisches Recht. 6 Aufl. Springer, 2006. S. 151.

13. Одно решение Прокула дошло в «Дигестах» Юстиниана (D. 9.2.27.11), но предшествующий фрагменту текст донес неюстиниановский источник (Coll. 12.7.9): юрист прибегает к выражению «*cilfa carere*» в отношении долгосрочного арендатора, чьи рабы причинили ущерб собственнику.

Coll. 12.7.9 (*Ulp.* 18 ed.)

Sed et si qui servi inquilini insulam exusserint, libro X Urseius refert Sabinum respondisse lege Aquilia servorum nomine dominum noxali iudicio conveniendum: ex locato autem dominum teneri negat. Proculus autem respondit, cum coloni servi villam exusserint, colonum vel ex locato vel lege Aquilia teneri, ita ut colonus servos posset noxae dedere et si uno iudicio res esset iudicata, altero amplius non agendum.

Но если некие рабы квартиросящика сожгли инсулу, Урсей в 10-й книге сообщает, что Сабин дал ответ, что господин подлежит присуждению по закону Аквиллия в связи с рабами по ноксальному иску, а что господин отвечает по иску из договора аренды – отрицает. Прокул же дает ответ, что, когда рабы колона сожгли виллу, колон отвечает либо по иску из договора аренды, либо по закону Аквиллия так, чтобы колон мог выдать рабов в возмещение ущерба, и если дело будет решено по одному иску, по другому более судиться нельзя.

D. 9.2.27.11 (*Ulp.* 18 ad ed.)

Proculus ait, cum coloni servi villam exussissent, colonum vel ex locato vel lege Aquilia teneri, ita ut colonus possit servos noxae dedere, et si uno iudicio res esset iudicata, altero amplius non agendum. sed haec ita, si culpa colonus careret: ceterum si noxios servos habuit, damni eum iniuria teneri, cur tales habuit. idem servandum et circa inquinorum insulae personas scribit: quae sententia habet rationem.

Прокул говорит, что когда рабы колона сожгли виллу, колон отвечает либо по договору аренды, либо по закону Аквиллия так, чтобы колон мог выдать рабов в возмещение ущерба, и если по одному судебному делу будет вынесено решение, то по другому иску более судиться было бы нельзя. Но это так, если колон свободен от вины, впрочем, если у него были вредоносные рабы, он отвечает за противоправное причинение вреда уже в связи с тем, что у него были такие рабы. Он пишет, что то же самое следует соблюдать и в отношении прислуги жильцов инсулы, и это суждение обоснованно.

Последняя фраза фрагмента из «Дигест» Юстиниана показывает, что изложение решения Прокула продолжается и после слов: «Но это так если («*sed haec ita*»), – который, таким образом, если и не полемизирует с более ранним юристом сам, во всяком случае предусматривает возможность освобождения путем выдачи рабов в возмещение ущерба по ноксальному иску («*noxae dedere*»), отвергая возможное объективное вменение. Отсутствие вины («*cilfa caret*») здесь сводится к отсутствию деяния: если ответчик докажет, что пожар произошел по вине рабов, он тем самым снимет вину с себя, что близко к решению Сервия (D. 18.6.12 – п. 7). Очевиден отход от автоматической дедукции вины из факта ущерба, и ответственность становится в зависимость от личной вины, но сфера вмененной осмотрительности расширяется: Прокул намечает и ответственность за контроль над рабами и даже за само качество рабов (*cur tales habuit*)⁹².

⁹² Что намечает ответственность за подбор исполнителей (*cilfa in eligendo*), которая прямо признается Нерацием (Coll. 12.7.7 *supra*): «neglegens in elegendis ministeriis».

Ульпиан в начале III в. уже причисляет выбор лекаря к собственной вине должника («*culpa sua*»), при этом юрист обыгрывает различение *omnis culpa* («любой вины») и *culpa lata* («грубой вины») – аллюзия на «*culpa latior*» Цельса⁹³, – где «грубая вина» относится к собственному деянию должника, повлекшему повреждение купленного раба, тогда как «любая вина» призвана охватить косвенное причинение (*occasione morti praestare*). Речь об ответственности покупателя за возврат некачественного товара по эдикту курульных эдилов, защищавшему права потребителя.

D. 21.1.31.12 (*Ulp. 1 ad ed. aedil. curul.*)

Culpam omnem accipiemus, non utique latam: propter quod dicendum est, quamcumque occasionem morti emptor praestitit, debere eum: etiam si non adhibuit medicum, ut sanari possit, vel malum adhibuit, sed culpa sua.

Вину же мы будем понимать как любую, а не только грубую: вследствие чего следует сказать, что каким бы образом покупатель ни создал причину смерти, долг лежит на нем; даже если он не позвал врача, чтобы вылечить [купленного раба], или позвал плохого, но по своей вине.

У более ранних юристов привлечение ненадлежащего исполнителя характеризуется как *dolus* («умысел»). Критерием выступает упречное качество – *non idoneus*. Так, Помпоний в комментарии «К Сабину» (D. 10.2.45.1 (*Pomp. 13 ad Sab.*)) говорит об умышленном нарушении, если должник (наследник) привлек неумелого раба (*non idoneum servum*). Он же (D. 35.1.111) определяет соответствие стандарту *diligens pater familias* через определение *idoneus* (в данном случае – через платежеспособность предоставленных должников – *debitores idoneos praestare*).

Ульпиан (D. 13.7.22.4 (*Ulp. 30 ad ed.*)), очерчивая круг обязанностей залогового кредитора по продаже залога (когда он не должен брать на себя ответственность за эвикцию), определяет степень осмотрительности через фигуру *diligens pater familias*: «ut pater familias diligens id gessit» («как вел бы дела рачительный хозяин»). При этом показателем следования выдвинутому стандарту будет отсутствие умысла и вины (*sine dolo et culpa*)⁹⁴.

14. Обсуждение вины от противного – в терминах отсутствия вины или освобождения от вины характерно для Лабеона. Отсутствие вины (D. 13.6.5.12 (*Ulp. 28 ad ed.*): «*culpa absit*») как отправная точка квалификации по делу предполагает презумпцию, а именно вменение ответчику определенного уровня осмотрительности и заботливости.

D. 19.2.13.1 (*Ulp. 32 ad ed.*)

Si navicularius onus Minturnas vehendum conduixerit et, cum flumen Minturnense navis ea subire non posset, in aliam navem merces transtulerit eaque navi in ostio fluminis perierit, tenetur primus navicularius? Labeo, si culpa caret, non teneri ait: ceterum si vel invito domino fecit vel quo non debuit tempore aut si minus idoneae navi, tunc ex locato agendum.

⁹³ Понятие «*culpa lata*» в классическую эпоху так и не достигает уровня особой меры (формы) вины. Ее коррелят – *culpa levis* появляется лишь при Диоклетиане: C. 5.51.7 (a. 293); 2.18.20 (a. 294). В современном Ульпиану рескрипте Каракаллы (C. 5.51.2 (a. 213)) «*per latam culpam tutorem*» («по грубой вине опекуна») соответствует «*dolo tutoris vel manifesta neglegentia*» («по умыслу опекуна или явной небрежности»), что очень похоже на позднейшую вставку. См. также C. 4.34.1 (a. 234) Александра Севера, где к словам «*dolum solum*» («только умысел») избыточно примыкает «*et latam culpam*» («и грубую небрежность»), тогда как в неюстиниановском источнике (Coll. 10.8.1) текст того же рескрипта содержит лишь «*dolum tantum praestare*» («гарантировать только умысел»). См.: *Maschi A. La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano*. Giuffrè, 1973. P. 376 sq.

⁹⁴ Кункель, верный своему тезису, усматривает здесь интерполяцию (*Kunkel W. Diligentia. S. 308*).

Если корабельщик подрядился доставить груз в Минтурны и, когда корабль не смог преодолеть минтуринскую реку, перенес товары на другой корабль, а этот корабль затонул в устье реки, то отвечает ли первый корабельщик? Лабеон [говорит], что если его вины нет, то не отвечает; если же он сделал это или против воли собственника, или в неподходящее время, или перегрузил груз на еще менее пригодный корабль, то следует судиться на основании договора найма.

Отсутствие вины (*si culpa caret*) выявляется на основе анализа обстоятельств исполнения: должник (перевозчик) не должен действовать вопреки воле кредитора (заказчика), должен учитывать неблагоприятные обстоятельства, а также избегать привлечения негодных (*minus idoneae*) помощников или транспортных средств. В сходном случае Павел, излагая решение Лабеона, говорит об отсутствии умысла и вины корабельщиков (*sine dolo et culpa nautarum* – D. 14.2.10.1 (*Lab. 1 pith. a Paulo epit.*))⁹⁵.

В другой связи Лабеон выдвигает в качестве критерия способность противостоять вызову (D. 19.2.13.7: «*Labeo autem, si resistere potuit et non resistit*» («Лабеон же говорит: если мог противостоять и не стал»)), что переводит угрозу из категории «*vis*» (непреодолимой силы) в сферу, подконтрольную ответчику⁹⁶.

Перечисление необдуманных поступков ответчика по вещному иску, которые привели к гибели истребуемой вещи, связывает с понятием «*culpa*» Гай, отмечая, что такой владелец становится ответственным за вину.

D. 6.1.36.1 (*Gai. 7 ad ed. provinc.*)

Qui in rem convenitur, etiam culpe nomine condemnatur. culpe autem reus est possessor, qui per insidiosa loca servum misit, si is periit, et qui servum a se petitum in harena esse concessit, et is mortuus sit: sed et qui fugitivum a se petitum non custodit, si is fugit, et qui navem a se petitam adverso tempore navigatum misit, si ea naufragio perempta est.

Тот, кого привлекают по вещному иску, подлежит осуждению в связи с виной. Несет же ответственность за вину тот владелец, который послал раба в опасное место, если тот погиб, а также тот, кто отдал на арену раба, которого от него требовали по виндиции, и его убили; но и тот, кто не сохранил беглого раба, которого от него истребовали, если тот убежал, и тот, кто корабль, который от него истребовали, отправил в плаванье в непогоду, если он погиб в крушении.

Следуя традиции своей школы⁹⁷, Гай оценивает поведение ответчика по виндиции, представляя ряд рискованных распоряжений, которые привели к гибели раба или корабля. Действия ответчика становятся предметом обсуждения по иску о праве на вещь. Здесь не место обсуждать роль ответчика по виндиции, которая, хотя и не сводится к чисто пассивному воздержанию от создания препятствий истцу забрать вещь, не достигает и обя-

⁹⁵ В контексте договора перевозки вина из Кампании Ульпиан (D. 19.2.11.3) также говорит об отсутствии вины на стороне перевозчика: «*ni si culpa conductor careret*».

⁹⁶ Ср. максиму D. 50.17.50: «*Culpa caret qui scit, sed prohibere non potest*» («Свободен от вины тот, кто хотя и знает [об угрозе], не может воспрепятствовать»). См.: Talamanca M. *Colpa civile (storia)*. P. 520.

⁹⁷ Признание ответственности владельца чужой вещью за умысел и вину восходит к Сабину. См. D. 6.1.51 (*Pomp. 16 ad Sab.*): «*Si in rem actum sit et in heredem possessoris iudicium datum sit, culpa quoque et dolus malus heredis in hoc iudicium venit*» («Если подан вещный иск и процесс установлен против наследника владельца, в иск входят и злой умысел, и вина наследника»).

занности к совершению положительных действий, что возможно лишь по обязательству⁹⁸. Все же роль ответчика предстает формализованной в той мере, в какой его действия могут привести к непоправимым последствиям и лишить истца его права. Модель, которую право виндикации навязывает ответчику, сводится к устранению неоправданных и опасных действий. «Вина» здесь указывает на определенный тип поведения (и соответствующих ожиданий, обогащающих содержание права собственника-истца – *culpae nomine*)⁹⁹, который заставляет учесть угрозы и даже приложить некоторые усилия, которые требует сам тип вещи, ставшей предметом иска, например охрана беглого раба¹⁰⁰. Формализация осторожности (осмотрительности) проводится по крайне низкому уровню: ответчику предлагается исключить рискованные распоряжения, избегать опасных направлений, учитывать обстоятельства и свойства самой вещи.

15. В области вещных прав с именем Сабина связано выдвижение стандарта *bonus pater familias* в отношении направления роли узуфруктуария: фруктуарий должен пользоваться вещью как рачительный хозяин (D. 7.1.9.2; 7.8.15.1: «ut bonus pater familias uti debet»). Это положение вошло и в «Институции» Юстиниана (I. 2.1.21): «recte enim colere debet et quasi bonus pater familias uti debet» («ведь он должен вести хозяйство как следует и осуществлять пользование подобно рачительному хозяину»).

Вина фруктуария может обсуждаться и как недостаток определенных усилий, которые от него требуются по характеру производственных возможностей вещи. В комментарии «К Сабину» Ульпиан приводит ответ (*responsum*) Юлиана.

D. 7.1.13.2 (Ulp. 18 ad Sab.)

De praeteritis autem damnis fructuarius etiam lege Aquilia tenetur et interdicto quod vi aut clam, ut Iulianus ait: nam fructuarium quoque teneri his actionibus nec non furti certum est, sicut quemlibet alium, qui in aliena re tale quid commiserit. denique consultus, quo bonum fuit actionem polliceri praetorem, cum competat legis Aquiliae actio, respondit, quia sunt casus, quibus cessat Aquiliae actio, ideo iudicem dari, ut eius arbitratu utatur: nam qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus conrumpi patitur, lege Aquilia non tenetur. eadem et in usuario dicenda sunt.

В отношении прежнего ущерба фруктуарий отвечает также по закону Аквиллия и по интердикту «о том, что сделано силой или тайно», как говорит Юлиан: ведь известно, что фруктуарий отвечает также по этим искам и по иску о краже так же, как и любой другой, кто совершил что-либо подобное в отношении чужой вещи. Затем, когда его спросили на консультации, что хорошего было в предоставлении [этого] иска, когда есть иск по закону Аквиллия, он дал ответ, что существуют ситуации, когда иск по закону Аквиллия отпадает, поэтому следует дать судью, чтобы прибегнуть к его усмотрению: ведь тот, кто не запахивает поле, кто не обрезает виноградные лозы, а также допускает, чтобы портился

⁹⁸ Фундаментально по проблеме: Picker Ed. Der „dingliche“ Anspruch // Im Dienste der Gerechtigkeit. Festschrift für Franz Bydlinski / Hrsg. H. Koziol und P. Rümmel. Springer, 2002. S. 269 sqq.; Id. Der vindikatorische Herausgabeanspruch // 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft / Hrsg. K. Canaris et al. Beck, 2000. S. 693 sqq.

⁹⁹ Кункель (Kunkel W. Römisches Privatrecht: Auf Grund des Werkes von Paul Jörs. Springer, 1949. S. 178) считал, что первоначальная сфера ответственности за вину – внедоговорная, это виндикационное отношение собственника и владельца.

¹⁰⁰ О специфике вещи, которая диктует обязанности по охране в представлениях *reteres*, см.: Кафдилли Р. Указ. соч. С. 139.

водопровод, не привлекается по закону Аквилия. То же самое следует сказать и в отношении субъекта права пользования.

Юлиан обсуждает выбор средств защиты – иска или интердикта – и обрисовывает содержание возможных исков собственника к фруктуарию. Ущерб, причиненный веци, можно взыскать по иску о причинении ущерба (по закону Аквилия) или по иску о краже (*actio furti*), однако упущения в хозяйственной деятельности (не пашет поле, не обрезает виноградные лозы, не следит за водопроводом) можно взыскать только по иску из гарантии (*satisfatio*) осуществлять узуфрукт надлежащим образом (D. 7.1.13.pr).¹⁰¹ Гарантийная стипуляция, которую фруктуарий дает при вступлении в свои права, создает содержательное обязательство, которое управляется логикой *cilfa* – выдвижением требований к качеству исполнителя.

16. В отличие от рассмотренной выше вины-причинения – *cilfa commissiva* – как неосмотрительного или противоправного действия должника (*factum promissoris*) *cilfa* как фактор неисполнения или создания решающего препятствия для исполнения, как вина в упущении (*cilfa in omittendo*) не предполагает никакого специального действия, но относится именно к качеству исполнения – **стандарту** исполнителя, наведенному задачами договора (*causa negotii*). Если результативное обязательство *in dando* исключает оправдание тем, что должник приложил определенные усилия к исполнению, при обязательствах *in faciendo* ссылка на надлежащую меру заботливости составляет допустимое основание освобождения от ответственности за неисполнение (или просрочку). Вина при этом не подменяется вопросом распределения бремени доказывания и не сводится к процессуальной стороне отношения (если не сказать – «охранительной»!),¹⁰² что не позволяло бы приблизиться к пониманию темы. Вина в упущении заключается в несоответствии уровню осмотрительности и заботливости, который требуется от должника для данного вида обязательства *ex ante*, и формирует существенное свойство искомого исполнения, составляя подлинное определение той материально-правовой связи сторон, которая образует обсуждаемое правоотношение («*iuris vinculum*» согласно знаменитым словам Папиниана об обязательстве: I. 3.13.pr.). Должнику вменяется не факт неисполнения сам по себе – недостижение целей договора и ожиданий кредитора, а то, что неисполнение обязательства стало следствием несоблюдения степени надлежащего внимания, прилежания и заботливости со стороны исполнителя. Этот уровень осмотрительности и надлежащего качества исполнения можно выразить через свойство личности должника, вменение ему *информационного качества исполнителя*, отвечающего содержанию обязательства.

Такая перспектива намечена в толковании закона Аквилия о противоправном причинении ущерба (*lex Aquilia*) уже Кв. Муцием Сцеволой.

D. 9.2.31 (*Paul. 10 ad Sab.*)

Si putator ex arbore ramum cum deiceret vel machinarius hominem praetereuntem oscidit, ita tenetur, si is in publicum decidat nec ille proclamavit, ut casus eius evitari possit. sed Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit. secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per

¹⁰¹ О *cautio usfructuaria* см.: *Iulianus* in D. 7.1.13.pr. Она воспринята и современными правопорядками: Code Civil, art. 601.

¹⁰² Ср. предупреждение Кардилли против искушения сводить понимание *cilfam praestare* (как позитивного требования) к вопросу распределения бремени доказывания (*Cardilli R. L'obbligazione di "praestare" e la responsabilità contrattuale in diritto romano: (II sec.a.C. – II sec.d.C.). P. 195 (nt. 16) («prospettiva probatoria»)*).

privatum iter fieret, cum plerumque per privata loca volgo iter fiat. quod si nullum iter erit, dolum dumtaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem: nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit.

Если садовник или рабочий, уронив ветку дерева, убьет раба, проходящего мимо, он отвечает, если тот шел по публичному месту, а он не крикнул, чтобы тот мог избежать несчастья. Но Муций еще сказал, что, если то же самое произошло в частном месте, можно подавать иск о вине: ведь вина имеется тогда, когда то, что мог предвидеть осмотрительный, предусмотрено не было или предупреждение было дано тогда, когда опасности избежать уже было нельзя. В соответствии с этим соображением не имеет большого значения, проходил ли он по публичному или по частному месту, так как зачастую мы запросто проходим по частным местам. Если же прохода не было, то он должен обеспечить лишь умысел, чтобы не бросал в него, когда видел, как тот идет; вину же от него требовать не следует, раз он не мог ожидать, что по этому месту кто-либо станет проходить.

Различие публичного и частного пространства в этом казусе¹⁰³ сейчас не представляет для нас интереса (что отвечает позиции самого автора текста); сосредоточимся на основании вменения в случае, когда причинитель несет ответственность. Отсутствие договорной связи с потерпевшим, деликтное содержание обсуждаемого обязательства не умаляет общего требования осмотрительности, которое здесь верифицируется в виде требования к качеству личности участника гражданского взаимодействия. Раз есть проход – все равно, на публичном или частном участке, – следует проявлять осмотрительность уже в силу того, что проходом обычно и привычно (*volgo*) пользуются. Если бы прохода не было, ответственность наступала бы лишь за умышленное причинение вреда, но раз он есть, требуется осмотрительность, и в ее отсутствие усматривается вина (*culpa*), которая состоит в несоблюдении обязанности проявлять осмотрительность, свойственную нормальному члену общества. Отсюда определение вины (*culpa*): *когда то, что мог предусмотреть осмотрительный, предусмотрено не было (quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum)*. Предусмотрительность выступает определением стандартного участника оборота¹⁰⁴. Это определение получает развитие в заключительной части текста. Причинитель видел потенциальную жертву и поэтому отвечает. В ситуации же, когда он не мог ожидать, что кто-либо пройдет по опасному месту («*an per eum locum aliquis transiturus sit*»), «от него не требуется *culpa*» (*culpa ab eo exigenda non est*), по словам юриста, т.е. на нем не лежит обязательство *culpam praestare*.

Provideri – способность и обязанность предвидеть – предполагает усилие со стороны исполнителя и не сводится к осведомленности (*sciens*), которая иррелевантна, например, в контексте обязательства *in dando*, когда должнику вменяется причинение – *factum debitoris*, ответственность должника за то, что он стал причиной (*si per eum stetit*,ср. *ipse causam praebuit*) неисполнения (См. выше, п. 11.)¹⁰⁵. Говоря же о предусмотрительности, Кв. Муций выраженным образом

¹⁰³ Т.М. Яблочкин (Яблочкин Т.М. Указ. соч. С. 18–19) удачно сближает этот фактор со словами в «Институциях» Юстиниана, где вина возлагается на прохожего, если рабочий отпиливал ветки там, где ходить не положено (I. 4.3.5: «nulli extraneo ius esse versandi» («у постороннего нет права прохаживаться»)), и с Д. 9.2.29.1 («interest enim quod hic in suo protexit, ille in alieno fecit» («ведь есть разница, раз этот сделал навес на своем, а тот возвел сооружение на чужом участке»)).

¹⁰⁴ Hattenhauer H. *De arbore inciso homineque occiso – Stationen eines Rechtsproblems // Studien zu den germanischen Volksrechten. Gedächtnisschrift für Wilhelm Ebel*. Götz, 1980. S. 11–34.

¹⁰⁵ Лабеону (Д. 19.2.11.4) известно выражение “causam praebere” («создавать причину»): *Nörr D. Causa mortis. S. 21 sq.; 161 sq.*

налагает на должника определенную обязанность, вменяя ему данное качество как элемент обязательства¹⁰⁶.

5. *Diligentia quam suis* как вмененный стандарт исполнения

17. Требование проявлять определенную степень осмотрительности в ряде текстов выражено через указание на «заботливость, как о своих собственных вещах».

В самом раннем подобном тексте Гай противопоставляет *diligentia quam suis* наивысшему субъективному стандарту осмотрительности – *diligentia exactissima*, так что *diligentia quam suis* получает значение ослабления ответственности.

D. 17.2.72 (*Gai. 2 cott. rer.*):

Socius socio etiam culpae nomine tenetur, id est desidiae atque neglegentiae. culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet.

Товарищ отвечает перед товарищем также за вину, то есть в связи с упущениями и небрежностью. Понятие же вины не должно исходить из предельной осмотрительности: ведь достаточно приложить такую осмотрительность в отношении общих вещей, какую принято прилагать к своим вещам, так как тот, кто взял себе недостаточно осмотрительного сотоварища, должен пенять на себя.

Сопоставление фрагмента с текстом «Институций» Юстиниана заставляет признать, что текст, приписываемый Гаю в «Дигестах», – это сокращенный вариант текста «Институций». В «Дигестах» изъята информация о дискуссии среди классиков о допустимости ответственности участника товарищества за вину, а представлен лишь ее результат, приписанный авторству Гая.

I. 3.25.9

Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actio ne, si quid dolo commiserit, sicut is qui deponi apud se passus est, an etiam culpae, id est desidiae atque neglegentiae nomine, quaesitum est: praevaluuit tamen etiam culpae nomine teneri eum. culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit enim talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet, nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri hoc est sibi imputare debet.

Отвечает ли участник товарищества в этой связи по иску о товариществе, лишь если он допустит умысел, подобно тому, кто согласился взять на хранение, или также за вину, то есть бездействие и небрежность, было предметом дискуссии; и все же возобладало мнение, что он отвечает и за вину. Вину же не стоит возводить до предельной осмотрительности, ведь товарищу достаточно приложить такую заботливость об общих делах, какую принято прилагать к своим делам, так как тот, кто взял себе в товарищи недостаточно осмотрительного, должен спрашивать с себя, то есть вменять это себе¹⁰⁷.

¹⁰⁶ В эту трактовку вписывается и то, что должник может уйти от ответственности, доказав объективную неизвестность события.

¹⁰⁷ Очевидно, заключительные слова «*hoc est sibi imputare*» – постклассическая гlosсема к тексту Гая, механически включенная составителями в «Институции» Юстиниана.

Под сомнение ставили само авторство Гая «*Res contidiana*»¹⁰⁸, утверждая, что это переработка «Институций», выполненная учителями восточных школ в IV в.¹⁰⁹ Превосходная степень «*exactissima*» характерна именно для юстиниановской юриспруденции¹¹⁰ и у классиков (кроме Гая – D. 13.6.18. pr.; 19.2.25.7) не встречается¹¹¹. Хаусманингер¹¹² обращает этот факт в защиту авторства Гая: раз мы не встречаем оппозицию *exactissima* – *quam suis* в переработанных комментариях Ульпиана и Павла, гипотеза о ее происхождении в постклассических восточных школах теряет всякую убедительность¹¹³. Т. Онорэ и Д. Либс показали, что «*Res contidiana*» – позднейшее сочинение самого Гая¹¹⁴. Ученый заключает, что *diligentia exactissima* не усиленная *exacta diligentia*, а попытка юриста указать на уровень осмотрительности, более высокий по сравнению с *quam suis*. Уже Пернис говорил о таком понимании как о господствующем в его время¹¹⁵: Гай тем самым расширяет сферу ответственности за вину. Х. Хаусманингер полагает, что расширению подвергается сфера ответственности за умысел. Однако тогда получается, что *diligentia quam suis* для Гая – обычная мера осмотрительности, требуемая по договору, устойчивая точка отсчета при обсуждении договорной ответственности.

В действительности речь идет о сфере применения иска из договора товарищества и содержании *praestare oportere* ответчика. Заметим, что вопрос о возможности привлечь участника товарищества к ответственности за вину, которым занят еще Цельс¹¹⁶, для Гая выглядит вполне решенным. Однако, рассуждая о степени вины и критериях вменения, Гай еще считает нужным пояснить, что *culpa* – это бездействие и небрежение (*id est desidiae atque negligentiae*), прибегая к нетехническим выражениям, чтобы указать на *culpa in omittendo*, очевидно, стремясь предупредить постановку вопроса в понятиях, более привычных по деликтной ответственности, где речь идет о провинности и неправомерности действия – *culpa commissiva (in faciendo)*.

Возможно, и выражение «*exactissima diligentia*» можно приписать желанию юриста впервые указать на особое значение, которое он придает *diligentia quam suis* как пониженному стандарту

¹⁰⁸ Wolf H.J. Zur Geschichte des Gaiustextes // Studi in onore di Vincenzo Arangio Ruiz: nel XLV anno del suo insegnamento. Vol. 4. Jovene, 1953. S. 171, 192 («frühnachklassischer Res cottidiana»).

¹⁰⁹ Wieacker F. Römische Rechtsgeschichte. C.H. Beck, 1990. S. 67. Ему следует Казер (Kaser M. Das römische Privatrecht. Bd. II. C.H. Beck, 1976. S. 347 A. 9 dürfte kompilatorische Eingriff unter dem Einfluss der oströmischen Schulen näherliegen), хотя в первом томе он просто отмечал сомнительную подлинность фрагмента (Kaser M. Das römische Privatrecht. Bd. I. S. 510 A. 61 fragwürdiger Echtheit; S. 576 A. 48 unecht). Канната все еще поддерживает этот подход, несмотря на усилия В. Володкевича по реабилитации произведения как позднего сочинения Гая: Wołodkiewicz W. Obligationes ex variis causarum figuris – Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico // Rivista italiana per le scienze giuridiche. 1970. Vol. 14. P. 77–241. Впрочем, Канната игнорирует и публикации Д. Либса и Х. Хаусманингера (см. далее).

¹¹⁰ Kunkel W. Diligentia. S. 287, 325 sq.; Arangio-Ruiz V. Op. cit. P. 257; cp.: Bas. 13.1.5 (D. 13.6.5.9) Schol. 16 («*exactissima custodia*»).

¹¹¹ В словах Ульпиана (D. 4.4.11.5 (*Ulp.* 11 ed.)) «quod fato contingit, cuivis patri familias quamvis diligentissimo possit contingere» («то, что причиняет сама судьба, может произойти с любым хозяином, даже вполне осмотрительным»), где цитируется *nota* Марцелла к «Дигестам» Юлиана, как видим, нет даже попытки вести речь об обобщенной категории.

¹¹² Hausmaninger H. Op. cit. S. 273.

¹¹³ Ibid. S. 274.

¹¹⁴ Honoré T. Gaius. Clarendon Press, 1962. P. 113; Liebs D. Gaius und Pomponius // Gaio nel suo tempo: Atti del simposio romanistico. Jovene, 1966. P. 63.

¹¹⁵ Pernice A. Op. cit. S. 334: «Bekanntlich werden der diligentia in den Quellen allerhand schmückende oder präzisierende Beiworter, exacta, exactissima, d. diligentissimi beigelegt. Die herrschende Meinung hält mit Recht daran fest, dass diese Superlative keine Steigerung der Culpahhaftung ausdrücken sollen...».

¹¹⁶ D. 17.2.52.2 (*Ulp.* 31 ad ed.): «Utrum ergo tantum dolum an etiam culpam praestare socium oporteat, quaeritur. Et ait Celsus» («Итак, должен ли товарищ отвечать лишь за умысел или также и за вину – спорный вопрос. И Цельс говорит...»).

осмотрительности¹¹⁷. Все же здесь видится рука юстиниановского компилятора, имеющего склонность к превосходным степеням. Так, мы читаем у Гая про типичную ответственность должника по договору ссуды:

D. 13.6.18.pr. (*Gai. 9 ad ed. provinc.*)

In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit...

В отношении вещей, полученных в ссуду, следует обеспечить такую осмотрительность, какую всякий особо осмотрительный домовладыка прилагает к своим вещам, так, чтобы он не отвечал лишь за те случаи, которым невозможно противостоять...

Здесь «*quisque*» (всякий) предполагает выход на абстрактный критерий, что хорошо согласуется с «*pater familias*» и, как мы теперь понимаем, с указанием на *suae res*, но именно ссылка на «свои вещи» исключает дальнейшее уточнение модели рачительного хозяина: «*diligentissimus*» не приводит к большей определенности или лучшему выявлению уровня требований. Напротив, замена классической *custodia* – безвиновной ответственности за сохранность вещи, которая строилась по объективному критерию и допускала освобождение лишь при доказанности непреодолимой силы (ср. п. 3 ст. 401 ГК РФ), на субъективный критерий наибольшей строгости – *diligentia diligentissima* в юстиниановском праве хорошо документирована (ср.: I. 3.14.2, где вместо *custodia* фигурирует «*exacta diligentia custodienda rei*»; Bas. 13.1.5 (D. 13.6.5.9) Schol. 16 («*exactissima custodia*»)).

И все же, автор специального исследования текстовой традиции «Институций» Гая, Х. Нельсон, усматривал в выражении «*diligentissimus pater familias*» сильнейшее доказательство подлинности текста¹¹⁸: юрист не выстраивает иерархию степеней осмотрительности (которой, очевидно, еще не существует), а указывает модель (*pater familias*), так что не следует приписывать тексту Гая предвосхищение средневековой *culpa levissima*¹¹⁹.

Гай в другом месте прибегает к превосходной степени, чтобы подчеркнуть свойство абстрактной модели.

D. 4.2.6 (*Gai. 4 ed. prov.*)

Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat, ad hoc edictum pertinere dicemus.

Страхом же применительно к этому эдикту мы назовем не тот, что бывает у пустых людей, но настоящий, который нападает и на самого стойкого человека.

Выражение «*homo constantissimus*» уникально (VIR. I. 944 *constans* II *Superlat.*), что исключает интерполяцию. Фьори точно подмечает связь *constantia* с *fides* (*Cic. De off. 1.23*)¹²⁰.

¹¹⁷ Так – Хаусманингер (*Hausmänner H. Op. cit.*) и Меркольяно (*Mercoliano F. Op. cit. P. 397 (nt. 31)*).

¹¹⁸ Nelson H.L. Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutionen. Brill, 1981. S. 298–299 (nt. 11): «dürfte... sehr stark für die Echtheit jener Begriffe sprechen» (автор возражает Ф.М. Де Робертису: *De Robertis F.M. I problemi della responsabilità contrattuale nelle Istituzioni di Gaio e le lacune del manoscritto veronese // Studi in onore di Biondo Biondi. Vol. I. Giuffrè, 1965. S. 373, 383 sq.*).

¹¹⁹ См.: Зикун II.II. Culpa levissima и субституция при доверительном управлении // Lex Russica. 76. 2023. N 12. C. 25.

¹²⁰ Fiori P. Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (Parte seconda) // Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Vol. 4. Jovene, 2011. P. 133 (nt. 97). Cfr. D. 37.10.1.11 (*Ulp.*, 41 ad ed.): utique integra fide, et maiore constantia.

18. В другом тексте Гай обсуждает договор перевозки и определяет вину от противного – через тест на соблюдение всех мер предосторожности, свойственных предельно осмотрительному лицу.

D. 19.2.25.7 (*Gai. 10 ad ed. provinc.*)

Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. idem scilicet intellegemus et si dolia vel tignum transportandum aliquis conduixerit: idemque etiam ad ceteras res transferri potest.

Тот, кто подрядился перенести колонну, если она, когда ее извлекали или перевозили или водружали на место, разбьется, несет риск в том случае, если это произойдет по его собственной вине или вине тех, чьими услугами он воспользуется; вина же отсутствует, если было сделано все, что сделал бы кто-либо предельно осмотрительный. И мы, конечно, дадим то же самое решение, если кто-либо подрядится перевезти бочки или балку, и то же самое можно распространить и на другие вещи.

Здесь *diligentissimus* сочетается с неопределенным *quisque* (любой), однако текст свободен от тавтологических нагромождений: если бы здесь стояло «*quisque diligentissimus pater familias suis rebus*», как в D. 13.6.18.pr., где каждое определение исключало последующее, «каждый» противоречило бы превосходной степени *diligentissimus*, а модель *pater familias (diligens)* казалась бы несовместимой с *quam suis rebus*. Однако уникальность сочетания «*diligentissimus pater familias*»¹²¹ однозначно говорит в защиту его подлинности.

В материи купли-продажи Гай (D. 19.2.25.7 (*Gai. 10 ad ed. provinc.*)), следуя парадигме presuppositione вины, утверждает, что «вина отсутствует, если сделано все то, что должен соблюдать всякий вполне осмотрительный» («*culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset*»), практически воспроизведя слова Кв. Муция при обсуждении *culpa Aquiliana* (D. 9.2.31 выше, п. 16): «*cum a diligente provideri poterit, non esset provisum*» («когда не было предусмотрено то, что мог бы предусмотреть осмотрительный»). Кв. Муций в том тексте также предлагал подход к вине от противного: «*culpa ab eo exigenda non est*» («вину же от него требовать не следует...»). У Гая «*diligentissimus quisque*», собственно, выражает идею повышенной осмотрительности: «*quisque* – это всякий, любой, так что превосходную степень «*diligentissimus*» здесь следует переводить «вполне», «достаточно» (*comparativus propositivo*)¹²². В этой перспективе

¹²¹ Kunkel W. Diligentia. S. 271 («*hapax legomenon*»).

¹²² Так, Ульрик Цазий упрекает Бартола за то, что тот принял эти суперлативы за подвиды вины (*Zasii U. Singularium Responsorum liber I, in Opera omnia. Vol. V. Lugduni, 1550 (= Aalen, 1964), caput II. Culpam non dividi per speciem, ut habet communis doctorum opinio. P. 33 sq.:*) «(3) *Quibus consequens est culpam, sive eam latiorem sive latissimam, et item leviorum aut levissimam nomines, ea graduum intentione species non diversificari*» («Этому соответствует то, что вину, наименованиями очень грубой или грубейшей, а также очень легкой или легчайшей, с целью выделения степеней нельзя подразделить на виды»). «(8) *Siquidem I[uris] C[orpus] ibidem ornato schemate comparativum in positive abutitur... Sed ad hanc loquendi ductum Bartolus purioris linguae insuetus, cum non adverteret, labi facile poterat. Quae cum ita sint, et graduum augmenta specificam differentiam non constituent, rectius mihi culpa in duas dumtaxat species dividi oportere videtur, ut fit lata et levis*» («Если же Свод там же цветистой фразой сравнительную степень прилагает вместо позитивной... Но, встретив такой оборот речи, непривычный к чистому языку Бартол, поскольку не предполагал [такого значения], мог легко впасть в ошибку. И раз это так, и увеличение числа степеней не создает подразделения видов, мне представляется более правильным, что следует разделять вину лишь на два вида: грубую и легкую»).

«*diligentissimus*» предполагает фигуру *pater familias* и выражает все ту же модельную рачительность (заботливость), так что оправданно и сочетание этих синтагм с местоимением *quisque* – «любой», «всякий». Чтобы уйти от обвинения в вине, следует отвечать общему стандарту осмотрительности – *diligens*¹²³.

Значение *quam suis* как усиленной заботливости (а не смягченной) подтверждается папиорологическим материалом¹²⁴. Это не просто неосторожность, это обязанность проявить качества осмотрительного лица.

D. 23.3.17.pr. (*Paul. 7 ad Sab.*)

In rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum quam culpam, quia causa sua dotem accipit: sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus exhibet.

В отношении вещей, полученных в приданое, муж должен обеспечить как умысел, так и вину, так как он получил приданое в своих интересах, но он будет обеспечивать также осмотрительность, какую проявляет в отношении своих вещей.

D. 26.7.33.pr.

A tutoribus et curatoribus pupillorum eadem diligentia exigenda est circa administrationem rerum pupillarum, quam pater familias rebus suis ex bona fide praebere debet.

От опекунов и попечителей малолетних требуется такая осмотрительность в отношении управления делами, какую домовладыка должен прилагать к своим делам по добной совести.

В приведенных текстах подлинность всей цепочки определений подтверждается текстом «Василика» (Bas. 38.3.1 (D. 27.3.1.pr.): «*diligentia exacta epimelais Anthropos*» (что соответствует латинскому *patris familias* из D. 26.7.33.pr.¹²⁵)); сходные ряды встречаются и в «Парафразе» Теофила (Par. Theoph. 4.1.16–17: «*fullattein epimelos (custodia), epimeleia (diligentia), akribestate fulake*»).

19. В одном из позднейших изводов «Институций» («*Liber aureum*»), также приписываемом Гаю, *diligentia quam suis* противопоставляется *exactissima diligentia custodienda rei* – «предельной осмотрительности по сохранности вещи». В этой фигуре проступает переработка классической *custodia* в субъективное основание вменения по усиленной модели. В заключительных строках фрагмента этот уровень осмотрительности противопоставляется возложению на ссудополучателя ответственности даже в случаях действия непреодолимой силы, если этому действию предшествовала его вина – *culpa*. Известный уже *veteres* ход рассуждений здесь смыкается со свойственным Гаю противопоставлением *quam suis* и повышенной осмотрительностью какого-либо другого лица («*diligentior*»).

D. 44.7.1.4 (*Gai. 2 aur.*)

Et ille quidem qui mutuum accepit, si quolibet casu quod accepit amiserit, nihilo minus obligatus permanet: is vero qui utendum accepit, si maiore casu, cui humana infirmitas resistere non potest, veluti incendio ruina naufragio, rem quam accepit amiserit, securus est. alias tamen

¹²³ Обращение к превосходной степени для указания на модель отмечает Р. Фьори: *Fiori R. Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (Parte seconda)*. Р. 133.

¹²⁴ Wolf H.J. Zur Geschichte der *diligentia quam suis* // Iura. 1963. Vol. 14. P. 152: папирус II в. Р. Mert. I 24, где на греческом упоминается *diligentia quam suis* в смысле усиленной ответственности (*eine erhöhten Sorgfält*).

¹²⁵ Nörr D. Die Fahrlässigkeit im byzantinischen Vertragsrecht. S. 48 sq.

exactissimam diligentiam custodienda rei praestare compellitur, nec sufficit ei eandem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit. sed et in maioribus casibus, si culpa eius interveniat, tenetur, veluti si quasi amicos ad cenam invitaturus argentum, quod in eam rem utendum acceperit, peregre proficiscens secum portare voluerit et id aut naufragio aut praedonum hostiumve incursu amiserit.

И тот, кто получил взаймы, если из-за какого-либо случая утратит то, что получил, тем не менее остается обязанным; тот же, кто получил в ссуду, если утратит вещь, которую получил, из-за несчастного случая, которому человеческая слабость противостоять не может, например пожара, землетрясения, кораблекрушения, свободен от ответственности. В остальных же случаях его призывают обеспечить предельную осмотрительность в отношении сохранности вещи, и ему недостаточно приложить ту же меру осмотрительности, которую он прилагает к своим вещам, если другой мог бы обеспечить сохранность с большей тщательностью. Но при несчастных случаях, если вмешается его вина, он отвечает, например, если, будто бы собираясь пригласить на обед друзей, он решит то, что получил для этого в ссуду, увезти с собой в дальнюю дорогу и утратит это вследствие кораблекрушения или нападения воров или врагов.

Эта логика впоследствии воспроизводится в «Институциях» Юстиниана (I. 3.14.2): «At is qui utendum accepit sane quidem exactam diligentiam custodienda rei praestare iubetur nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterit eam rem custodire» («И от того, кто получил в ссуду, конечно, требуется обеспечить предельную осмотрительность по сохранности вещи, и ему недостаточно приложить такую заботливость, какую он обычно проявляет в отношении своих вещей, если только другой мог бы охранять эту вещь более заботливо...»): усилия, которые должник привык прилагать к охране своих вещей, сопоставляются с усилиями, которые может приложить более заботливый хозяин. Тем самым от ссудополучателя требуется наивысшая из возможных степень осмотрительности. Это абстрактная вина (*cifra in abstracto*): норма заключается в том, чтобы мера осмотрительности не могла быть превзойдена никем в мире, независимо от уровня осмотрительности, которую должник проявляет в своих делах. Основание вменения, которому противопоставлен такой подход, не может строиться *in concreto*, и юрист придает *diligentia quam suis* обобщенное значение. Это соотношение *quam suis* с моделью самого осмотрительного в мире может объяснить и нелогичное сочетание, которое мы видели в D. 13.6.18.pr. (*quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet*).

20. Последний текст, который упоминает *diligentia quam suis*, также следует оппозиции с повышенным стандартом, но здесь «как о своем» противостоит стандарт *diligens pater familias*. Это связано с тем, что участник наследственной общности неизбежно ведет и свои дела, и его обязанность не договорная. Павел заключает, что повышенный стандарт неприменим.

Замена другого полюса в оппозиции с *exactissima diligentia* (которую Гай выдвигал в отношении участника товарищества) на общую модель *diligens* демонстрирует зрелость автора и той школы, к которой он принадлежит.

D. 10.2.25.16 (Paul. 23 ad ed.)

Non tantum dolum, sed et culpam in re hereditaria praestare debet coheres, quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum: non tamen diligentiam praestare debet, quem diligens pater familias, quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi et ideo negotiorum gestorum ei actio non competit: talem igitur diligentiam praestare debet, quem in suis rebus. eadem sunt, si duabus res legata sit: nam et hos coniunxit ad societatem non consensus, sed res.

Сонаследник должен отвечать не только за умысел, но и за вину в отношении наследственной вещи, поскольку мы не заключаем договор с сонаследником, но впадаем с ним в отношение: однако он не должен обеспечивать осмотрительность, как рачительный хозяин, поскольку здесь вследствие своего долевого участия у него есть свой интерес в ведении дел, и поэтому ему не следует иск о ведении чужих дел без поручения; итак, он должен обеспечить такую осмотрительность, как в отношении своих вещей. То же самое соблюдается и в том случае, если вещь оставлена по легату двоим: ведь и их соединила в товарищество вещь, а не согласие.

Отмечая непоправимое противоречие между *quam in suis* и *diligentiam diligentis patris familias*, Хаусманингер¹²⁶ объявляет этот текст постклассической переработкой. Павел проводит различие между товариществом как договором и общностью имущества, возникающей без договора (так называемая *communio incidentis*). В этом контексте ученому представляется совершенно неуместным обращение к категории «*quam in suis*», которая появляется в тексте лишь по ассоциации со своей долей и своим интересом. При этом переработчик опирается на идеи Гая, что позволяет идентифицировать его с постклассическим преподавателем восточной юридической школы.

Меркольяно¹²⁷ предлагает другое понимание: в действительности Павел устанавливает тонкую зависимость между понижением стандарта ответственности и притязаниями участника на компенсацию понесенных расходов по иску о ведении чужих дел: юрист решает, что участник в общей собственности, ведя общие дела, неизбежно ведет и свои дела тоже и поэтому на искомый иск претендовать не может. I. 3.27.1 также противопоставляет *exactissima diligentia*, которая требуется от *negotiorum gestor'a*, и *diligentiam quam in suis rebus*. Текст основан на D. 44.7.5.pr. (Gai. 2 aur.), где на *gestor'a* возлагается повышенная ответственность, которая компенсируется правом на возмещение издержек. Павел, получается, следует этой же логике, отказывая в возмещении, но понижая стандарт отчетности.

Выводы

21. Цельс в ‘quod Nerva’ решал задачу подведения грубого, но неумышленного нарушения под понятие «*dolus*»; здесь *cifra (latior)* близка к пониманию *veteres* в D. 45.1.95.2 – проступок, пропинность. Ряд критериев вменения, который он выстраивает в D. 13.6.5.15 («*et dolum et culparam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere*»), отражает свежесть новизны и градацию без иерархии, когда имеет смысл называть меньшее наряду с большим. Такое соположение (рядоположение) форм вины станет идиоматическим. Оно восходит к прежнему взгляду на эти фигуры как на поступки или приложение усилий (*cifra commissiva*).

«*Dolus*» для Цельса в формуле иска – абстрактный критерий, общая категория, и обсуждение умысла как понятия приводит его к объективной трактовке, когда умысел характеризует исполнителя *ex ante* и формирует модель нормального участника оборота, минимум нормативных требований. В словаре великого юриста для указания на такую модель находится выражение Аристотеля «природа человека»: это волевое начало, которое управляет вменением ответственности и прилагается к социальному человеку, к участнику оборота, давая определение самой сфере правового взаимодействия. *Quod Nerva* – прорывное суждение, переход от вины-причи-

¹²⁶ Hausmaninger H. Op. cit. S. 276–277.

¹²⁷ Mercogliano F. Op. cit. P. 391 sq.

нения к вине-упущению, к идеи общего абстрактного стандарта вместо прежнего требования уделить заботу (*curare*) или обеспечить сохранность (*custodire*).

В недоговорном контексте уже Кв. Муций выдвигает модель-ориентир для квалификации провинности – *diligens* (*diligens et frugis*) и обсуждает вмененную обязанность к осмотрительности в деликтной сфере (D. 9.2.31) или абстрактный уровень заботливости, к которому обязывается опекун (D. 27.5.4: «*fidem et diligentiam praestare*»).

Он же делает важный шаг в освобождении *cifra* от семантики проступка в договорной ответственности: говоря о ссуде (D. 13.6.5.3), он сочетает «*cifra*» с «*diligentia*» в оппозиции к возложению на должника всех рисков (*omne periculum*) и тем самым наделяет понятие новым определением – *cifra-diligentia*, чтобы отличить ее от обыденного значения провинности (как в D. 13.6.23)¹²⁸. Отсюда – и описание положения продавца до передачи товара в терминологии *cifrat praestare* (D. 18.6.18).

Признание ситуативного значения «*cifra*», которое бытует в отсутствие иерархии оснований ответственности и не испытывает ответного воздействия системной семантики, может объяснить не только постоянное соположение данного понятия рядом с другими техническими выражениями этого круга в классическом дискурсе, но и явные плеонастические или остаточные смыслы, которые оно получает в словоупотреблении I–II вв.

Этот же подход согласуется с вещно-правовыми отношениями, где обязанность по отношению к чужой вещи определяется свойствами вещи и задачами по их сохранению и поддержанию (*causa rei*). Это не только негативные обязанности, но и усилия по обработке, ремонту, внесению необходимых улучшений, извлечению обычных плодов и доходов (*curare et operam dare*), что наглядно проявляется в содержании узуфруктуара. Такие обязанности низводят узуфруктуария до функционального приложения к вещи, ставят его в зависимость от его права *uti frui* и в целом предполагают вменение служебного положения обязанному лицу (редукцию статуса), несмотря на его формальное уполномочение эксплуатировать чужую вещь (*ius in re aliena*). Такое положение сближает узуфруктуария с владельцем – ответчиком по виндикиации, где объективизация и овеществление лица владельца определяется задачами защиты права собственности. Применительно к узуфруктуру задачи защиты права собственности дополняются задачами обеспечения невмешательства в субстанцию вещи и поддержания ее *causa*. Разница в том, что узуфруктуарий обладает правом на чужую вещь, а владелец для виндикиации – нет.

Сходные обязанности можно усматривать и в сервитутных отношениях: сервитуарий занимает не просто положение постороннего по отношению к служащему участку, но и несет определенные обязанности по поддержанию участка в надлежащем состоянии (считается, что в интересах сервитута, но в действительности они выходят за рамки сервитута). Узуфруктуарий обязывается к обработке участка, потому что его право нацелено на извлечение плодов и функционально существенно богаче любого сервитута. Сходные же вмененные обязанности следует предполагать и для суперфициария. Это вещно-правовые обязанности: они входят в содержание вещного права узуфруктуария, сервитуария, суперфициария и объективно отрицают наличие права на вещь. Конфликт здесь снимается признанием того, что субъект права на чужую вещь несет также обязанность ее вернуть в том состоянии, в котором он ее получил, или поддерживать изначальную ценность вещи и ее свойства¹²⁹. Наряду с субъектностью носителя права на чужую

¹²⁸ См.: Cardilli R. L’obbligazione di “praestare” e la responsabilità contrattuale in diritto romano: (II sec.a.C. – II sec.d.C.). Р. 194 (nt. 13).

¹²⁹ Обязанность сервитуария причинять наименьшее беспокойство собственнику при осуществлении сервитута отличается от обсуждаемой здесь положительной обязанности по заботе о чужой вещи в ходе осуществления своего права, эта обязанность (также вещно-правовая) сопровождает ту же самую функцию, которая составляет содержание сервитута, и представляет собой ограничение содержания (дополнительное определение) сервитутного права.

вещь узуфруктуарий обладает субъектностью *slugi* – функционального приложения к вещи, необходимого для осуществления права на чужую вещь. Владелец – ответчик по виндиционному иску также наделяется обязанностями перед собственником и занимает служебное положение вследствие той непосредственной связи с вещью, которая признается за ним правопорядком (владение – формальное отношение) и которая определяется объемом права собственности, который выходит далеко за рамки права на восстановление владения¹³⁰.

Culpa и *dolus* в этих ситуациях описывают фигуру субъекта вещно-правовых отношений и технически не связаны с качеством положительных действий, ожидаемых от ответчика. Владелец для виндиции и субъекты прав на чужие вещи не должники (как и их отношения с истцом не обязательства), они не обязаны *in dando* или *in faciendo*. Их *praestare* формируется особой композицией субъекта (сопровождаемой редукцией статуса), служебной ролью по отношению к вещи, к праву собственника. По содержанию их обязанности, будучи вещно-правовыми, абсолютны, хотя и обсуждаются применительно к истцу (к данному собственнику); это обязанности перед вещью, а не перед лицом.

20. Обязанности по *praestare*, вмененные должнику и формирующие фигуру субъекта обязательственного права, должника, включают те же элементы – *dolus*, *culpa*, *cura*, *fides*, *diligentia* – и также создают заданную роль участника правоотношений, но эти отношения обязательственные и поэтому роль субъекта проявляется относительно – лишь в данном отношении и имеет значение только для кредитора. Объективность обязанности-ответственности (*praestare*) не требует абсолютности, она определяется независимостью вменения от личности должника, от неповторимых, единичных, индивидуальных особенностей данного исполнителя и от его фактических конкретных действий (всегда неповторимых и единичных). Вменение основывается на предположении, что нарушение обязательства (которое состоит в неисполнении, ненадлежащем исполнении или просрочке) вызвано отступлением от предписанного стандарта, допущенным должником.

Для эпохи ранней классики можно проследить, как требование добросовестности – общего стандарта «порядочного человека» (*vir bonus*), несовместимого с умыслом и коварством (*dolus*, *fraus*), – конкретизируется в представление о мере приложения внимания и усилий для надлежащего исполнения (*culpa omissiva*). Качество действий должника уточняется и повышается от неправомерного отступления от общего стандарта (негативного критерия) до соответствия мере заботливости и осмотрительности, предписанной типом обязательства (положительного критерия). Должнику недостаточно просто не причинять вред или воздерживаться от злонамеренных действий по отношению к кредитору, что требуется всегда и от всех, почему добросовестность как *не-умысел* (*sine fraude*, *sine dolo malo*) прилагается к любому лицу и выступает просто определением участника оборота. Должник должен соответствовать ожиданиям кредитора в связи с данным типом обязательства и даже выше – в связи с конкретными целями и обстоятельствами, интегрированными в воплощенный в договорном (или внедоговорном) правоотношении интерес (*culpam praestare* как *fidem et diligentiam praestare*). От должника ожидается, что он не только снимет опасения в связи с угрозой, которая исходит из взаимодействия с другим субъектом, из самого допущения другого в сферу интересов кредитора¹³¹, но и повысит уровень опреде-

¹³⁰ И за рамки обязанностей, налагаемых ст. 303 ГК РФ. Хотя технически в законе эти обязанности выступают как кондикционные (ср. ст. 1102 ГК РФ), они вытекают из содержания права собственности.

¹³¹ Имеются в виду не только реальные договоры (*re contrahere*), суть которых именно в компенсации перехода вещи (*res*) в руки лица, отличного от собственника, обязательством, возникающим на стороне принимающего вещь лица, но и отношения по управлению чужим имуществом – опека, поручение, ведение чужих дел и товарищество. В этих случаях уточнение и конкретизация качества исполнения (которая воспринимается как отягощение

ленности в плане достижения поставленных целей, взяв на себя заботу о некоторых факторах, определяющих положительный результат.

Забота «как о своем» мыслима лишь как абстрактный критерий вменения: за основу принимается свойственная каждому человеку степень заботливости. Этот уровень обобщения, предложенный Цельсом применительно к договору поклажи, исключает повышенные требования, но позволяет легко определить ту степень осмотрительности, ниже которой наступает виновное небрежение. Этот подход естествен применительно к отношениям, предполагающим заботу о чужом (или о другом лице) или общую обязанность к осторожности по принципу «не навреди» (*alteri non laedere*).

Последующее противопоставление осмотрительности по стандарту *«quam suis»* предельной осторожности или наивысшей степени заботливости, которую только можно сыскать в этом мире, предложено Гаем и получает распространение вместе с ростом популярности этого автора. Оппозиция отражает поиск языковых средств для указания на *меру* в ходе разработки различных стандартов договорной ответственности. Сочетание *«quam suis»* с *«diligens»* (и *«diligens pater familias»*) показывает, что эта форма была призвана выразить самый общий стандарт, но применительно к заботе о чужом она оказывается точным указанием на необходимое преодоление дистанции между сторонами (снятие различия между своим и чужим): при опеке, в рамках договора товарищества или между участниками общей собственности.

«Как о своем» предполагает отказ от собственной индивидуальной неповторимости в пользу стандарта; эта форма ориентирует на широко известный и признанный уровень, где свойственное должнику внимание к собственным вещам (делам) принимается как обобщенная характеристика любого хозяина, что способствует сближению категории с моделью *diligens* или *pater familias* и логично ведет к ее последующему поглощению категорией *«diligentia diligentis»* или (что то же самое) *«diligentia patris familias»* (будущей *cifra levii*). Цельс предлагал эту модель в качестве минимального уровня требований, как тест на допуск к участию в общественном взаимодействии (гражданском обороте). Однако сама задача обобщения и стандартизации логично выводит категорию на повышенный уровень требований и сближает ее с *diligentia* вообще. Минимальный стандарт осмотрительности и заботливости сливаются с нормой, со стандартом нормального субъекта правового общения.

ответственности) представляет собой важнейшую черту встречного предоставления, сообщая ему необходимую для построения договорной взаимности определенность. В отсутствие осведомленного контрагента (при опеке или ведении чужих дел) такая определенность компенсирует вторжение в чужую имущественную сферу.