

# ПРОБЛЕМЫ ЧАСТНОГО (ГРАЖДАНСКОГО) ПРАВА

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

Д.В. ДОЖДЕВ,

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

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

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

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

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

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

D.V. DOZHDEV,

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

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

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

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

Утверждение в европейских правовых порядках представления об объективном характере вины закономерно сопровождалось выдвиганием единого стандарта осмотрительности (заботливости) – «осмотрительности заботливого главы семейства» (*diligence du bon père de famille*), восходящей к *diligentia diligentis patris familias* римского права или к *culpa levis*, более распространенной в учениях *usus modernus* и пандектистике XIX в. Несмотря на консолидацию критерия вины (*art. 1137 ФГК<sup>1</sup>, § 276 ГГУ<sup>2</sup>*,

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

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

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

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

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

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

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

### <sup>2</sup> § 276 BGB [Haftung für eigenes Verschulden]

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

#### Ответственность за вину

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

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

#### § 276 BGB 2002 [Verantwortlichkeit des Schuldners]

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

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

#### Ответственность должника

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

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

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

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

#### Art. 1927:

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

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

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

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

---

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

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

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

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

Однако пересмотр первого проекта в германистическом духе затронул и наш институт: *diligentia quam suis* была возвращена как *culpa in concreto* в норму § 690, регулирующую безвозмездное хранение во втором проекте ГГУ со ссылкой на обычаи земель, опыт прусского и саксонского уложений<sup>1</sup>.

### § 690 [Haftung bei unentgeltlicher Verwahrung]:

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

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

Последующие комментаторы отмечали очевидное отступление от достигшей пандектистики в пользу средневековых установок<sup>2</sup>. Современные критики § 690, как и их предшественники, считают, что норма создает преимущества для небрежных и неосмотрительных должников, а также вызывает проблемы с доказыванием<sup>3</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

В австрийском Общем гражданском кодексе 1811 г. *culpa in concreto* была сознательно исключена. Ф. фон Цайлер, исходя из достижений современной ему романистики, полагал, что унификация категории вины отвечает подлинному римскому праву и больше соответствует праву естественному<sup>2</sup>. Он же указывал, что критерий *quam in suis* не создает определенности для суда и ставит осмотрительного гражданина в более сложное положение, чем неосмотрительного<sup>3</sup>. В регулировании поклажки стандарт «*quam in suis*» не представлен; здесь (ст. 961) предусматривается общий критерий осмотрительности (ст. 1295). Депозитарий также освобождается от ответ-

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

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

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

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

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

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

Однако уже в XVIII в. как в Германии, так и во Франции разнообразие оснований вменения, свойственное пониманию римского права в Средние века, как и сама категория «*culpa in concreto*», подверглось обоснованной критике. Унификация форм вины произошла в результате решительного разрыва с наследием глоссаторов и комментаторов в эпоху гуманизма и просвещения. Глоссаторы разработали трехчастную классификацию категории вины: *culpa lata*, *culpa levis*, *culpa levissima* (грубая, легкая и легчайшая)<sup>2</sup>. Приведенное деление вины утверждается только с Азонием (Аццо) и таким образом фиксируется в *Glossa Magna*, составленной его последователем Аккурсием. Углубляя положения Глоссы, Бартол<sup>3</sup> поддерживал концепцию пяти видов вины: *culpa latissima* (или *dolus manifestus*), *culpa latior* (или *dolus praesumptus*)<sup>4</sup>, *culpa lata*<sup>5</sup>, *culpa levis* и *culpa levissi-*

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

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

<sup>3</sup> Bartoli in *Secundam Digesti veteris Partem Commentaria*, n. 8.

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

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

та. И хотя в дальнейшем дробность порой еще более возрастала<sup>1</sup>, уже Ульрих Цазий допускает только два основных вида – *culpa lata, culpa levis*, и последующие творчески настроенные авторы – Донелл, Пуфендорф, Томазий<sup>2</sup>, Потье<sup>3</sup> – критикуют разнообразие форм вины в *ius commune* и его логику, поддерживая концентрацию видов и единство оснований ответственности.

Пуфендорф считал, что ответственность хранителя сводится к критерию заботливости о своих вещах в связи с тем, что этот договор основан на особой доверительности между сторонами, так что тот, кто доверил свою вещь нерадивому хранителю, сам не свободен от вины (*quia ipse culpa non vacat, qui homini dissoluto rem suam concredidit*)<sup>4</sup>. Ле Брюн, отстаивая единый критерий ответственности по модели рачительного хозяина (*bon père de famille*) для всех видов договорных и квази-договорных обязательств, допускал индивидуальный подход в отношениях общей собственности и товарищества, поскольку задача согласования собственного поведения с интересами товарищей и сособственников лучше всего выполняется, если относиться к общим вещам, как к своим<sup>5</sup>.

Это не особые случаи субъективного вменения в контексте господства объективного. *Culpa in concreto* – это вообще отказ от правового критерия, поскольку приравнять индивидуальные особенности в принципе невозможно. В той или иной мере мыслители отразили противоречие между подходом *in concreto*, с учетом специфики индивида, и правовым принципом равенства. Так, Пуфендорф увязывал ответственность по индивидуальному критерию с моральными требованиями в оппозиции к правовым<sup>6</sup>. Согласование индивидуального пове-

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

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

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

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

<sup>5</sup> *Le Brun D. Op. cit. P. 504*.

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

дения с общественным порядком требует приложения абстрактного критерия, единого для всех<sup>1</sup>.

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

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

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

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

То, что Нерва говорил, что совсем грубая вина – это умысел, Прокул не одобрял, мне же представляется вполне верным. Ведь и в том случае если кто-либо осмотрителен не в той мере, в какой этого требует природа человека, если только он не по своему обыкновению обеспечивает заботу в отношении поклажи, не свободен от злонамеренности: ведь не оправдывает доверия<sup>2</sup> тот, кто прилагает осмотрительность меньшую, чем к своим вещам.

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

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

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

классиков (Ульпиан, Павел, Модестин) и проникает в Институции Юстиниана, в тексты, основанные на наследии Гая<sup>1</sup>. Гай находился под сильнейшим влиянием Юлиана, унаследовавшего немало достижений Цельса и его школы<sup>2</sup>. Конструкция могла иметь более широкое хождение в II в., чем тот предельно узкий круг свидетельств, которым мы сегодня располагаем, в любом случае, через Цельса, через Гая или его старших современников, она получает распространение в конце классической эпохи и сохраняется в юстиниановском праве, получая своеобразное понимание в трудах византийских юристов-антецессоров (*antecessores*), прежде всего Стефана (VI в.).

В работе 1955 г. Ханс Юлиус Вольф, опираясь на эллинистическую линию в биографии Гая, возводил изучаемую категорию к восточно-эллинистической философии, привлекая притчу Ев. Иоанна (*Ioann.* 1, 11) о пастыре, самоотверженно защищающем свое стадо, в отличие от торговца, обращающегося в бегство при виде волка<sup>3</sup>. Заметим, однако, что в притче не проводится сопоставление различных видов осторожности, но заботе о стаде противостоит забота о себе. О единой риторико-философской матрице говорит и Герберт Хаусманингер, но единственный источник, который он может привести, – это безымянный старший современник Цицерона (*Auct. ad Herenn.*, 4, 25: *adcurata conservatio suorum*). Современник Прокула и Цельса-отца ритор Квинтилиан в обширнейших *«Institutiones oratoriae»* («Наставлениях в ораторском искусстве»), к сожалению, не оставил подобных высказываний. Разнородные хронологически и географически, обрывочные свидетельства явно не желают складываться в сколь-нибудь определенную картину, тогда как идея заботы о своем как естественном критерии осмотрительности представляется вполне универсальной. Об универсальной «природе человека» говорит и Цельс, переходя от интуитивной очевидности на уровень философского обобщения.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Текст происходит из комментария Помпония к сочинению Кв. Муция, поэтому слова комментатора четко отделены от цитаты из самого труда республиканского юриста, в которой излагается сам казус, но не приводится его квалификация. Слова Помпония, несомненно, зависят от оценки предшественника, и его указание на обязанность обращаться с чужим животным, как со своим, восходит к основам *ius civile*<sup>1</sup>, так что многие в этой связи говорят о «золотом правиле», моральном императиве<sup>2</sup>. Кюблер в авторитетной работе о влиянии греческой философии на римское право<sup>3</sup> приводит данные, собранные Кошачером в работе о кодексе Хаммурапи, согласно которым вменение хранителю заботы о чужих вещах, как о своих, было широко известно многим древним правопорядкам<sup>4</sup>.

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

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

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

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

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

Л. Магандзани, полагая, что ответственность ссудополучателя за спасение чужой вещи определяется той выгодой (*utilitas*), которую он получает от сделки, упрекает глоссатора в том, что он прилагает к поклаже несвойственный этому договору уровень вменения: хранитель, который не извлекает из сделки никакой пользы, ни при каких обстоятельствах не обязан предпочитать чужие вещи своим<sup>3</sup>. Исследовательница справедливо отвергает сближение двух ситуаций: в «*quod Nerva*» речь идет о сопоставлении актуальной осмотрительности хранителя с привычным ему уровнем заботливости о своих вещах, тогда как применительно к ответственности ссудополучателя проводится сравнение двух групп вещей, попавших в одну беду, чтобы презюмировать вину должника. Это суждение можно усилить, вспомнив Карла Биндинга, который объяснял возложение ответственности на ссудополучателя тем, что он самим фактом спасения своих вещей опровергает собственное же утверждение о непреодолимости несчастного случая, повлекшего гибель вещей ссудодателя<sup>4</sup>. Это не ответственность за слу-

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

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

<sup>3</sup> Maganzani L. Op. cit. P. 10.

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

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

### 3. FRAUS, DOLUS И ТЕОРИЯ МИТТАЙСА

Сравнение двух ситуаций обостряет понимание оперативного смысла ссылки на заботу о своем: в одних свидетельствах она выступает как ослабление критерия ответственности, извиняющая ссылка на собственную нерадивость, в других – напротив, как усиление стандарта осмотрительности: как о своем (*quam suis*) – значит, лучше, чем о чужом. На эти расхождения накладываются различия в исторической трактовке роли *quam suis* в ходе становления ответственности за вину: одни считают свойственным классическим авторам стремление расширить сферу ответственности за умысел, объявляя сближение умысла с грубой неосторожностью (*culpa lata*) характерным для византийских юристов (подобно Стефану)<sup>1</sup>, тогда как другие считают постклассической тенденцией обращение к *quam suis* для усиления стандарта<sup>2</sup>. Предполагается, что смена концепции повлекла намеренное искажение текстов классиков, вошедших в Дигесты, что затрудняет реконструкцию развития учения о договорной ответственности в римском праве.

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

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

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

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

<sup>4</sup> Есть и эпиграфическое свидетельство.

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

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

Миттайс считал тенденцию к распространению ответственности классической, тогда как другие функции пересмотра оснований вменения (в частности, оправдательные, связанные с понижением стандарта ответственности, как у *Windscheid*, Pand. 2 § 438 A. 6) должны были свидетельствовать о вторжении в тексты классиков постклассических или юстиниановских авторов<sup>1</sup>.

В Италии, опираясь на эту теорию, В. Аранжо-Руиц выдвинул значительно более радикальную теорему<sup>2</sup>. Уравняв по смыслу *dolus* с нарушением *fides*, ученый объявил классическим соответствием требованию добросовестности (*bona fides*) отсутствие умысла: все тексты, в которых присуждение должника ставилось в зависимость от критерия вины (*culpa – sine culpa*), соответственно, должны были подвергнуться искажению в позднейшие эпохи и признавались интерполированными<sup>3</sup>. Это учение надолго парализовало развитие романистики в области договорной ответственности.

В действительности даже в рамках концепции Аранжо-Руица оставалось место и для ответственности за вину, как вполне классической признавалась и ответственность за *custodia*, однако хронологически развитие учения значительно сдвигалось вправо: получалось, что только с Юлианом и Гаем виновное и безвиновное вменение по принципу *utilitas contrahentium* получало широкое и уверенное применение<sup>4</sup>, хотя центральный обобщающий текст D. 50, 17, 23 по-прежнему признавался глубокой постклассической переработкой Ульпиана<sup>5</sup>. Зависимость от концепции Аранжо-Руица очевидна еще у Казера, хотя для

---

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

<sup>1</sup> *Mitteis L. Op. cit. S. 328.*

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

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

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

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

большинства немецкоязычных авторов следует предполагать определяющее влияние В. Кункеля<sup>1</sup>. Доверие к текстам ранних классиков в работах шотландских романистов А. Ватсона<sup>2</sup> и Дж. Маккормака<sup>3</sup> в 1970-е и 1980-е гг. не опиралось на сколь-нибудь глубокую текстологическую критику или историко-правовые соображения и поддержки современников не получило. Однако шаг за шагом общая картина восстанавливалась в убедительной полноте, и сегодня есть впечатляющий опыт консервативного прочтения большинства ведущих свидетельств республиканской эпохи.

#### 4. ИСТОРИЧЕСКОЕ РАЗВИТИЕ ИСКОВОЙ ЗАЩИТЫ ДОГОВОРНЫХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Если ты ведешь дела отсутствующего при его неведении, ты должен обеспечить и вину, и умысел. Но Прокул [говорит], что порой следует обеспечить даже случай, например, если ты ведешь новое дело, которое для отсутствующего не было привычным; например, покупая оптом для перепродажи рабов-новичков или вступая в какую-нибудь коммерческую сделку. Ведь если вследствие этого дела наступит какой-либо ущерб, он ляжет на тебя, а выгода достанется отсутствующему; если же от одних дел получится прибыль, от других – ущерб, отсутствующий должен будет зачесть выгоду с ущербом.

Обратим сразу внимание на то, что глагол «*praestare*» (обеспечивать, предоставлять) может употребляться не только с положительными наименованиями моделей исполнения – прилежанием, вниманием, рачительностью, заботливостью, охраной (*praestare diligentiam, curam, custodiam*), но и их противоположностями – умыслом, виной, неосторожностью, неопытностью и нерадивостью (*praestare dolum, culpam, negligentiam, imprudentiam, imperitiam*), причем последнее употребление более распространено и может считаться идиоматическим<sup>1</sup>. Такое словоупотребление не только показывает амбивалентность понятия «*praestare*», для которого в современном языке весьма непросто подобрать универсальный эквивалент, способный соответствовать всем аспектам смысла, но и подчеркивает материально-правовой характер названной обязанности. Поэтому хотя перевести «*praestare*» в терминах ответственности – «отвечать за умысел», «нести ответственность за вину», «отвечать за неосмотрительность» или, наоборот, «отвечать за заботливость», «отвечать за рачительность» – соблазнительно удобно, все же такой перевод в полной мере не передает и даже искажает важнейшее свойство феномена, а именно то, что *praestare* принадлежит плану предоставления (плану долга, исполнения, *Schuld*), а не плану ответственности (*Haftung*). *Praestare* указывает на качество действий, ожидаемых от должника, качество, которое является определяющим для установления содержания обязательства. В этом смысле триада – *dare, facere, praestare* (*Gai.*, 4, 2)<sup>2</sup> – представляет собой органичное единство, выстроена на едином основании и относится к *Schuld* (предоставлению), а не к формам ответственности. Как неисполне-

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

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

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

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

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

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

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

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

щается к иску с формулой *in ius*<sup>1</sup>. Эти выводы тем легче утвердились в науке, что Цицерон в «Топике», своем последнем сочинении (44 г. до н.э.), упоминает иск по доброй совести о ведении чужих дел (*Cic., Top., 17, 66*)<sup>2</sup>.

В то же время в трактате «Об обязанностях», написанном на несколько лет ранее, Цицерон, перечисляя *bonae fidei iudicia* (*Cic., de off., 3, 17, 70*), не упоминает *negotiorum gestio*. Многие исследователи поэтому относили и относят первую фразу к вмешательству в текст юстиниановских компиляторов<sup>3</sup>. Среди возражений, представляющих интерес, отметим, что слово «*culpa*» стоит перед «*dolus*», нарушая устойчивый порядок в идиоме «*dolo et culpa*»: казалось бы, вот свидетельство позднейшего добавления термина «*culpa*» в текст, где, возможно, первоначально речь шла только о *dolus*. Защищая текст, Кардили обращает внимание на то, что и в «Институциях» Гая (*Gai., 3, 211*)<sup>4</sup>, которые дошли до нас помимо юстинианова Свода и таким образом не подвергались переработкам, встречается выражение «*sine culpa et dolo malo*» – с обратным порядком слов в привычном выражении. Это убедительное опровержение сомнений в подлинности слов Квинта Муция.

Итак, для договоров, которые пользовались защитой по *ius civile* (исками по доброй совести с формулой *in ius*), обсуждение субъективных критериев вменения релевантно изначально и отвечает структуре обязательственного отношения. Допуская, что уже Кв. Муций Сцевола обсуждает договорную вину – *culpam praestare* (помимо приведенного текста см. также *D. 18, 6, 18 (Pomp., 31 ad Q. Muc.): iam non culpam*), мы не удивимся, что он же акцентирует внимание на *fides* и *diligentia* как содержанию «*praestare oportere*» исковой формулы применительно к опеке<sup>5</sup> и ссуде (*et culpam praestandam et diligentiam*)<sup>6</sup>. Цицерон, следуя наработкам знатоков права, осуждает *neglegentia* (неосмотрительность) при

<sup>1</sup> Lenel O. Das edictum perpetuum: ein Versuch zu seiner Wiederherstellung. 2. Aufl. Leipzig, 1927. S. 102.

<sup>2</sup> Влассака поддержали: Pernice A. Op. cit. A. S. 494; B. S. 302; Mitteis L. Op. cit. S. 331, nt. 46; Kübler B. Die Haftung für Verschulden bei kontraktsähnlichen und deliktsähnlichen Schuldverhältnissen // ZSS. 1918. Bd. 39. S. 191–192; Id. Griechische Einflüsse auf die Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft gegen Ende der republikanischen Zeit // Atti del Congresso internazionale di diritto romano. Roma, 1934. Vol. I. P. 89, nt. 3.

<sup>3</sup> Литературу см.: Cardilli R. Op. cit. P. 213 sq.

<sup>4</sup> Cardilli R. Op. cit. P. 215 со ссылкой на Зайлера: Seiler H.H. Zur Haftung des auftraglosen Geschäftsführers im römischen Recht // Studien im römischen Recht: Max Kaser zum 65. Geburtstag gewidmet. München, 1973. S. 202, nt. 31.

<sup>5</sup> *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 верность и осмотрительность, какую обеспечивал бы опекун»). Идиома (также применительно к опекуну) засвидетельствована в тексте Гая, несомненно, свободном от интерполяций: *Gai., 1, 200: fides ... et diligentia*.

<sup>6</sup> См.: *D. 13, 6, 5, 3: ... Quinti Mucii sententia existimandis et culpam praestandam et diligentiam*; *D. 47, 2, 77 pr (Pomp., 38 ad Q. Muc.): ... in culpa aestimatio erit*; *D. 13, 6, 23 (Pomp., 21 ad Q. Muc.)*. Выражение «*culpam praestare*» Цицерон вкладывает уже в уста Кв. Муция авгура (*Cic., de orat., 1, 24, 113*).

исполнении договора поручения (*Cic., pro Rosc. Am., 38, 111*) и говорит о *diligentia* и *magna fides* как предмете требования по иску из договора товарищества – *actio pro socio* (*Cic., pro Quinct., 3, 13*)<sup>1</sup>.

### 5. FIDES, DILIGENTIA, CULPA В СТРУКТУРЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА PRAESTARE

Соотношение *diligentia* и *culpa* в представлении ранних прокулианцев раскрывает такой текст о купле-продаже.

D. 18, 1, 68 pr (*Proc., 6 epist.*):

Si, cum fundum venderes, in lege dixisses, quod mercedis nomine a conductore exegisses, id emptori accessurum esse, existimo te in exigendo non solum bonam fidem, sed etiam diligentiam praestare debere, id est non solum ut a te dolus malus absit, sed etiam ut culpa.

Если ты, продавая участок, сказал бы в оговорке к договору, что то, что ты взыщешь с арендатора арендную плату, добавится покупателю, полагаю, что ты должен приложить во взыскании не только добросовестность, но и прилежание, то есть что ты не только не допустишь злого умысла, но и вины.

При продаже участка продавец дополнительно взял на себя обязательство взыскать с арендатора недоимки и выдать их покупателю. Прокул считает, что от должника при этом требуются особые усилия, рассуждая в терминах «*bona fides*» – «*diligentia*» – «*dolus*» – «*culpa*».

Недопущение злого умысла (*dolus malus*) – стандартная обязанность продавца, это эквивалент нормы при обязательствах по доброй совести (*ex fide bona*), но в тексте представлено инвертированное соотношение, когда проявление добросовестности (*bona fides*), приложение общего стандарта к исполнению обязательства всего лишь означает исключить умысел, т.е. намеренное неисполнение. Именно поэтому Прокул, чтобы выразить идею прилежания, специальных усилий для достижения результата и обеспечения качества исполнения, прибегает к понятию «*diligentia*», которое для него оказывается существенно богаче по содержанию, чем добросовестность<sup>2</sup>. Понятие добросовестности как простого антипода умысла, очевидно, не может обеспечить такой уровень требований к должнику<sup>3</sup>. Добросовест-

<sup>1</sup> Термин «*diligentia*» известен Плавту (III в. до н.э.).

<sup>2</sup> Эти соображения высказывал уже В. Аранжо-Руиз (*Arangio-Ruiz V. Op. cit. P. 175–179*). Несовместимость *bona fides* в данной ситуации к отсутствию умысла подчеркивал и А. Каркатерра (*Carcaterra A. Intorno ai bonae fidei iudicia. Napoli, 1964. P. 145, nt. 91*). Преодоление субъективного понимания добросовестности в суждении Прокула справедливо усматривает К.-А. Канната: *Cannata C.A. Una casistica della colpa contrattuale // SDHI. 1992. Vol. 58. P. 418*.

<sup>3</sup> *De Robertis F.M. La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione. Vol. 1. Bari, 1983. P. 143*.

ность здесь не эквивалентна прилежанию, но имеет сугубо нормативный и очень узкий по содержанию смысл. Для привнесения идеи старательности и заботливости Прокул обращается к новым выразительным средствам, которые не могут не отражать новизну концептуального осмысления возможностей обязательства, связанных с возложением на должника положительных ожиданий кредитора, нацеленных на удовлетворение интереса, включенного в содержание обязательства<sup>1</sup>.

Приложение же усилий, адекватных задачам, поставленным договором, приравнивается не к воздержанию от умысла, *dolus*, но к исключению вины – *culpa*. Показательно, что термин «*culpa*» появляется в самом конце рассуждения как новый семантически насыщенный элемент, наделяющий смыслом все предложение, как то актуальное содержание, ради которого и выстраивалось данное высказывание<sup>2</sup>. Обращение к *diligentia*, которая вводится как нечто превышающее нормальную добросовестность (т.е. общий стандарт поведения в обороте), выступает предпосылкой (*prodromos*) введения в дискурс нового концепта, способного организовать идею выхода за рамки нормальной осмотрительности и порядочности и приложения особых усилий, особых адекватных искомому результату средств и способностей. Перед нами *culpa in omittendo* (вина за упущения) – обязательство, отягощенное обязанностью обеспечить качество исполнения (*praestare oportere*).

Решение Прокула, очевидно, повлияло на суждение Цельса, последнего главы прокулианской школы, который фиксирует усиление требования в добавлении к умыслу также и вины («*non solum dolum, sed et culpam eum praestare*»)<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Упоминание особой оговорки (*lex*) в словах «*in lege dixisses*» относится к включению в договор дополнительного элемента, который станет содержательной частью иска (*ex parte actoris* – D. 2, 14, 7, 4 (*Ulp.*, 4 ad ed.)), т.е. права кредитора и обязательства должника; оговорка входит в иск, если сделана «*initio contractus*» – при заключении договора (ср. D. 18, 1, 72 pr (*Pap.*, 10 quaest.)); речь о формировании содержания обязательства, *lex contractus*.

Ср. D. 50, 17, 23 (*Ulp.*, 29 ad Sab.): ... *nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit (legem enim contractus dedit), excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolus praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est* («если только стороны специально не договорились (о большем или меньшем) в отдельных договорах: ведь будет соблюдаться то, о чем договорились при заключении договора (ибо это создает закон договора), за исключением того, что, как Цельс полагает, не имеет силы, если договорятся, чтобы не отвечать за умысел: ведь это противоречит формуле иска по доброй совести»).

<sup>2</sup> Большинство исследователей считали последнюю фразу (со слов «*id est ...*») позднейшей вставкой, призванной пояснить вышеизложенное начинающему, в соответствии с предполагаемыми дидактическими задачами составления Дигест Юстиниана. Кардили (*Cardilli R. Op. cit. P. 406 sqq*), вслед за Крампе (*Krampe Chr. Proculi Epistulae: eine frühklassische Juristenschrift. Karlsruhe, 1970. passim*), указывает, что такие задачи ставило перед собой и собрание писем Прокула, откуда взят наш текст. Автор убедительно защищает обращение самого классика к концепту *culpa*, известному в области договорной ответственности уже Кв. Муцию и Сервию Сульпицию, именно с тем, чтобы выразить выход за пределы негативного требования к ненарушению *bona fides* как отсутствию умысла и вины (*sine dolo et culpa*) и подчеркнуть позитивную обязанность, заключенную в *diligentiam praestare* (*Cardilli R. Op. cit. P. 411*).

<sup>3</sup> См.: *Krampe Chr. Op. cit. S. 56; Cannata C.A. Una casistica. P. 419.*

D. 19, 1, 13, 16 (*Ulp.*, 32 ad ed.):

In his autem, quae cum re empta praestari solent, non solum dolum, sed et culpam praestandam arbitror: nam et Celsus libro octavo digestorum scripsit, cum convenit, ut venditor praeteritam mercedem exigat et emptori praestet, non solum dolum, sed et culpam eum praestare debere.

В отношении же того, что принято предоставлять вместе с проданной вещью, полагаю, следует отвечать не только за умысел, но и за вину: ведь и Цельс в восьмой книге «Дигест» написал, что когда стороны договорились, чтобы продавец взыскал задолженность по арендной плате и выдал ее покупателю, он должен обеспечить не только умысел, но и вину.

Ответы двух прокулианцев разделяет почти сотня лет, но и для Цельса нормой ответственности продавца остается *dolus*, тогда как обращение к повышенному стандарту – *culpam praestare* – определяется особенностями ситуации или содержания обязательства продавца, отличного от типичного. *Culpa* как элемент обязательства отражает реакцию на дополнительную оговорку, которая вошла в договор и изменила привычное распределение ролей. Для того чтобы вина стала стандартным критерием вменения (а *diligentia* – элементом долга, дополнительным качеством исполнения), римлянам предстоит пройти еще немалый путь. Текст зафиксировал важный этап развития договорной ответственности в римском праве и формирование идеи содержания обязательства (не только в техническом смысле, как *lex contractus*, но именно как *praestare* – программы обязательства, способа и результата превращения конкретных целей сторон в нормативные интересы).

Безличное понимание требования добросовестности Прокулом со всей определенностью выступает в следующем тексте<sup>1</sup>.

D. 3, 5, 17 (*Paul.*, 9 ad ed.):

Proculus et Pegasus bonam fidem eum, qui in servitute gerere coepit, praestare debere aiunt: ideoque quantum, si alius eius negotia gessisset, servare potuisset, tantum eum, qui a semet ipso non exegerit, negotiorum gestorum actione praestaturum, si aliquid habuit in peculio, cuius retentione id servari potest. idem Neratius.

Прокул и Перас говорят, что тот, кто начал действовать в чужом интересе без поручения, будучи рабом, должен обеспечить добросовестность: и поэтому столько, сколько бы мог выручить собственник, если бы другой вел его дела, столько и тот, кто с самого себя взыскать не сможет, должен будет предоставить по иску о ведении чужих дел, если у него что-либо

<sup>1</sup> Де Робертис относит его к свободным от подозрений (*insospettabili*): *De Robertis F. Op. cit. P. 408, nt. 49.*

было в пекулии, за счет удержания которого это можно выручить. И то же самое – Нераций.

Для определения основания вменения по иску о ведении чужих дел без поручения (установления содержания обязательства *gestor'a*) выдвижение критерия добросовестности (*bonam fidem praestare*) явно ориентировано не на индивидуальные способности исполнителя, а на общий стандарт, который измеряется по аналогии с действиями любого другого лица, т.е. на абстрактную модель, в качестве которой выступает осмотрительный и заботливый хозяин. Применительно к рабу, количественный предел ответственности которого ограничен размером пекулии, выход за рамки отдельной личности продиктован не столько задачей обобщения обсуждаемой модели, сколько соображениями игры статусов, заложенной в условии задачи, поскольку раб не может, ведя дела своего господина, обратить взыскание на себя самого. Став свободным, *gestor* должен хозяину дела по иску о ведении дел столько, сколько должно было бы другое лицо, не связанное ограничениями рабского статуса, поэтому расчет ведется хотя и с учетом активов пекулии, но так, будто иных препятствий для взыскания нет<sup>1</sup>. Можно сказать, сама ситуация ведет к выявлению нормативной природы *bona fides* даже в качестве субъективного критерия вменения.

Наличие в понятийном арсенале Прокула модели участника оборота, ориентированной на положительные идеалы порядочного человека (*vir bonus*) и рачительного хозяина (*diligens pater familias*), лучше раскрывает оппозицию *bona fides* – *diligentia* в предыдущем фрагменте D. 18, 1, 68 pr («*non solum bonam fidem, sed etiam diligentiam praestare debere*»)<sup>2</sup>. Требование рачительности выделяется из единого стандарта добросовестности (другого критерия *praestare* по отношению к сторонам договора купли-продажи у юриста нет), но не обедняет, а обогащает это понятие. *Bona fides* не сводится к отсутствию *dolus* (ср. «*purgari dolo malo*» в системе обязанностей продавца – D. 19, 4, 1 pr<sup>3</sup>), но насыщается положительными требованиями, выходя на стандарт осмотрительности применительно к приложению усилий, на качество *in faciendo*, и не простой предусмотрительности, нацеленной на предотвращение внешних угроз или минимизации последствий возможных вызовов, но именно замещения самого кредитора в определенной функции, возложения на себя обязанностей по осуществлению его целей. В функции организации исполнения, управления параметрами нормативного бытия интересов кредитора *diligentia* – как проявление *bona fides* – ощутимо

<sup>1</sup> Тема расчетов – и в первом из наших текстов, D. 3, 5, 10, где Прокул обсуждает также *negotiorum gestio*.

<sup>2</sup> В то время как у Кв. Муция, как мы помним, *fides et diligentia* выступает как гендиадис.

<sup>3</sup> См.: Дождев Д.В. Специфика обязательства продавца по римскому праву и нормативная относительность производного приобретения покупателя // Европейская традиция частного права: исследования по римскому и сравнительному праву: в 2 т. Т. 2. М., 2021. С. 342 сл.).

отдаляется и противопоставляется критериям вменения, свойственным деликтным обязательствам.

## 6. ОППОЗИЦИЯ *FIDES* – *DOLUS* В КЛАССИЧЕСКОМ ПРАВЕ

Устойчивость трактовки *bona fides* в отношении сторон договора купли-продажи как отсутствия умысла демонстрирует и следующее рассуждение Прокула.

D. 18, 1, 68, 1–2 (*Proc.*, 6 *epist.*):

1. *Fere aliqui solent haec verba adicere: “dolus malus a venditore aberit”, qui etiam si adiectum non est, abesse debet.*

2. *Nec videtur abesse, si per eum factum est aut fiet, quo minus fundum emptor possideat. erit ergo ex empto actio, non ut venditor vacuum possessionem tradat, cum multis modis accidere poterit, ne tradere possit, sed ut, si quid dolo malo fecit aut facit, dolus malus eius aestimaretur.*

1. Напрасно некоторые привычно добавляют эти слова: «продавец воздержится от злого умысла», так как умысел, даже если он не оговорен, должен быть устранен<sup>1</sup>.

2. Не считается, что [умысел] устранен, если из-за продавца получилось или получится, что покупатель утратит владение участком. Итак, будет иск из купли, но не с тем, чтобы продавец передал спокойное владение, раз по многим обстоятельствам может получиться, что он не сможет осуществить передачу, но чтобы, если он что-либо совершил или совершает по злому умыслу, его злой умысел получил оценку в сумме присуждения.

Прокул описывает нарушение обязательства по доброй совести (к каковым относится и обязательство продавца) словами из эксцепции об умысле: *SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO AIAI FACTUM SIT NEQUE FIAT* («если по этому делу ничего не совершалось и не совершается по злому умыслу истца»), – переводя безличную пассивную форму в личную активную: *si quid dolo malo fecit aut facit* («если он не сделал или не делает что-либо по злому умыслу»), – хотя таких слов в формуле иска из купли (*actio empti*) и нет. Это содержательное толкование слов формулы «*EX FIDE BONA*», которыми описывается *oportere*, обязательство продавца «*QUIDQUID OB EAM REM DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA*» («все, что по этому делу он должен дать или сделать по доброй совести»). Для Прокула критерий умысла – важнейший для договора купли-продажи: даже ответственность за эвекцию (утрату владения покупателем по основаниям, возникшим до передачи, по вине продавца – «*si per eum factum est aut fiet*» («если им самим сделано или будет

<sup>1</sup> Как и наоборот – недопустимо соглашение, исключаящее ответственность за умысел (D. 50, 17, 23, цит. выше; ср. п. 4 ст. 401 ГК РФ).

делаться») он трактует как основанную на умысле – *dolo malo*. Выражение «*si per eum stet, fiet, factum est*» указывает на субъективное основание вменения, отличное от вины, *culpa*, – так называемый *factum debitoris* (деяние должника).

Этот критерий утвердился применительно к искам строгого права (прежде всего кондикциям) и выступает признаком, отличающим их от исков по доброй совести (*bonae fidei iudicia*). По строгому обязательству должник может нести ответственность даже в том случае, когда он не знал о самом долге (*legatum per damnationem*: I. 2, 20, 16 (*Iulianus*); D. 30, 112, 1, хотя при кондикции неосведомленность освобождает – D. 39, 6, 39; 12, 6, 65, 8)¹. При этом оценка деяния дается с учетом умысла, и оправдание должника возможно только в отсутствие умысла (например, *Gai.*, 2, 215: *neque dolo malo fecit, quominus eam rem haberet* («и не допустил умысла в том, чтобы [легатарий] не получил эту вещь»)<sup>2</sup>. Умысел как критерий *factum debitoris* получает квалификацию в следующем обобщении, где речь идет о возложении на должника риска случайной гибели вещи после просрочки.

D. 12, 1, 5 (*Pomp.*, 22 ad Sab.):

Quod te mihi dare oporteat si id postea perierit, quam per te factum erit quominus id mihi dares, tuum fore id detrimentum constat. sed cum quaeratur, an per te factum sit, animadverti debet, non solum in potestate tua fuerit id nec ne aut dolo malo feceris quominus esset vel fuerit nec ne, sed etiam si aliqua iusta causa sit, propter quam intellegere deberes te dare oportere.

Если то, что ты мне должен дать, погибнет после того, как тобой было сделано так, что ты мне ее не дал, установлено, что этот ущерб относится к тебе. Но когда встанет вопрос, сделано ли это тобой, надо будет принять во внимание не только, было ли это в твоей власти или нет, и не по злumu ли умыслу или нет ты сделал так, чтобы дано не было, но также и то, не было ли какой правомерной причины, вследствие которой ты должен был понимать, что ты должен дать.

Обсуждается правило возложения риска на должника после просрочки исполнения (ср. п. 1 ст. 405 ГК РФ). В комментарии к традиционному *ius civile* (которые в эпоху высокой классики оформлялись как комментарий к соответствующему курсу Сабина) юрист середины II в. Помпоний раскрывает тесную связь между констатацией умысла и фактическим контролем за обстоятельствами со стороны должника<sup>3</sup>. На критерий деяния должника (*factum debitoris*) ориен-

<sup>1</sup> Kaser M. Das römische Privatrecht. Bd. I. München, 1971. S. 506. Впрочем, известны и сомнения среди классиков.

<sup>2</sup> См. также: D. 45, 1, 91 pr; D. 30, 53, 3–9; D. 31, 32, 5 (*dolo*); PS 5, 7, 4; D. 12, 1, 5; D. 30, 47 pr (*dolo malo*).

<sup>3</sup> За обстоятельства вне своего контроля никто не несет ответственности – *casus a nullo praesentur* (D. 50, 17, 23).

тирован и тест на его осведомленность (знает/не знает) с последующим выходом в нормативное измерение: нет ли правового основания вменить должнику осведомленность (*должен был понимать*, что должен дать). Невозможно признать отсутствие умысла, когда должник не мог не осознавать наличие обязанности. Умысел в таком контексте – сознательное неисполнение, волевое действие, констатация которого не зависит от намерения или злоумышления<sup>1</sup>; достаточно понимания того, что действия (или бездействие) должника могут повлечь неисполнение того долга, который на нем лежит<sup>2</sup>.

В рамках гипотезы исков по доброй совести (*bonae fidei iudicia*) умысел (*dolus malus*) – как оппозиция и отрицание добросовестности – получает иное содержание. Это не просто сознательное и волевое правонарушающее явление: умысел, будучи возведен в критерий неисполнения, неизбежно вбирает в себя весь объем нормативных ожиданий кредитора – его приобретенное (субъективное) право, которое вытекает из обязанности должника. Именно умысел формально подвергается оценке при вынесении решения (*litis aestimatio*): положительный интерес кредитора (*quanti interest*) воплощен в содержании обязательства (D. 19, 1, 11, 9: *Idem [scil. Neratius] ait non tradentem quanti intersit condemnari* («Нераций же говорит, что [продавца], не выполняющего передачу, следует присудить в объеме положительного интереса»)).

В этой же плоскости, обсуждая гарантийное обязательство продавца обеспечить покупателю спокойное владение в D. 18, 1, 68, 2, Прокул раскрывает понимание умысла как антипода добросовестности, которым оказывается сознательное неисполнение<sup>4</sup>. В контексте обсуждения основания присуждения по иску по доброй совести он прилагает тот же критерий деяния должника (*factum debitoris*) – *si per eum factum est aut fiet, quo minus fundum emptor possideat* («если с его стороны сделано или делается так, что покупатель не владеет участком»), что свойствен обязательствам *in dando*. Юрист акцентирует неполный контроль за пере-

<sup>1</sup> Ср.: *Mitteis L.* Op. cit. S. 322: *nicht vorsätzliche, dennoch aber zurechenbare, weil fahrlässige Verursachung*. В пример умысла без намерения причинить вред приводятся: D. 16, 3, 1, 47; 11, 6, 2, 1; 15, 1, 36.

<sup>2</sup> См.: *Ibid.* S. 328.

<sup>3</sup> Присуждение в классическом процессе всегда денежное (*omnis condemnatio pecuniaria*): оценка тяжбы переводит в количественный показатель содержание правоотношения. Принцип равенства здесь выражен математически. Ср.: *Савиньи Ф.К. фон.* Система современного римского права. Т. 1. М., 2011. С. 480 сл.

<sup>4</sup> Интересно отметить, что для юриста начала III в. Юлия Павла (D. 19, 4, 1 pr) обязанность продавца исключить злой умысел (*purgari dolo malo*) уже выделена из обязанности передать спокойное владение (*vacuam possessionem tradere*) и обязаться на случай эвикции (*ob evictionem se obligare*) и представлена как остаточная категория, обнимающая все обязанности продавца, кроме гарантии спокойного владения (*habere licere*): ... *venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo ...* («продавцу же достаточно обязаться на случай эвикции, передать владение и воздержаться от злого умысла»). См. прим. 3 на с. 31.

дачей вещи и ее последствиями со стороны исполнителя («ведь по разным причинам может получиться, что продавец не может осуществить передачу»), требуя от него не положительных действий определенного качества, а лишь исключения умысла – *si quid dolo malo fecit aut facit* («если он что-либо сделал или делает по злому умыслу»). Таким образом, критерий добросовестности, который указан в тексте исковой формулы (*EX FIDE BONA DARE FACERE OPORTERE*), трактуется как отсутствие умысла, который в свою очередь понимается как обязанность должника исключить сознательное неисполнение или создание обстоятельств, препятствующих исполнению, что близко к параметрам результативного обязательства. Отметим, что основание вменения отнюдь не отождествляется с виной, *culpa* (которая здесь и не упоминается).

Сходным образом Нераций, глава прокулианской школы в конце I – начале II вв., увязывает с осведомленностью продавца о неполном исполнении вменение на основании умысла (а не вины), возлагая на него ответственность, несмотря на окончательный успех исполнения. Умысел в такой ситуации означает обман, но не введение в заблуждение при совершении сделки (*dolus in contrahendo*), а критерий ответственности, нарушение обязательства, содержание которого управляетя принципом добросовестности (*bona fides*).

D. 19, 1, 13, 14 (*Ulp.*, 32 ad ed.):

Si Titius fundum, in quo nonaginta iugera erant, vendiderit et in lege [emptionis] <mancipationis> dictum est in fundo centum esse iugera et antequam modus manifestetur, decem iugera alluvione adcreverint, placet mihi Neratii sententia existimantis, ut, si quidem sciens vendidit, ex empto actio competat adversus eum, quamvis decem iugera adcreverint, quia dolo fecit nec dolus purgatur: si vero ignorans vendidit, ex empto actionem non competere.

Если Тиций продаст участок в девяносто югеров, а в словах манципации сказано, что участок насчитывает сто югеров, и до того, как откроется положение дел, десять югеров прирастет вследствие намыва, я одобряю мнение Нерация, который решил, что если он продал сознательно, против него следует иск из купли, хотя бы к участку приросло десять югеров, так как он допустил умысел, а умысел не очищается, если же он продал, не ведая, иска из купли не будет.

Здесь умысел заключается в сознательно допущенном несоответствии слов обещания действительности на момент возникновения обязательства – обмане – и подпадает под определение Сервия Сульпиция (D. 4, 3, 1, 2: *machinationem quandam alterius decipiendi causa* («какая-либо уловка с целью обмануть другого»); ср. D. 2, 14, 7, 9–10). Порок, который покрывает сделку из категории «ex

*fide bona*», противоречит самому ее существу и означает нарушение договора, давая контрагенту соответствующий иск. Однако это не введение в заблуждение при заключении сделки (*dolus in contrahendo*)<sup>1</sup>, поскольку иначе бы умысел препятствовал самому вступлению ее в силу<sup>2</sup>.

«*Purgari dolus*» у Нерация означает снять с себя ответственность, в данном случае – указав на то, что покупатель в действительности получил все обещанное по договору. Однако однажды допущенный умысел не смывается, это не вопрос полноты исполнения, а вопрос качества поведения, соблюдения договорного отношения. *Dolus* здесь не хитрость или коварство, не обман или намерение причинить вред. Это просто антипод доверия и верности, *fides*, на которой строится все гражданское взаимодействие, общественная жизнь, антипод основы правопорядка.

Умысел в этом понимании – это *отрицательное требование к любому* участнику оборота, требование конформности правилам общежития, цивильному праву: соблюдать нормы закона, нормы права неукоснительно – *sine dolo malo*<sup>3</sup> (*cfr. sine fraude, sine fraudatione* в формуле фидуциарного иска – *Cic., de off., 3, 17, 70*). Именно в этом смысле обсуждает соотношение явной небрежности (неосторожности) и умысла последний глава прокулианской школы Цельс в знаменитом фрагменте (*D. 16, 3, 32: quod Nerva*). Речь по-прежнему идет об отступлении от *fides*, от общих принципов, на которых строится гражданский оборот и все общежитие (= *fraus*). Соотношение умысла и вины как концептуальных оснований, управляющих вменением (квалификацией нарушения обязательства), стояло в центре внимания юристов прокулианской школы с самого раннего времени.

## 7. ЭКЗЕГЕЗА LEX 'QUOD NERVA' (D. 16, 3, 32)

Обратимся теперь к анализу фрагмента Цельса. Он относится к тем важнейшим свидетельствам развития римского права, которые сами стали источником новых смыслов для поколений классических юристов. Методология начала XX в., которая видела классическое право как непротиворечивую целостность, когда все отклонения считались плодом постороннего невежественного вмешательства, в своем стремлении «навести порядок» в нашей текстовой традиции объявля-

<sup>1</sup> Неправ Пеллозо (*Pelloso C. Op. cit. P. 616*), отождествляя этот умысел с обманом при заключении сделки, о котором говорится в эдикте «*De pactis*» (*Cic., de off., 1, 24, 90*). Претор называет этот умысел «*fraus*» (*D. 2, 14, 7, 7: neque quo fraus cui eorum fiat*); ср. *Labeo* in *D. 2, 14, 7, 10: inest enim dolo et fraus*. См.: *Krüger P., Kaser M. Fraus // ZSS. 1943. Bd. 63. S. 117 sq.*

<sup>2</sup> Ср. *D. 17, 2, 3, 3 (Paul., 32 ad ed.)*: *Societas si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso iure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi et dolo* («Если договор товарищества заключен по злему умыслу или ради обмана, он ничтожен в силу самого права, так как добрая совесть противоположна обману и умыслу»).

<sup>3</sup> *Liv., 1, 24, 5; 7; Lex Osca tabulae Bantinae, 20–22 (Zvetiaieff I. Sylloge Inscriptionum Oscarum ad archetyporum et librorum fidem. Pars prior textum interpretationem glossarium continens, pars posterior tabulas continens.. St. Petersburg, 1878. P. 32 sine dolo)*; *Lex Quintia de aquaeductu, 17–19.*

ла все нестандартные решения результатом переделки классического наследия юстиниановскими компиляторами. Наш фрагмент, в котором текстуально присутствуют две логики – старая и новая, – «исправляли» либо в одной, либо в другой части, принимая за «классическое» одно из двух обоснований<sup>1</sup>.

Одним из наименее удачных прочтений выступает опыт К.-А. Каннаты в работе 1993 г.<sup>2</sup>, который объявляет интерполированными фразы [*nisi tamen – praestat*]; [*nec enim – praestabit*]:

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

То, что Нерва говорил, что совсем грубая вина – это умысел, Прокул не одобрял, мне же представляется вполне верным. Ведь и в том случае если кто-либо осмотрителен не в той мере, в какой этого требует природа человека <...>, он не свободен от злонамеренности <...>.

Такое «прочтение» означает откровенный отказ от обсуждения проблемы и обеднение нашей источниковой базы. Есть все основания считать, что фрагмент «*quod Nerva*» донес до нас бесценные сведения о подлинном пути развития субъективного момента договорной ответственности в римской классической юриспруденции. Ф. Де Робертис убедительно показал, что текст с содержательной стороны отвечает классическому учению о *diligentia* и умысле и противоречит юстиниановским установкам<sup>4</sup>. С формально-лингвистической его уверенно защищает Кардили<sup>5</sup>. На замечания Г. фон Безелера он указывает, что «*diceret*» вполне объяснимо как косвенная речь (*oratio obliqua*) или конъюнктив в придаточном следствия (*quod + conj.*); «*is*» (*alienis*) – субъект последней фразы, согласовано с «*quis*»; «*quam*» имеет сравнительное значение и оправдано присутствием «*minor*». Особенности стиля Цельса неоднократно обсуждались в науке<sup>6</sup>: в целом

<sup>1</sup> Haymann F. Textkritische Studien, I // ZSS. 1919. Bd. 40. S. 296; Kunkel W. Op. cit. S. 298 A. 2; Pflüger H.H. Op. cit. S. 166.

<sup>2</sup> Cannata C.A. Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano // Iura. 1993. Vol. 44. P. 14 sq.

<sup>3</sup> Под влиянием мэтра и в моем учебнике признается юстиниановское происхождение оговорки [*nisi tamen – praestat*]: Дождев Д.В. Римское частное право. С. 509 [п. 270].

<sup>4</sup> De Robertis F. Op. cit. P. 170, nt. 133.

<sup>5</sup> Cardilli R. Op. cit. P. 437, nt. 10.

<sup>6</sup> Wieacker F. *Amoenitates Iuventianae*. Zur Charakteristik des Juristen Celsus // Iura. 1962. Vol. 13. P. 11 sqq.; Hausmaninger H. *Publius Iuventius Celsus: Persönlichkeit und juristische Argumentation* // ANRW. 1976. Bd. 15. Teil 2. S. 382 sqq.; Scarano Ussani V. Valori e storia nella curtura giuri-

текст не содержит свидетельств позднейшего вмешательства и должен быть понят в его настоящем виде. Опыт такого прочтения дают работы Г. Хаусманингера, Ф. Меркольяно<sup>1</sup>, Р. Кардилли, Л. Магандзани<sup>2</sup>.

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

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

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

Цельс отвечает на критику Прокула, выдвинутую против суждения Нервы<sup>3</sup>. Прокул не соглашался с расширением основания вменения по иску о поклаже; его, возможно, останавливала именно генерализация нововведения, когда показатель умысла, индикатор отступления от самых базовых требований оборота, приравнивается к самому умыслу, что явно вело бы к утрате учета личных аспектов нарушения.

Между *diligentia quam suis* и *diligentia* по природе людей (*hominum natura*) стоит еще одна оговорка – через «*nisi tamen*», – как обычно вводится допустимая репликация в пользу обсуждаемого лица («*nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat*»): поведение по индивидуальному стандарту выступает возможным оправданием несоответствия общему критерию (по природе людей) – «разве что он как-то по-своему заботится о поклаже».

«*Modus*» – привычный образ действий или предел воздействия – прилагается как к вещам (D. 5, 1, 36 pr: *modum sustineri*; D. 11, 3, 1, 4: *in quem modum relin-*

---

dica fra Nerva e Traiano. Studi su Nerazio e Celso. Napoli, 1979. P. 172 sq.; Bretone M. *Techniche ed ideologie dei giuristi romani*. 2 ed. Napoli, 1982. P. 195.

<sup>1</sup> Mercogliano F. «*Diligentia quam in suis*» per i giuristi romani classici // Index. 1991. Vol. 19 (= Valditara G., Mercogliano F. *Saggi in materia di danno ingiusto e diligenza nell'adempimento in diritto romano*. Torino, 2020. P. 61 ss.) P. 385; *Id.* Criterio della «*diligentia quam in suis*» e codici moderni / Valditara G., Mercogliano F. *Saggi*. P. 85 ss.

<sup>2</sup> Maganzani L. *Op. cit.* P. 47 sqq.

<sup>3</sup> Hausmaninger H. *Diligentia quam in suis* // *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*. München, 1976. S. 265–268.

querit; D. 11, 7, 14, 6)<sup>1</sup>, так и к действиям, организуя уровень требований к должнику (D. 19, 2, 13, 4: *modum non tenere*; D. 21, 1, 1, 11: *praeter modum*; *Ofilius* in D. 39, 3, 2, 10: *si non ultra modum noceat*) и порядок исполнения (D. 21, 1, 19, 4: *ad aliquem modum peritum*)<sup>2</sup>.

Индивидуальные особенности осмотрительности хранителя (*culpa in concreto*) выступают возможным оправданием несоответствия самому общему стандарту, нарушения предельного порога осмотрительности, служащего критерием самого участия в человеческом общежитии. Этот стандарт задан природой человеческого и разделяется всем обществом. «*Nisi*» здесь создает очевидное противоречие: возможная уступка фактологии противостоит заявленному обобщению. Понятно, что фразу нередко хотят выбросить, объявить неуместной. Цельс же делает исключение из нормативного суждения о виновности должника, указывая на специфику поклажи, где ответственность ограничена умыслом<sup>3</sup>. Приравняв сначала к умыслу отступление от самого общего стандарта, он все же отказывается от слепого вменения по этому критерию, если ответчику удастся доказать отсутствие намерения причинить вред кредитору: особенности его личности не должны возводиться в ранг умысла, если собственно умысла в его поведении не было. Вальтер Зельб строит на этом основании свою концепцию *относительного умысла*<sup>4</sup>. В действительности пересмотра категории умысла здесь не происходит, напротив, понятие только лучше консолидируется. Индивидуальный подход, учет личных особенностей исполнителя (*culpa in concreto*) оправдан здесь именно потому, что хранителя привлекают за нарушение основ общежития по инфамирующему иску<sup>5</sup>. Ответчика присуждают за грубое нарушение доверия (*fides*)<sup>6</sup>, за попрание принципов, на которых строится чело-

<sup>1</sup> Ср. Лабен применительно к обязанностям узупруктуария (D. 7, 1, 15, 3): *Et generaliter Labeo ait in omnibus rebus mobilibus modum eum tenere debere, ne sua feritate vel saevitia ea corrumpat* («И Лабен, обобщая, говорит, что в отношении всех движимых вещей он должен соблюдать порядок, чтобы своей жестокостью или суровостью их не повредить»).

<sup>2</sup> *Seckel E. Neumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts. 9. Aufl. Jena, 1926. S. 348: einigermassen (ad aliquem modum).*

<sup>3</sup> Именно в материи поклажи Цельс провозглашает недопустимость соглашения, исключающего ответственность за умысел (D. 16, 3, 1, 7); см. выше, прим. 1 на с. 32.

<sup>4</sup> *Selb W. Das Problem des relative "dolus" in D. 16.3.32 // Synteleia V. Arangio-Ruiz. Napoli, 1964. Vol. II. P. 1137. Зельба поддерживает Ф. Ситция: Sitzia F. Sulla responsabilità del depositario in diritto bizantino // BIDR. 1971. Vol. 74. P. 189 sq. Теорию относительного умысла развивает Г. Хаусманингер (*Hausmaninger H. Diligentia quam in suis. 1985. P. 179 sqq.; Id. Rechtsvergleichende notizen zur "diligentia quam in suis". S. 283 sqq.*) и принимает П. Циммерманн (*Zimmermann R. The Law of Obligations: The Roman Foundations of the Civilian Legal Tradition. Oxford, 1996. P. 211*).*

<sup>5</sup> О *notata infamiae* как важном аспекте в рассуждении Цельса см.: *Hausmaninger H. Diligentia quam in suis. 1976. S. 268 sqq.; Id. Diligentia quam in suis. 1985. P. 179; Id. Rechtsvergleichende notizen zur "diligentia quam in suis". S. 283 sqq.*

<sup>6</sup> Ср. D. 3, 2, 6, 5: *fidem non praestat* как основание *infamia*.

веческое общество: это именно *fraus*<sup>1</sup>. В случае же когда отступление от нормы, да, совершенно вопиющее, но может быть оправдано личными особенностями должника, его действия не должны рассматриваться как *fraus*. Где нет умысла, следует снимать обвинение. Отметим, что в отсутствие умысла ответчик по иску о поклаже не подлежал также и *infamia*<sup>2</sup>.

Для адекватной экзегезы фрагмента важно учитывать, что выражение «*culpa latior*» – «чрезмерная вина», «полная беспечность» больше нигде в источниках не встречается (*hapax legomenon*). Вслед за Гербертом Хаусманингером этот факт следует трактовать как доказательство того, что оно восходит непосредственно к Нерве, последователю Лабеоны и его преемнику во главе прокулианской школы<sup>3</sup>. Само это выражение указывает на поиск понятия, способного выразить новую идею вины<sup>4</sup>, подобной умыслу по значению, но не подпадающей под определение умысла.

11-я книга «Дигест» Цельса посвящена опеке. Если считать, что в титул о поклаже фрагмент отнесен юстиниановскими компиляторами безосновательно, то речь не может вестись о *culpa lata*, которая при опеке неизвестна. Принимая за руководство палингенетические соображения, Миттайс<sup>5</sup> приходит к выводу, что Цельс говорит именно о *culpa in concreto*. Опекун, поверенный и даже хранитель отвечают за нарушение *fides*, *Treuverletzung*, а не за вину, *culpa*. Тем самым Цельс выдвигает якобы моральный критерий, поскольку правовой требует умысла, *dolus*, а эта сфера не поддается расширению, так как влечет *infamia*. Только вопиющее нарушение общепринятых норм может оправдать привлечение к ответственности в отсутствие прямого умысла. Текст оказывается одним из важных свидетельств в пользу теории Миттайса о позднем развитии договорной ответственности за вину.

Идеи Миттайса получают признание в словах Хаусманингера о том, что для Цельса обсуждение «*culpa latior*» – факта, выдвинутого его предшественниками во главе прокулианской школы в качестве основания для вменения должнику, – не предполагает обсуждения категории вины (и даже знакомства с ней). Поэтому фрагмент «*quod Nerva*» не про *culpa lata* (категорию, которая появится лишь у поздних классиков), а про *fraus*. *Fraus* – действительно характерный

<sup>1</sup> Уже *Mitteis L.* Op. cit. S. 325 sq. При этом Миттайс относит текст Цельса к опеке.

<sup>2</sup> Эта возможность появляется с введением в эдикт формулы *in ius concepta*, которая известна Цельсу, но еще не Нерве. См.: *Cardilli R.* Op. cit. P. 441, nt. 24, а также: *Nörr D. Lex Irnitana* с. 84 IХВ 9–10: “*neque pro socio aut fiduciae aut mandati quod dolo malo factum esse dicatur*” // *ZSS.* 2007. Bd. 124. S. 6.

<sup>3</sup> *Hausmaninger H. Diligentia quam in suis.* 1976. S. 268.

<sup>4</sup> Веслав Литевский также отмечал, что это не устоявшийся технический термин. См.: *Litewski W. Depositary's Liability in Roman Law* // *AG.* 1976. Vol. 190. Fasc. 2. P. 47.

<sup>5</sup> *Mitteis L.* Op. cit. S. 326, nt. 40.

критерий вменения применительно к опеке или фидуции<sup>1</sup>, однако и для поклажи *fides corrupta, fraus* («*perfidiae crimen*» – D. 16, 3, 1, 4) наряду с *dolus* составляют основание иска (ср. *Iul. in D. 16, 3, 1, 42: veniat in iudicium et si quid ... captus fraudatusve est*). В этой плоскости прекрасно помещается предложение Цельса учитывать индивидуальную специфику исполнителя – «*nisi ad suum modum*», поскольку весь дискурс выстраивается вокруг фактологии действий и упущений исполнителя – возможных и мыслимых<sup>2</sup>.

Когда Цельс выдвигает стандарт отношения к своим вещам, он делает это не в контексте обсуждения различных уровней (форм, градаций) вины и вообще не в контексте обсуждения вины (*culpa*), поскольку для него такого консолидированного критерия вменения в договорных отношениях еще не существует<sup>3</sup>. Цельс говорит об умысле и *fraus* как нарушении *fides* – ключевого основания договорной связи, поддерживаемого и защищаемого правом. Провал хранителя в плане соответствия модели человека вообще (человека как субъекта социального общения) или модели порядочного человека, человека, с которым можно вести дела и выстраивать правовое взаимодействие, по мысли классика, означает, что он подпадает под понятие умысла, и это открывает возможность присуждения по иску из договора поклажи. Согласно австрийскому ученому Цельс еще не мыслит в категориях ответственности за вину; для него «*culpa latior*» не догматическое понятие, а конкретный (и единичный) факт «вопиющей провинности», факт упущения, недосмотра, неосторожности, который привел к нежелательным последствиям, имущественным потерям и убыткам кредитора, что ставит вопрос о допустимости вменения этого факта должнику. Вопрос заключается в соотношении события и критерия умысла, прямо указанного в формуле иска. Проблема субсумпции рассматривается не на уровне работы с общими понятиями, обобщенными формальными критериями вменения, а на уровне допустимой квалификации фактов, в данном случае – возможности приложения к ним понятия «умысел». Нерва говорил, что провинность подобного рода есть умысел, Прокула не соглашался, а мне это представляется совершенно верным. Ведь здесь впол-

<sup>1</sup> Дж. Сантуцци относит текст к этой области (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. Peppè. Padova, 2008. P. 243 sq.); Магандзани исключает опеку, так как в этом контексте критерий «как о своих вещах (делах)» («*quam suis*») всегда означает повышение уровня требований к должнику: Maganzani L. Op. cit. P. 116 sq.

<sup>2</sup> Специфика исполнителя, привычный ему уровень осмотрительности (*diligentia consueta*) может стать предметом доверия (*fides*) только при сознательном выборе контрагента. В этой связи можно исключить связь рассуждений Цельса с опекой. Так – К. Пеллозо (Pellosio C. Op. cit. P. 618). Цельс вполне мог сделать отступление в 11-й книге и обратиться к суждению Нервы об иске из поклажи. Такой выход за пределы *sedes materiae* только подчеркивает теоретический, генерализирующий пафос фрагмента.

<sup>3</sup> Этот аспект темы мы отложим до следующей публикации. Здесь можно ограничиться тем, что для отношений поклажи *culpa* во всяком случае иррелевантна, так как *actio depositi* в эпоху Нервы знает только один критерий вменения – *dolus malus*.

не можно усматривать нарушение *fides*, что равносильно допущению *fraus* (что равносильно «*dolus malus*» из слов исковой формулы). Юрист видит факт упу- щения и согласовывает его с терминологией формулы иска.

В этой связи Г. Хаусманингер поддерживает идею *относительного умысла* как способа защититься от взыскания неосмотрительного должника, который все же действует без намерения причинить вред кредитору, поведение которого не запрограммировано на неисполнение. Если Прокул отказывался на этом основании приравнять явную неосмотрительность к умыслу, Цельс, соглашаясь с критикой Прокула, восстанавливает в правах идею Нервы: должник, неосмотрительный в своих делах, не должен отвечать за *culpa latior*.

Однако если Цельс и принимает возражение Прокула (при этом осмотри- тельность на свой лад («*ad suum modum*») отнюдь не равнозначна осмотри- тельности в своих делах («*suis rebus diligentia*»), о которой в действительности говорит Цельс, а не Прокул)<sup>1</sup>, он прежде всего вводит дополнительные критерии умысла и нарушения *fides* – не отвечать самой природе человека и уделять поклаже меньшую заботу, чем собственным вещам (чем в своих делах)<sup>2</sup>. Второй критерий явно выше первого, так что Цельс еще и повышает минимальный стандарт осмотри- тельности и конкретизирует саму идею умысла (*fraus* как недостаток *fides*, как предательство оказанного доверия, на нормативном уровне объединя- ющего общество<sup>3</sup>).

При таком подходе совершенно уместно и оправдание недосмотра специфиче- кой личности и обычного для данного человека поведения, снимающего подозре- ние в намерении причинить вред другому. Более того, именно оговорка о личных особенностях ответчика оказывается необходимой базой для того, чтобы при- нять как критерий нормального (человеческого) заботливости как о своих вещах. От должника не требуется уделять чужим вещам такую же меру заботливости, как своим, но критерий явного отступления от самого общего стандарта (*cul- pa latior = non salva fide = fraude non carere*) можно выстроить, ориентируясь на обыденное поведение должника в его собственном хозяйстве (*diligentia consueta*). Вступая с ним в отношение, доверяя ему на хранение свои вещи, поклаже-

<sup>1</sup> К. Пеллозо (*Pelloso C. Op. cit. P. 619–620*) отождествляет два концепта, которые следует разли- чать: *suum modum* как индивидуальное и ситуативное оправдание для нерадивого должника не стоит смешивать с *quam suis rebus*, который вводит общую норму: это расширение понятия умысла, а не допущение оправдания на индивидуальной основе.

<sup>2</sup> Юстиниановские юристы приравнивают к умыслу осмотри- тельность, меньшую, чем о своих вещах, в контексте новой обобщающей категории *culpa lata* – грубой неосмотри- тельности. *Bas. 13, 2, 32, sch. 3: Qui non eandem depositis rebus quam suis adhibet diligentiam, dolo facit* («Тот, кто прилагает к вещам, принятым на хранение, не ту же осмотри- тельность, что к своим вещам, допускает умысел»).

<sup>3</sup> О *bona fides* как нормативном порядке, интегрирующем общество, см.: Дождев Д.В. Принцип добросовестности в гражданском праве // Европейская традиция частного права: исследова- ния по римскому и сравнительному праву: в 2 т. Т. 1. С. 220 сл.

датель ориентировался на обычную осмотрительность данного лица, проявляемую им в собственных делах. Этот уровень заботливости и должен выдерживаться по отношению к вещам, принятым на хранение. Это нормальная среди людей солидарность, и тот, кто ей верен, свободен от умысла (*fraude caret*). *Diligentia quam suis* в этом понимании – негативный тест, верный традиционному выражению нормативного через отрицание порока в действиях исполнителя – «*sine fraude*», «*sine fraudatione*»<sup>1</sup>.

Нерва предлагал привлекать за умысел при вопиюще нерациональном и нерадивом небрежении интересами кредитора. Прокул возражал, что распределение выгоды от договора ограничивает ответственность умыслом, и упущения, состоящие в недостатке разумности, не могут квалифицироваться как «*dolus*» из текста исковой формулы. Цельс поддерживает Нерву, приравнивая отступление от стандарта, ожидаемого от любого человека, к нарушению *fides*. Речь явно не о *culpa in concreto*, юрист обсуждает *fides* как правовую связь по договору (содержание обязательства) и *fraus* как ее нарушение.

Следует согласиться с Кардилли<sup>2</sup>, который, опираясь на Герхарда<sup>3</sup>, сблизившего «*fides salva*» с «*fides integra*» в D. 37, 10, 1, 11 и «*fidem integram praestare*» в D. 24, 1, 5, 15, приходит к выводу о соответствии выражения «*fraude non caret*» квалификации нарушения в словах «*nec salva fide*». Кардилли подчеркивает, что текст Цельса опровергает учения о постепенной релятивизации умысла: если для Нервы явная неосмотрительность – это умысел, то Цельс – именно в перспективе инфамирующих последствий присуждения – устанавливает отдельные виды нарушения доверия в обороте; для Цельса в центре внимания стоит *fides*, а не *dolus*<sup>4</sup>. Отсутствие *fides* (не *fides bona*<sup>5</sup>, а именно *fides*) равнозначно *fraus*. Это состояние выявляется по двум критериям: образ действий, которого требует природа человека (*modum quem hominum natura desiderat*), и индивидуальный образ действий (*suum modum*).

Ученый далее отмечает, что само по себе несоответствие модели осмотрительного лица (согласно «природе людей») еще не говорит о *fraus*, но если такое поведение обычно (ежедневно) для данного лица, то здесь явное свидетельство недобросовестности (*mala fides*). В действительности индивидуальные склонности исполнителя (*suum modum*) Цельс не включает в обыденную – всегда и обычно – осмотрительность (*diligentia consueta*); напротив, допуская исключение на индивидуальной основе – в отсутствие настоящего умысла, – он подчеркивает,

<sup>1</sup> См. выше, прим. 2 на с. 17.

<sup>2</sup> Cardilli R. Op. cit. P. 438.

<sup>3</sup> Gerhard R. *Scriptura interior und exterior* // ZSS. 1904. Bd. 25. S. 389.

<sup>4</sup> Cardilli R. Op. cit. P. 441, nt. 25; contra Selb W. Op. cit. S. 1178–1179.

<sup>5</sup> Schmidlin B. *Der verfahrensrechtliche Sinn des ex fide bona im Formularprozeß* // *De iustitia et iure: Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag*. Berlin, 1980. S. 359.

что выстраивает именно абстрактный и обобщенный критерий вменения. Если стандарт поведения данного лица не отвечает осмотрительности обыкновенного человека, не отвечает даже требованиям природы, что ниже, чем заботливость рачительного хозяина, то он не свободен от *fraus*: нельзя считать невиновным того (освободить от ответственности того), кто не прилагает к обязательству даже осмотрительность, обычную в своих делах. Здесь «*fraude non caret*» – это несоответствие тесту на нормальный стандарт общежития, отрицательный тест на виновность – лишь без умысла. *Culpa latior* для Цельса – еще один пример поведения, противного *fides* («*non salva fide*»), несвободного от *fraus*, наряду с собственно *dolus*. Два основания вменения не сближаются и не смешиваются, и тем более *dolus* не включается в сферу *culpa*<sup>1</sup>, но, напротив, *dolus* удерживает и усиливает свою типичность как действие, заведомо направленное на неисполнение.

## 8. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Итак, категория «*diligentia quam suis*» рождается в контроверзе, разделившей прокулианскую школу: можно ли приравнять к умыслу немислимые, вопиющие упущения? Защищая расширительное понимание категории умысла, Цельс делает уступку индивидуальным особенностям, которые могут вести к оправданию должника. *Fraus (fides)* – настоящее основание иска, термин «*dolus*» для Цельса имеет смысл только в этом контексте; «природа человека» – это определение уровня требований, прилагаемых к должнику (хранителю), и с этим определением согласовано «*quam suis*»: в природе человека заботиться о своем. Ниже этого уровня спускаться нельзя, названо ли это «*dolus*» (как в словах иска) или иначе, так как речь идет о едином стандарте общежития, исключающем *fraus*.

Вопреки единству такого стандарта участия в обороте, юрист допускает освобождение от ответственности в словах «*ad suum modum*», что предполагает отступление (*nisi*) от выдвинутого уровня ожиданий, послабления, допустимости отговорки, которая идет дальше установленного предела и которая явно имеет под собой особое основание. Это основание – сомнения Прокула в возможности привлечь по иску, нацеленному на подавление умысла, того, кто умысла не допускал, кто не исполнил по вопиющему недосмотру (*culpa latior*), который умыслом все же не является; это «свой, особый образ действий» (*suus modus*) исполнителя, который неумышленно привел к неисполнению.

Освобождение от ответственности связано не со спецификой исполнителя, а с неприменимостью к нему категории умысла (рассуждение не отступает от своего предмета); забота о чужом, как о своем (*quam suis*), относится к другому

<sup>1</sup> Как предполагает П. Черами, для которого и *culpa latior*, и *dolus* включаются в понятие вины и ведут к ее генерализации. См.: Cerami P. La concezione celsina del 'ius'// AUPA. 1985. Vol. 38. P. 200, nt. 397. Эти процессы уверенно фиксируются для постклассического и юстиниановского периода: Tafaro R. Op. cit. P. 248 sq.; Sitzia F. Op. cit. P. 189 sq.

плану – к выявлению общего предела ответственности за нарушение *fides/fraus*, который только и выступает в качестве нормы: юрист ищет норму и находит ее, по пути отвергая отклонения индивидуального характера. Цельс, хотя и делает уступку логике Прокула, мыслит категориально, научно, ему важны определения, а не казусы.

Мы подошли к феномену нормативных ожиданий (ср. англ. *reliance*), формирующих ценность обязательства, интегрированную идеей свободы. Определенность права кредитора, основанного на обязанности должника, формируется нормативными требованиями, которые управляют содержанием предоставления – предметом обязательства (*oportere*). Это содержание включает в себя нормативные качества должника, стандарт личности, который сказывается на параметрах исполнения, ведущих к удовлетворению кредитора и предвосхищающих искомое удовлетворение. Сама композиция отношения равенства, снимающая индивидуальную специфику исполнителя, обеспечивает (*praestat*), отвечает за социальный и психологический комфорт сторон – и кредитора, и должника, исключая эксцессы, связанные с неповторимостью и непредсказуемостью фактического.

Нормативные ожидания кредитора на психологическом уровне проявляются как доверие, но выходят далеко за рамки индивидуальной психики. Они относятся к социальному уровню личности, к сфере регулирования, нормирования и обладают формальной экзистенцией. Апелляция Цельса к природе человека не интуитивная референция; это подлинно правовая характеристика, призванная выявить момент всеобщего, отвечающий за утверждение равенства в обсуждаемом отношении. Юрист мыслит не ситуативными явлениями, не обособленными феноменами: квалифицируя отдельный случай (казус, дело), он оперирует общими понятиями, реконструируя их системную взаимосвязь. *Dolus, culpa, modus, diligentia, cura, natura hominum, fraus, fides* – все рассуждение строится на абстрактных категориях и закономерно приводит к формированию новых обобщений, вносит определенность в соотношение научных понятий и смысловое наполнение профессиональной терминологии. Проблематика отступления от стандарта, упущения (а не сознательного правонарушения) требует и соответствующего представления о вине. Так «*culpa latior*», вопиющий проступок, оказывается заряжена потенциалом последующей генерализации и преобразования в *culpa lata* – ведущий абстрактный концепт в области договорной ответственности, презумпцию, без которой категория умысла не оперативна.

### Список использованной литературы

Accursii Glossa in Digestum Vetus // Corpus Glossariorum Iuris Civilis. Vol. IX / A cura di M. Viora. Torino, 1968.

Accursii Glossa in Digestum Vetus // Corpus Glossariorum Iuris Civilis. Vol. VII / A cura di M. Viora. Torino, 1968.

*Agnati U.* Il commento di Bartolo di Sassoferrato alla 'lex quod Nerva' (D. 16, 3, 32). Introduzione, testi e annotazioni. Torino, 2004.

*Ankum H.* La responsabilità contrattuale nel diritto romano classico e nel diritto giustiniano // *Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea. Atti Copanello 2000 / A cura di F. Milazzo.* Napoli, 2004.

*Apathy P.* *Mora accipiendi* und Schadenersatz // *ZSS.* 1984. Bd. 101.

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

*Babusieux U.* Klage aus Vormundschaft (*actio tutelae*) // *Handbuch des römischen Privatrecht / Hrsg. von U. Babusiaux, Chr. Baldus, W. Ernst, F.-S. Meissel, J. Plat-schek, Th. Ruffner.* Bd. III. Tübingen, 2023.

*Bedusci C.* Le azioni da deposito. Trento, 1989.

*Behrends O.* Römisches rechtliche Exegese: das deliktische Haftungssystem der *lex Aquilia* // *JuS.* 1985. Bd. 25.

*Binding K.* Die Normen und ihre Übertretung: eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. Bd. II: Schuld und Vorsatz. T. 2: Der Rechtswidrige Vorzatz. 2. Aufl. Leipzig, 1916.

*Bretone M.* *Techniche ed ideologie dei giuristi romani.* 2 ed. Napoli, 1982.

*Broggini G.* *Iudex arbiterve:* Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters. Böhlau, 1957.

*Cannata C.A.* *Ricerche sulla responsabilità contrattuale in diritto romano.* Vol. I. Milano, 1966.

*Cannata C.A.* Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano // *Iura.* 1993. Vol. 43–45.

*Cannata C.A.* Una casistica della colpa contrattuale // *SDHI.* 1992. Vol. 58.

*Carcaterra A.* *Intorno ai bonae fidei iudicia.* Napoli, 1964.

*Cardilli R.* L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. A.C. – II sec. D.C.). Milano, 1995.

*Cerami P.* La concezione celsina del 'ius' // *AUPA.* 1985. Vol. 38.

*De Robertis F.M.* La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione. Vol. 1–2. Bari, 1983.

*Demogue R.* *Traité des obligations en général.* T. V. Paris, 1925.

*Deutsch E.* Abschied von der *culpa in concreto?* – BGH, VersR 1960, 802 und BGHZ 43, 313 // *JuS.* 1967. Bd. VII.

*Deutsch E.* *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt: eine privatrechtliche Untersuchung.* Köln; Berlin; Bonn; München, 1963.

*Deutsch E.* *Haftungsrecht.* Bd. I: Allgemeine Lehren. Köln; Berlin; Bonn; München, 1976.

*Dible A.* *Die Goldene Regel: eine Einführung in die Geschichte der antiken und frühchristlichen Vulgäretik.* Göttingen, 1962.

- Ebrhardt A.* *Diligentia quam in suis* // *Mnemosyna Pappoulias*. Athen, 1934.
- Eisele Fr.* Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen, III Beitrag // *ZSS*. 1892. Bd. 12.
- Fadda C.* Il buon padre di famiglia nella teoria della colpa // *Atti della Reale Accademia di Scienze Morali e Politiche*. 1901. Vol. XXXII.
- Fiori R.* *Ea res agatur*: I due modelli del processo formulare repubblicano. Milano, 2003.
- Gallo F.* *Bona fides e ius gentium* // Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. *Atti A. Burdese*. Padova, 2003.
- Gerhard R.* *Scriptura interior und exterior* // *ZSS*. 1904. Bd. 25.
- Gröschler P.* *Actiones in factum*: eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich. Berlin, 2002.
- Gröschler P.* Willenseinigung zur Schuldbegründung (Konsensualkontrakte) // *Handbuch des römischen Privatrecht* / Hrsg. von U. Babusiaux, Chr. Baldus, W. Ernst, F.-S. Meissel, J. Platschek, Th. Riefner. Bd. III. Tübingen, 2023.
- Hasse J.C.* Die Culpa des römischen Recht: eine civilistische Abhandlung / Hrsg. von A. Bethmann-Hollweg. 2. Aufl. Bonn, 1838. Bd. 3 (= De Gruyter, 1938; 2021).
- Hausmaninger H.* *Diligentia quam in suis* // *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*. München, 1976.
- Hausmaninger H.* *Diligentia quam in suis*: A Standard of Contractual Liability from Ancient Roman to Modern Soviet Law // *Cornell Int. L.J.* 1985. Vol. 18.
- Hausmaninger H.* *Publius Iuventius Celsus*: Persönlichkeit und juristische Argumentation // *ANRW*. 1976. Bd. 15. Teil 2.
- Hausmaninger H.* Rechtsvergleichende notizien zur “*diligentia quam in suis*” // *Festschrift für Hermann Baltl*. Innsbruck, 1978.
- Haymann F.* Textkritische Studien, I // *ZSS*. 1919. Bd. 40.
- Hesse A.* Zur Lehre von *dolus* und *culpa* // *AcP*. 1878. Bd. 61.
- Hoffmann H.-J.* Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte: unter besonderer Berücksichtigung der *culpa levissima*. [Berlin, 1968.] Reprint: Berlin, 2017.
- Kaser M.* Das römische Privatrecht. Bd. I. München, 1971; Bd. II. München, 1976.
- Koschacker P.* Rechtsvergleichende Studien zur Gesetzgebung Hammurapis: Königs von Babylon. Leipzig, 1917.
- Krampe Chr.* *Proculi Epistulae*: eine frühklassische Juristenschrift. Karlsruhe, 1970.
- Kranjc J.* *In ius* und *in factum* konzipierte Klageformularen // *Usus antiquus Juris Romani*: antikes Recht in lebenspraktischer Anwendung / Hrsg. von W. Ernst, E. Jakab. Berlin, 2005.
- Krüger P., Kaser M.* *Fraus* // *ZSS*. 1943. Bd. 63.
- Kübler B.* Der Einfluss der griechischen Philosophie auf die Entwicklung der Lehre von den Verschuldensgraden im römischen Recht // *Festgabe für Julius Binder*. Berlin, 1930.

Kübler B. Die Haftung für Verschulden bei kontraktsähnlichen und deliktsähnlichen Schuldverhältnissen // ZSS. 1918. Bd. 39.

Kübler B. Griechische Einflüsse auf die Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft gegen Ende der republikanischen Zeit // Atti del Congresso internazionale di diritto romano. Roma, 1934. Vol. I.

Kunkel W. *Diligentia* // ZSS. 1925. Bd. 45.

Lenel O. *Das edictum perpetuum*: ein Versuch zu seiner Wiederherstellung. 2. Aufl. Leipzig, 1927.

Litewski W. Depositary's Liability in Roman Law // AG. 1976. Vol. 190. Fasc. 2.

MacCormack G. 'Culpa' // SDHI. 1972. Vol. 38.

MacCormack G. *Custodia* and *culpa* // ZSS. 1972. Bd. 89.

MacCormack G. *Dolus* in the Law of the Early Classical Period // SDHI. 1986. Vol. 52.

MacCormack G. *Dolus, culpa, custodia, diligentia*: Criteria of Liability or Content of Obligation // Index. 1994. Vol. 22.

Maganzani L. La "diligentia quam suis" del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali. Casi e questioni di diritto civile nella prospettiva storico-comparatistica // Rivista di Diritto Romano. 2003. Vol. 3.

Mercogliano F. «*Diligentia quam in suis*» per i giuristi romani classici // Index. 1991. Vol. 19.

Metro A. L'obbligazione di *custodire* nel diritto romano. Milano, 1966.

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

Müller-Graf P.-C. Haftungsrecht und Gesellschaftsrecht: Der Maßstab der "diligentia quam suis" für Geschäftsführer in Personengesellschaften // AcP. 1991. Bd. 191.

Nörr D. Die Fahrlässigkeit im byzantinischen Vertragsrecht. München, 1960.

Pelloso C. La 'latitudine' della *culpa e l'utilitas contrahentium*. Brevi note su pensiero classico e regole post-classiche // Studi Urbinati, A – Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche. 2020. Vol. 71.

Pernice A. Labeo: römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit. Bd. 2. Abt. II/I. Halle, 1878.

Pflüger H.H. Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischem Recht // ZSS. 1947. Bd. 55.

Robaye R. L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain. Bruxelles, 1987.

Rotondi G. La misura della responsabilità nell'actio depositi // AG. 1909. Vol. 83.

Santucci G. 'Utilitas contrahentium'. Note minime su una regula che 'cacciata dalla porta rientro dalla finestra' // Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Vol. 3 / A cura di R. Fiori. Napoli, 2008.

*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. Padova, 2008.

*Scarano Ussani V.* Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Traiano. Studi su Nerazio e Celso. Napoli, 1979.

*Schermaier M.J.* Verantwortlichkeit des Schuldners // Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB / Hrsg. von M. Schmöckel, J. Rückert, R. Zimmermann. Tübingen, 2003. Bd. II. T. 2.

*Schmidlin B.* Der verfahrensrechtliche Sinn des *ex fide bona* im Formularprozeß // *De iustitia et iure*: Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag, Berlin, 1980.

*Seckel E.* Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts. 9. Aufl. Jena, 1926.

*Seiler H.H.* Zur Haftung des auftraglosen Geschäftsführers im römischen Recht // Studien im römischen Recht: Max Kaser zum 65. Geburtstag gewidmet. München, 1973.

*Selb W.* Das Problem des relative "dolus" in D. 16.3.32 // Synteleia V. Arangio-Ruiz. Napoli, 1964. Vol. II.

*Sertorio L.* La "culpa in concreto" nel diritto romano e nel diritto odierno. Torino, 1914.

*Sitzia F.* Sulla responsabilità del depositario in diritto bizantino // BIDR. 1971. Vol. 74.

*Spendel G.* Die Goldene Regel als Rechtsprinzip // Festschrift für Fritz von Hippel. Tübingen, 1967.

*Tafaro S.* 'Regula' e 'ius antiquum' in D. 50.17.23. Ricerche sulla responsabilità contrattuale. Vol. 1. Bari, 1984.

*Talamanca M.* Colpa civile (storia) // ED. Vol. 7. Milano, 1960.

*Talamanca M.* Vendita (dir. rom.) // ED. Vol. 46. Milano, 1993.

*Terré F., Simler Ph., Lequette Y., Chénéde F.* Droit civil. Les obligations. 12<sup>th</sup> éd. Paris, 2018.

*Wacke A.* *Diligentia quam in suis rebus adhibere solet* // JA. 1981. Bd. 13.

*Wacke A.* Notwehr und Notstand bei der aquilischen Haftung // ZSS. 1989. Bd. 106.

*Walter T.* Die Funktionen der *Actio Depositum*. Berlin, 2012.

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

*Wieacker F.* *Amoenitates Iuventianae*. Zur Charakteristik des Juristen *Celsus* // Iura. 1962. Vol. 13.

*Wieacker F.* Textstufen klassischer Juristen. Göttingen, 1960.

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

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

*Zimmermann R.* The Law of Obligations: The Roman Foundations of the Civilian Legal Tradition. Oxford, 1996.

*Zvetaieff I.* Sylloge Inscriptionum Oscarum ad archetyporum et librorum fidem. Pars prior textum interpretationem glossarium continens, pars posterior tabulas continens. St. Petersburg, 1878.

## References

Accursii Glossa in Digestum Vetus. In *Viora M. (ed.)*. Corpus Glossariorum Iuris Civilis. Vol. IX. Torino, 1968.

Accursii Glossa in Digestum Vetus. In *Viora M. (ed.)*. Corpus Glossariorum Iuris Civilis. Vol. VII. Torino, 1968.

*Agnati U.* Il commento di Bartolo di Sassoferrato alla 'lex quod Nerva' (D. 16, 3, 32). Introduzione, testi e annotazioni. Torino, 2004.

*Ankum H.* La responsabilità contrattuale nel diritto romano classico e nel diritto giustiniano. In *Milazzo F. (ed.)*. Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea. Atti Copanello 2000. Napoli, 2004.

*Apathy P.* Mora accipiendi und Schadenersatz. ZSS, 1984, bd. 101.

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

*Babusieux U.* Klage aus Vormundschaft (*actio tutelae*). In *Babusiaux U., Baldus Chr., Ernst W., Meissel F.-S., Platschek J., Ruffner Th. (eds.)*. Handbuch des römischen Privatrecht. Bd. III. Tübingen, 2023.

*Bedusci C.* Le azioni da deposito. Trento, 1989.

*Behrends O.* Römischrechtliche Exegese: das deliktische Haftungssystem der *lex Aquilia*. *JuS*, 1985, bd. 25.

*Binding K.* Die Normen und ihre Übertretung: eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. Bd. II: Schuld und Vorsatz. T. 2: Der Rechtswidrige Voratz. 2. Aufl. Leipzig, 1916.

*Bretone M.* Technique ed ideologie dei giuristi romani. 2 ed. Napoli, 1982.

*Broggini G.* *Iudex arbiterve*: Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters. Böhlau, 1957.

*Cannata C.A.* Ricerche sulla responsabilità contrattuale in diritto romano. Vol. I. Milano, 1966.

*Cannata C.A.* Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. *Iura*, 1993, vol. 43–45.

*Cannata C.A.* Una casistica della colpa contrattuale. *SDHI*, 1992, vol. 58.

*Carcaterra A.* Intorno ai *bonae fidei iudicia*. Napoli, 1964.

*Cardilli R.* L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec A.C. – II sec. D.C.). Milano, 1995.

*Cerami P.* La concezione celsina del 'ius'. *AUPA*, 1985, vol. 38.

*De Robertis F.M.* La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della compilazione giustiniana. Bari, 1962.

*De Robertis F.M.* La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione. Vol. 1–2. Bari, 1983.

- Demogue R. *Traité des obligations en général*. T. V. Paris, 1925.
- Deutsch E. Abschied von der *culpa in concreto*? – BGH, VersR 1960, 802 und BGHZ 43, 313. *JuS*, 1967, bd. VII.
- Deutsch E. *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt: eine privatrechtliche Untersuchung*. Köln; Berlin; Bonn; München, 1963.
- Deutsch E. *Haftungsrecht*. Bd. I: Allgemeine Lehren. Köln; Berlin; Bonn; München, 1976.
- Dible A. *Die Goldene Regel: eine Einführung in die Geschichte der antiken und frühchristlichen Vulgärethik*. Göttingen, 1962.
- Ehrhardt A. *Diligentia quam in suis*. In *Mnemosyna Pappoulias*. Athen, 1934.
- Eisele Fr. Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen, III Beitrag. *ZSS*, 1892, bd. 12.
- Fadda C. *Il buon padre di famiglia nella teoria della colpa*. *Atti della Reale Accademia di Scienze Morali e Politiche*, 1901, vol. XXXII.
- Fiori R. *Ea res agatur: I due modelli del processo formulare repubblicano*. Milano, 2003.
- Gallo F. *Bona fides e ius gentium*. In *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*. Atti A. Burdese. Padova, 2003.
- Gerhard R. *Scriptura interior und exterior*. *ZSS*, 1904, bd. 25.
- Gröschler P. *Actiones in factum: eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich*. Berlin, 2002.
- Gröschler P. *Willenseinigung zur Schuldbegründung (Konsensualkontrakte)*. In *Babusiak U., Baldus Chr., Ernst W., Meissel F.-S., Platschek J., Riefner Th. (eds.)*. *Handbuch des römischen Privatrecht*. Bd. III. Tübingen, 2023.
- Hasse J.C. *Die Culpa des römischen Recht: eine civilistische Abhandlung*. 2. Aufl. Bonn, 1838. Bd. 3 (= De Gruyter, 1938; 2021).
- Hausmaninger H. *Diligentia quam in suis*. In *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*. München, 1976.
- Hausmaninger H. *Diligentia quam in suis: A Standard of Contractual Liability from Ancient Roman to Modern Soviet Law*. *Cornell Int. L.J.*, 1985, vol. 18.
- Hausmaninger H. *Publius Iuventius Celsus: Persönlichkeit und juristische Argumentation*. ANRW, 1976, bd. 15, teil 2.
- Hausmaninger H. *Rechtsvergleichende notizen zur "diligentia quam in suis"*. In *Festschrift für Hermann Baltl*. Innsbruck, 1978.
- Haymann F. *Textkritische Studien*, I. *ZSS*, 1919, bd. 40.
- Hesse A. *Zur Lehre von dolus und culpa*. *AcP*, 1878, bd. 61.
- Hoffmann H.-J. *Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte: unter besonderer Berücksichtigung der culpa levissima*. [Berlin, 1968.] Reprint: Berlin, 2017.
- Kaser M. *Das römische Privatrecht*. Bd. I. München, 1971; Bd. II. München, 1976.
- Koschacker P. *Rechtsvergleichende Studien zur Gesetzgebung Hammurapis: Königs von Babylon*. Leipzig, 1917.

*Krampe Chr. Proculi Epistulae: eine frühklassische Juristenschrift.* Karlsruhe, 1970.

*Kranjc J. In ius und in factum* konzipierte Klageformularen. In *Ernst W., Jakob E. (eds.). Usus antiquus Juris Romani: antikes Recht in lebenspraktischer Anwendung.* Berlin, 2005.

*Krüger P., Kaser M. Fraus.* ZSS, 1943, bd. 63.

*Kübler B.* Der Einfluss der griechischen Philosophie auf die Entwicklung der Lehre von den Verschuldensgraden im römischen Recht. In *Festgabe für Julius Binder.* Berlin, 1930.

*Kübler B.* Die Haftung für Verschulden bei kontraktsähnlichen und deliktsähnlichen Schuldverhältnissen. ZSS, 1918, bd. 39.

*Kübler B.* Griechische Einflüsse auf die Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft gegen Ende der republikanischen Zeit. In *Atti del Congresso internazionale di diritto romano.* Roma, 1934. Vol. I.

*Kunkel W. Diligentia.* ZSS, 1925, bd. 45.

*Lenel O.* *Das edictum perpetuum: ein Versuch zu seiner Wiederherstellung.* 2. Aufl. Leipzig, 1927.

*Litewski W.* Depositary's Liability in Roman Law. AG, 1976, vol. 190, fasc. 2.

*MacCormack G. 'Culpa'.* SDHI, 1972, vol. 38.

*MacCormack G. Custodia and culpa.* ZSS, 1972, bd. 89.

*MacCormack G. Dolus in the Law of the Early Classical Period.* SDHI, 1986, vol. 52.

*MacCormack G. Dolus, culpa, custodia, diligentia: Criteria of Liability or Content of Obligation.* Index, 1994, vol. 22.

*Maganzani L.* La "diligentia quam suis" del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali. Casi e questioni di diritto civile nella prospettiva storico-comparatistica. *Rivista di Diritto Romano*, 2003, vol. 3.

*Mercogliano F.* «Diligentia quam in suis» per i giuristi romani classici. Index, 1991, vol. 19.

*Metro A.* L'obbligazione di *custodire* nel diritto romano. Milano, 1966.

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

*Müller-Graf P.-C.* Haftungsrecht und Gesellschaftsrecht: Der Maßstab der "diligentia quam suis" für Geschäftsführer in Personengesellschaften. AcP, 1991, bd. 191.

*Nörr D.* Die Fahrlässigkeit im byzantinischen Vertragsrecht. München, 1960.

*Pelloso C.* La 'latitudine' della *culpa e l'utilitas contrahentium*. Brevi note su pensiero classico e regole post-classiche. In *Studi Urbinati, A – Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche*, 2020, vol. 71.

*Pernice A.* Labeo: römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit. Bd. 2. Abt. II/I. Halle, 1878.

*Pflüger H.H.* Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischem Recht. ZSS, 1947, bd. 55.

Robaye R. L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain. Bruxelles, 1987.

Rotondi G. La misura della responsabilità nell'actio depositi. AG, 1909, vol. 83.

Santucci G. 'Utilitas contrahentium'. Note minime su una regula che 'cacciata dalla porta rientra dalla finestra'. In Fiori R. (ed.). Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Vol. 3. Napoli, 2008.

Santucci G. La 'diligentia quam in suis' come criterio di responsabilità del fiduciario. In Pepe L. (ed.). 'Fides', 'fiducia', 'fidelitas': Studi di storia del diritto e di semantica storica. Padova, 2008.

Scarano Ussani V. Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Traiano. Studi su Nerazio e Celso. Napoli, 1979.

Schermaier M.J. Verantwortlichkeit des Schuldners. In Schmöckel M., Rückert J., Zimmermann R. (eds.). Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB. Tübingen, 2003. Bd. II. T. 2.

Schmidlin B. Der verfahrensrechtliche Sinn des *ex fide bona* im Formularprozeß. In *De iustitia et iure*: Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag. Berlin, 1980.

Seckel E. Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts. 9. Aufl. Jena, 1926.

Seiler H.H. Zur Haftung des auftraglosen Geschäftsführers im römischen Recht. In Studien im römischen Recht: Max Kaser zum 65. Geburtstag gewidmet. München, 1973.

Selb W. Das Problem des relative "*dolus*" in D. 16.3.32. In Synteleia V. Arangio-Ruiz. Napoli, 1964. Vol. II.

Sertorio L. La "*culpa in concreto*" nel diritto romano e nel diritto odierno. Torino, 1914.

Sitzia F. Sulla responsabilità del depositario in diritto bizantino. *BIDR*, 1971, vol. 74.

Spendel G. Die Goldene Regel als Rechtsprinzip. In Festschrift für Fritz von Hippel. Tübingen, 1967.

Tafaro S. 'Regula' e 'ius antiquum' in D. 50.17.23. Ricerche sulla responsabilità contrattuale. Vol. 1. Bari, 1984.

Talamanca M. Colpa civile (storia). In ED. Vol. 7. Milano, 1960.

Talamanca M. Vendita (dir. rom.). In ED. Vol. 46. Milano, 1993.

Terré F., Simler Ph., Lequette Y., Chénédé F. Droit civil. Les obligations. 12<sup>th</sup> éd. Paris, 2018.

Wacke A. *Diligentia quam in suis rebus adhibere solet*. JA, 1981, bd. 13.

Wacke A. Notwehr und Notstand bei der aquilischen Haftung. ZSS, 1989, bd. 106.

Walter T. Die Funktionen der *Actio Depositum*. Berlin, 2012.

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

Wieacker F. *Amoenitates Iuventianae*. Zur Charakteristik des Juristen *Celsus Iura*, 1962, vol. 13.

Wieacker F. Textstufen klassischer Juristen. Göttingen, 1960.

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

Wolf H.J. Zur Geschichte der *diligentia quam suis. iura*, 1955, vol. 6.

Zimmermann R. The Law of Obligations: The Roman Foundations of the Civilian Legal Tradition. Oxford, 1996.

Zvetaieff I. Sylloge Inscriptionum Oscarum ad archetyporum et librorum fidem. Pars prior textum interpretationem glossarium continens, pars posterior tabulas continens. St. Petersburg, 1878.

### Information about the author

**Dozhdev D.V. (Moscow, Russia)** – Doctor in Law, Professor, Head, Department of Theory and History of Private Law, S.S. Alexeev Private Law Research Center under the President of the Russian Federation, Elected Member, International Academy of Comparative Law (8, Bldg. 2 Ilyinka St., Moscow, 109012, Russia; e-mail: dozhdev@list.ru).