

# IUS ROMANUM

I/2021



## OBLIGATIO



PAPINIANO

## СЪДЪРЖАНИЕ

<b>LECTORIS SALUTATIO</b>	10
<b>РИМСКО ПРАВО</b>	15
<b>РАЗМИСЛИ ОТНОСНО РИМСКОТО И СЪВРЕМЕНОТО СХВАЩАНЕ ЗА ДОГОВОРА (НА БЪЛГАРСКИ ЕЗИК)</b>	
ПРОФ. Д-Р ХУАН МАНУЕЛ БЛАНЧ НОУГЕС	16
<b>CONTRAHERE OBLIGATIONEM В КЛАСИЧЕСКОТО РИМСКО ПРАВО (НА БЪЛГАРСКИ ЕЗИК)</b>	
ПРОФ. Д-Р АДОЛФО ВЕГМАН СТОКЕБРАНД	47
<b>РИМСКАТА ИДЕЯ ЗА „ПЕРПЕТИУРАНЕ НА ЗАДЪЛЖЕНИЕТО“ И ПРОБЛЕМЪТ С ДОГОВОРНАТА ОТГОВОРНОСТ (НА БЪЛГАРСКИ ЕЗИК)</b>	
ПРОФ. Д-Р РИКАРДО КАРДИЛИ	70
<b>ДЛЪЖНИЦИ И ДЪЛГОВЕ: НОВИ ПЕРСПЕКТИВИ (НА БЪЛГАРСКИ ЕЗИК)</b>	
ПРОФ. Д-Р СЕБАСТИАНО ТАФАРО	96
<b>ОТНОВО ЗА АТИПИЧНИТЕ СИНАЛАГМАТИЧНИ СЪГЛАШЕНИЯ В МИСЛЕНЕТО НА КЛАСИЧЕСКИТЕ ЮРИСТИ (НА БЪЛГАРСКИ ЕЗИК)</b>	
ПРОФ. Д-Р ЛУИДЖИ ГАРОФАЛО	121
<b>НАБЛЮДЕНИЯ ВЪРХУ ПОСТКЛАСИЧЕСКАТА СИСТЕМА ЗА ГАРАНЦИИ ЗА НЕДОСТАТЪЦИ В РИМСКАТА ТЪРГОВИЯ (НА ИТАЛИАНСКИ ЕЗИК)</b>	
ПРОФ. Д-Р ГАБОР ХАМЗА	174
<b>НЯКОИ РАЗСЪЖДЕНИЯ ПО ТЕМАТА ЗА ДВОЙНАТА ПРОДАЖБА A NON DOMINO ВЪРХУ D. 19.1.31.2 И D. 6.2.9.4 (НА БЪЛГАРСКИ ЕЗИК)</b>	
ДОЦ. Д-Р САЛВАТОРЕ АНТОНИО КРИСТАЛДИ	198

**«MAIORA QUIS PONDERA TIBI COMMODAVIT CUM EMERES AD PONDUS».  
БЕЛЕЖКИ КЪМ D. 47.2.52.22 (ULP., 37 AD ED.) (НА БЪЛГАРСКИ ЕЗИК)**

ПРОФ. Д-Р МАРИЯГРАЦИЯ РИЦИ \_\_\_\_\_ 225

**ПРОИЗХОДЪТ НА REGULAE IURIS: МАКСИМАТА “PACTA SUNT SERVANDA”  
(НА БЪЛГАРСКИ ЕЗИК)**

ПРОФ. Д-Р МАРИЯ ЕТЕЛВИНА ДЕ ЛАС КАСАС ЛЕОН \_\_\_\_\_ 246

**OBLIGATIO, SOLUTIO, SATISFACTIO ET PROBATIO (НА БЪЛГАРСКИ ЕЗИК)**

ПРОФ. Д-Р МАРИЯ ЛУРДЕС МАРТИНЕС ДЕ МОРЕНТИН ЛЯМАС \_\_\_\_\_ 280

**ИСТОРИЧЕСКО РАЗВИТИЕ НА НАЧИНИТЕ ЗА КОМПЕНСИРАНЕ (НА  
БЪЛГАРСКИ ЕЗИК)**

ПРОФ. Д-Р МАРИЯ ДЕЛ ПИЛАР ПЕРЕС АЛВАРЕС \_\_\_\_\_ 309

**EMPHYTEUSEOS CONTRACTUS (НА БЪЛГАРСКИ ЕЗИК)**

ПРОФ. Д.Н. МАЛИНА НОВКИРИШКА-СТОЯНОВА \_\_\_\_\_ 341

**РАЗМИСЛИ ОТНОСНО СЛИВАНЕТО КАТО НАЧИН ЗА ПОГАСЯВАНЕ НА  
ОБЛИГАЦИОННИТЕ ОТНОШЕНИЯ С ГАРАНЦИЯ ЗА ИЗПЪЛНЕНИЕТО (НА  
АНГЛИЙСКИ ЕЗИК)**

ПРОФ. Д-Р МАРИЯ КАРМЕН ХИМЕНЕС САЛСЕДО \_\_\_\_\_ 373

**УРБАНИСТИЧНИЯТ ПРОИЗХОД НА ЕДИКТИТЕ „DE EFFUSIS VEL DE IECTIS“ И  
„DE POSITIS VEL SUSPENSIS“ (НА БЪЛГАРСКИ ЕЗИК)**

ПРОФ. Д-Р ЛУИС РОДРИГЕС ЕНЕС \_\_\_\_\_ 393

**BONA FIDES В РИМСКИЯ ГРАЖДАНСКИ ПРОЦЕС (НА АНГЛИЙСКИ ЕЗИК)**

ДОЦ. Д.Н. МИЛКА РАКОЧЕВИЧ \_\_\_\_\_ 414

**ЛЪВСКОТО ДРУЖЕСТВО В РИМСКОТО ПРАВО (НА БЪЛГАРСКИ ЕЗИК)**

ХОН. АС. Д-Р СТОЯН ПАНАЙОТОВ ИВАНОВ \_\_\_\_\_ 436

<b>РОМАНИСТИЧНА ТРАДИЦИЯ</b>	451
<b>ПРОИЗХОДЪТ И ВЛИЯНИЕТО НА ШВЕЙЦАРСКИЯ ГРАЖДАНСКИ КОДЕКС (НА БЪЛГАРСКИ ЕЗИК)</b>	
ПРОФ. Д-Р ЖАН-ФИЛИП ДЮНАН	452
<b>ИЗВЪНРЕДНО ДОГОВОРНО ПРАВО ИЛИ КАК ДА УРЕДИМ ДОГОВОРНИТЕ ПРОБЛЕМИ ПО ВРЕМЕ НА ПАНДЕМИЯ (НА БЪЛГАРСКИ ЕЗИК)</b>	
ПРОФ. Д-Р ПАСКАЛ ПИШОНА	485
<b>КОНСЕНСУАЛНОСТТА НА РЕАЛНИЯ РИМСКИ MUTUUM. КОНТИНУИТЕТ И ДИСКОНТИНУИТЕТ В УРЕДБАТА НА ДОГОВОРА ЗА ЗАЕМ ЗА ПОТРЕБЛЕНИЕ МЕЖДУ РИМСКОТО ПРАВО, ИТАЛИЯ И КИТАЙ (НА БЪЛГАРСКИ ЕЗИК)</b>	
ПРОФ. Д-Р АНТОНИО САКОЧО	511
<b>РАЗМИСЛИ ВЪРХУ ПОНЯТИЕТО DAMNUM: DAMNUM И ВРЕДА, ИСТОРИЯТА НА ДВАМА „ФАЛШИВИ СРОДНИЦИ? (НА БЪЛГАРСКИ ЕЗИК)</b>	
ПРОФ. Д-Р ЖАН-ФРАНСОА ГЕРКЕНС	548
<b>НЯКОИ ДИАХРОНИЧНИ ОТРАЖЕНИЯ НА ДЕФИНИЦИЯТА ЗА ДОГОВОРНАТА ИЗМАМА В РИМСКОТО ПРАВО (НА БЪЛГАРСКИ ЕЗИК)</b>	
ПРОФ. Д-Р ЕМАНЮЕЛ ШЕВРО	573
<b>НАУЧНИ СУБСТАНЦИОННИ ЦЕННОСТИ КЪМ ПРАВНАТА ДОГМАТИКА И ТЕОРИЯТА НА ПРАВНАТА СДЕЛКА (НА АНГЛИЙСКИ ЕЗИК)</b>	
ПРОФ. Д-Р ХУАН МИГЕЛ АЛБУРКЕРКЕ	598
<b>ERROR, FRAUS, METUS. ВЛИЯНИЕТО НА РИМСКОТО ПРАВО И НА РОМАНИСТИЧНАТА ТРАДИЦИЯ ВЪРХУ ЕВРОПЕЙСКИТЕ ПРИНЦИПИ НА ОБЛИГАЦИОННОТО И ДОГОВОРНОТО ПРАВО, ОТНАСЯЩИ СЕ ДО ПОРОЦИТЕ НА СЪГЛАСИЕТО (НА БЪЛГАРСКИ ЕЗИК)</b>	
ПРОФ. Д-Р МАРИЯ ЛУИСА ЛОПЕС УГЕТ	621

**SOCIETAS, SOCIETAS PUBLICANORUM И PECULIUM В КОНТЕКСТА НА  
СЪВРЕМЕННИТЕ КОРПОРАТИВНИ ОРГАНИЗАЦИИ (НА АНГЛИЙСКИ ЕЗИК)**

ПРОФ. Д-Р АЛЕКСАНДЪР КЛИМОВСКИ

АС. Д-Р ТИМЧО МУЦУНСКИ \_\_\_\_\_ 653

**DATIO IN SOLUTUM NECESSARIA В РИМСКОТО ПРАВО. РАЗВИТИЕ И  
НАСТОЯЩЕ – СРАВНИЕЛЕН АНАЛИЗ (НА БЪЛГАРСКИ ЕЗИК)**

АС. ВЕРОНИКА ДАНИЕЛА ДИАС САСО \_\_\_\_\_ 665

## TABLE OF CONTENTS

<b>LECTORIS SALUTATIO</b>	13
<b>ROMAN LAW</b>	15
<b>SOME REFLECTIONS ON THE ROMAN AND MODERN CONCEPT OF THE CONTRACTUS (BULGARIAN LANGUAGE)</b>	
PROF. JUAN MANUEL BLANCH NOUGUÉS, PHD	17
<b>CONTRAHERE OBLIGATIONEM IN CLASSICAL ROMAN LAW (BULGARIAN LANGUAGE)</b>	
PROF. ADOLFO WEGMANN STOCKEBRAND, PHD	48
<b>THE ROMAN IDEA OF THE 'PERPETUATION OF THE OBLIGATION' AND THE PROBLEM OF CONTRACTUAL LIABILITY (BULGARIAN LANGUAGE)</b>	
PROF. RICCARDO CARDILLI, PHD	71
<b>DEBTORS AND DEBTS: NEW PERSPECTIVES (BULGARIAN LANGUAGE)</b>	
PROF. SEBASTIANO TAFARO, PHD	97
<b>ON THE ATYPICAL SYNALLAGMATIC CONVENTIONS IN THE THOUGHT OF CLASSICAL JURISTS (BULGARIAN LANGUAGE)</b>	
PROF. LUIGI GAROFALO, PHD	122
<b>OBSERVATIONS ON THE POSTCLASSICAL SYSTEM OF GUARANTEES FOR DEFECTS IN ROMAN TRADING (ITALIAN LANGUAGE)</b>	
PROF. GÁBOR HAMZA, PHD	175
<b>THE DOUBLE SALE A NON DOMINO: REMARKS ON D. 19.1.31.2 AND D. 6.2.9.4 (BULGARIAN LANGUAGE)</b>	
ASSOC. PROF. SALVATORE ANTONIO CRISTALDI, PHD	199

**"MAIORA QUIS PONDERA TIBI COMMODAVIT CUM EMERES AD PONDUS".  
NOTES TO D. 47.2.52.22 (ULP., 37 AD ED.) (BULGARIAN LANGUAGE)**

PROF. MARIAGRAZIA RIZZI, PHD \_\_\_\_\_ 226

**THE ORIGIN OF THE REGULAE IURIS: SPECIAL REFERENCE TO THE PRINCIPLE  
"PACTA SUNT SERVANDA" (BULGARIAN LANGUAGE)**

PROF. MARIA ETELVINA DE LAS CASAS LEON, PHD \_\_\_\_\_ 247

**OBLIGATIO, SOLUTIO, SATISFACTIO ET PROBATIO (BULGARIAN LANGUAGE)**

PROF. MARIA LOURDES MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, PHD \_\_\_\_\_ 281

**THE EVOLUTION OVER TIME OF MODES OF SET-OFF (BULGARIAN LANGUAGE)**

PROF. MARÍA DEL PILAR PÉREZ ÁLVAREZ, PHD \_\_\_\_\_ 310

**EMPHYTEUSEOS CONTRACTUS (BULGARIAN LANGUAGE)**

PROF. MALINA NOVKIRISHKA- STOYANOVA, DSC \_\_\_\_\_ 342

**REFLECTIONS ABOUT CONFUSION AS MEANS OF EXTINCTION OF  
OBLIGATIONS GUARANTEED BY BOND (ENGLISH LANGUAGE)**

PROF. MARIA CARMEN JIMÉNEZ SALCEDO, PHD \_\_\_\_\_ 374

**THE URBAN ORIGINS OF THE EDICTS „DE EFFUSIS VEL DEIECTIS“ AND „DE  
POSITIS VEL SUSPENSIS“ (BULGARIAN LANGUAGE)**

PROF. LUIS RODRÍGUEZ ENNES, PHD \_\_\_\_\_ 394

**BONA FIDES IN ROMAN CIVIL PROCEDURE (ENGLISH LANGUAGE)**

ASSOC. PROF. MILKA RAKOCHEVICH, DSC \_\_\_\_\_ 415

**LEONINE PARTNERSHIP IN ROMAN LAW (BULGARIAN LANGUAGE)**

ASST. PROF. STOYAN PANAYOTOV IVANOV, PHD \_\_\_\_\_ 437

**ROMAN LEGAL TRADITION \_\_\_\_\_ 451**

**THE ORIGINS AND THE INFLUENCE OF THE SWISS CIVIL CODE (BULGARIAN LANGUAGE)**

PROF. JEAN- PHILIPPE DUNAND, PHD \_\_\_\_\_ 453

**EXTRAORDINARY CONTRACT LAW OR HOW TO SETTLE CONTRACTUAL PROBLEMS DURING A PANDEMIC (BULGARIAN LANGUAGE)**

PROF. PASCAL PICHONNAZ, PHD \_\_\_\_\_ 486

**CONSENSUALITY OF REAL LOAN. CONTINUITY AND DISCONTINUITY IN THE DISCIPLINE OF THE LOAN CONTRACT BETWEEN ROMAN LAW, ITALY AND CHINA (BULGARIAN LANGUAGE)**

PROF. ANTONIO SACCOCCIO, PHD \_\_\_\_\_ 512

**REFLEXIONS ABOUT DAMNUM: DAMNUM AND DAMAGE, THE HISTORY OF TWO FALSE COGNATES? (BULGARIAN LANGUAGE)**

PROF. JEAN- FRANÇOIS GERKENS, PHD \_\_\_\_\_ 549

**SOME DIACHRONIC REFLECTIONS ON THE DEFINITION OF CONTRACTUAL FRAUD IN ROMAN LAW (BULGARIAN LANGUAGE)**

PROF. EMMANUELLE CHEVREAU, PHD \_\_\_\_\_ 574

**SCIENTIFIC CONSUBSTANCIAL VALUES TO THE LEGAL DOGMATIC AND THE THEORY OF LEGAL BUSINESS (ENGLISH LANGUAGE)**

PROF. JUAN MIGUEL ALBURQUERQUE, PHD \_\_\_\_\_ 599

**ERROR, FRAUS, METUS. THE INFLUENCE OF ROMAN LAW AND ROMANISTIC TRADITION ON EUROPEAN PRINCIPLES OF OBLIGATION AND CONTRACT LAW RELATING TO VICES OF CONSENT (BULGARIAN LANGUAGE)**

PROF. MARIA LUISA LÓPEZ HUGUET, PHD \_\_\_\_\_ 622

**SOCIETAS, SOCIETAS PUBLICANORUM AND PECULIUM IN THE CONTEXT OF CONTEMPORARY CORPORATE ENTITIES (ENGLISH LANGUAGE)**

PROF. ALEKSANDAR KLIMOVSKI, PHD



ASST. PROF. TIMCO MUCUNSKI, PHD \_\_\_\_\_ 654

**DATIO IN SOLUTUM NECESSARIA IN ROMAN LAW. DEVELOPMENT AND  
COMPARATIVE LAW PERSPECTIVE (BULGARIAN LANGUAGE)**

ASST. PROF. VERONICA DANIELA DIAZ SAZO \_\_\_\_\_ 666

## LECTORIS SALUTATIO

По традиция електронното списание на Юридическия факултет на Софийския университет „Св. Климент Охридски“ се стреми да обедини научните изследвания, свързани с някои от най-важните насоки на римскоправната традиция в съвременното право. Темата на настоящия брой- OBLIGATIO, се явява естествено свързана с едно много значимо за българската правна общност събитие за 2021 г.- 70 години от влизането в сила на Закона за задълженията и договори (ЗЗД). Историческо или съдбовно съвпадение е, че на 5 декември е обнародван и ЗЗД от 1892 г., и последната поправка на обнародвания на 22 ноември 1950 г. и влязъл в сила от 1 януари 1951 г. нов закон със същото наименование. Както *eleganter* отбелязва един от видните български адвокати, датата 5 декември може да се нарече рожден ден на българското облигационно право.

В множеството доклади, публикации и дискусии по повод на тази годишнина неизменно се подчертава значимото влияние на римското право върху облигационното право в кодификациите на Новото време и от там- и в съвременното право. Основната правна лексика, понятията и институтите, създадени в римското позитивно право, съдебна практика и тълкуванията на *iurisprudentes* относно облигационните отношения имат изключително висока степен на приемственост. В някои от тях се открива и особена модерност на възгледите и основа на универсализма в нормативен план, който бележи уредбата на отношенията, свързани с гражданския обмен. Нещо повече- римската *obligatio* се явява гравитационният център, около който се формират основните частноправни отношения и се моделира частноправната система.

Темата за OBLIGATIO като понятие е изключително обширна. На романистичната традиция в Закона за задълженията и договорите е посветен самостоятелен брой на списанието IUS ROMANUM. В настоящия брой са събрани статиите на едни от най-видните представители на романистиката по теми, които и в съвременното облигационно право са обект на дискусия и го представят както в един по-общ план, така и във връзка с конкретна проблематика.

По установената вече традиция авторите са подредени по реда на постъпването на статиите в редакцията. Съдържанието е разделено на две основни части, посветени на римскоправните отношения и съответно на романистичната традиция в съвременното облигационно право.

В частта, посветена само на римското право, са представени правни изследвания на размисли относно понятието за дълг, длъжници, *obligatio*, *solutio*, *satisfactio* и *probatio*, за римското и съвременното схващане за договора, за същността на израза „*contrahere obligationem*“ и атипичите синалагматичните договори в класическото римско право, римската идея за „перпетиране на задължението“ и проблемът с договорната отговорност, за посткласическата система на гаранциите за недостатъци в римската търговия, начините за компенсиране, сливането като начин за погасяване на облигационните отношения, произходът и същността на максимата „*pacta sunt servanda*“, отговорността при *laesio enormis* и при квазиделиктите, договорната свобода при създаването на емфитевзния договор и пр.

Особено интересни са темите на статиите, включен в частта, посветена на римското и съвременното право. Напълно естествено и с оглед на актуалната ситуация в световен мащаб те включват изследване на извънредното договорно право или уреждането на договорните проблеми по време на пандемия, континуитетът и дисконтинуитетът в уредбата на договора за заем между римското, италианското и китайското право, произходът и влиянието на швейцарския граждански кодекс, понятието за *damnum* и вреда, *error*, *fraus*, *metus*. за договорна измама в римското и съвременното право, за *datio in solutum necessaria*, за научните субстанциални ценности към правната догматика и теорията на правната сделка, за *societas*, *societas publicanorum* и *peculium* в контекста на съвременните корпоративни организации и пр. В различни аспекти е проследено влиянието на римското право и на романистичната традиция върху европейските принципи на облигационното и договорното право.

Надяваме се, че с този брой на списанието IUS ROMANUM отново ще провокираме не само научния и исторически интерес към римското право и римскоправната традиция, а ще дадем основание и за някои размисли и дискусии,

а защо не и за организиране на научни форуми за приложението на институтите на облигационното право в наши дни.

## LECTORIS SALUTATIO

Traditionally, the electronic journal of the Faculty of Law at Sofia University “St. Kliment Ohridski” aims to bring together scientific research on some of the most important aspects of Roman legal tradition into modern law. The current issue topic OBLIGATIO poses as naturally related to an event of particular importance for the Bulgarian legal community in 2021 – the 70-ieth anniversary of the enforcement of the Law on Contracts and Obligations. A historical coincidence or a stroke of fortune, be it as it may, that the 5<sup>th</sup> December is the promulgation date of both the 1892 Law on Obligations and Contracts and the last amendment promulgated on 22<sup>nd</sup> November 1950, and effective as of 1<sup>st</sup> January 1951 of the new law by the same title. Eleganter, by the words of a renowned Bulgarian lawyer, the date 5<sup>th</sup> December may be rightly named as the Bulgarian Law of Obligations Birthday.

A number of papers, publications and discussions on this anniversary focus on the significant influence Roman law exercises on the law of obligations in the codifications of modern times and hence – Roman legal tradition. The main legal terminology, concepts and institutes created in the Roman positive law, court decisions and interpretations of the jurisprudence in terms of obligational relations are characterized by an exceptionally high degree of continuity. Some of them exhibit a peculiar modernity of perspective and a basis of normative universalism characterizing the regulation of relations with respect to the civil exchange. In addition, the Roman obligatio poses as a gravitational centre for the formation of the basic private law relations and private law system.

The theme on OBLIGATIO as a notion is extremely broad. A separate issue of the IUS ROMANUM journal is dedicated to the Romanistic tradition in the Bulgarian Law on Contracts and Obligations. The current issue comprises the papers of some of the most renowned representatives of Romanistics on topics considered in the modern law of obligations and Roman legal tradition as well presenting both a more general and a more specific perspective.

The authors are presented by the already established tradition of following the order their papers were submitted to the editorial board. The content is divided into two

main sections, respectively - on the Roman law relations and on the Roman law tradition in the modern law of obligations.

The section dedicated solely on Roman law presents legal research considering such notions as debt, debtors, obligatio, solutio, satisfactio and probatio, as well as the Roman and modern concepts of contract, the essence of the expression “contrahere obligationem” and the atypical synallagmatic contracts in the classical Roman law, the Roman law idea of “obligation perpetuation” and the issue of contractual liability, the post-classical system of defects guarantees in Roman trade, types of compensation, the merger as a way of extinguishing obligational relations, the origin and essence of the “pacta sunt servanda” maxim, responsibility in laesio enormis and in quasi-delicts, contractual freedom in the formation of the emphyteutic contract, etc.

The themes considered in the Roman and Roman legal tradition section of papers are particularly interesting. Naturally and in view of the current situation in the world they comprise research on extraordinary contract law or the settling of contractual problems in the times of a pandemic, the continuity and discontinuity of the loan contract law in Roman, Italian and Chinese law, the origin and influence of the Swiss Civil Code, the concepts of damnum, harm, error, fraus, metus and contractual fraud in Roman and modern law, datio in solutum necessaria, the scientific substantive values with respect to the legal transaction dogmatic theory, societas, societas publicanorum and peculium in light of the modern corporate organizations, among others. Different aspects of the influence of Roman law and Roman legal tradition are traced with respect to the European principles of the law of obligations and contract law.

It is our hope that the current issue of IUS ROMANUM journal will incite not only scientific and historical interest towards Roman law and the Roman legal tradition but will also provide basos for thoughts and discussions in addition to the organization of academic forums on the implementation of the law of obligations institutes in the world today.

РИМСКО ПРАВО

ROMAN LAW

## РАЗМИСЛИ ОТНОСНО РИМСКОТО И СЪВРЕМЕННОТО СХВАЩАНЕ ЗА ДОГОВОРА\* (НА БЪЛГАРСКИ ЕЗИК)

**Проф. д-р Хуан Мигел Бланч Ноугес**

Университет CEU Сан Пабло, Мадрид, Испания

**Резюме:** Целта на тази статия е да подчертае значението на римската правна терминология в областта на договорите. Тя е първоизточник на някои ключови понятия в съвременното право като контракт (*contractus*), пакт (*pactum*), конвенция (*conventio*), транзакция (*transactio*), едностранно обещание (*pollicitatio*) и пр., които имат богато догматично съдържание в римското право. Терминологията се явява необходим инструмент в диалога между двете най-разпространени правни традиции в света – романо- германската и тази на *Common law*. За правилното разбиране на съответствията в терминологията в тези две традиции, а дори и на националните традиции в рамките на една и съща правна традиция, е от голямо значение да се анализират генезисът и същността на съответните понятия в римското право. Тук предлагам също така един преглед на традиционната теория за източниците на задълженията в римското право и критичен анализ на реформата на Френския граждански кодекс от 2016 г. в областта на задълженията, както и на някои публични и частни инициативи за международно унифициране на частното право.

**Ключови думи:** Договор (*contractus*); пакт (*pactum*); конвенция (*conventio*); синалагма; едностранно обещание (*pollicitatio*); споразумение; източници на задълженията; добросъвестност (*bona fides*); акт (*actus*); кауза (*causa*); *consideratio*.

---

\* Резюме на тази статия беше изнесено като почетна лекция по повод празника на св. Реймонд от Пиняфорт във Факултета по право на Университета Сан Пабло на 8 февруари 2017 г. Текстът беше публикуван от Ediciones в хартиен формат. С някои допълнения и корекции беше публикуван в *Revista General de Derecho Romano Iustel*. Тук представям съкратена версия (б. авт.)



## SOME REFLECTIONS ON THE ROMAN AND MODERN CONCEPT OF THE CONTRACTUS (BULGARIAN LANGUAGE)

**Prof. Juan Manuel Blanch Nogués, PhD**

University CEU San Pablo, Madrid, Spain

**Abstract:** The aim of this article is to highlight the importance of the Roman legal terminology on contracts, origin of modern basic concepts such as contract, pactum, agreement, transaction (with mutual sacrifices by the parties), or unilateral promise etc., very abundant, from the legal theory's point of view, in the Roman law. This ancient law is, nowadays, an indispensable tool referring the dialogue between the most widespread traditions in the world, i. e., the Roman-Germanic and the Common Law. In order to do that, even between national laws belonging to a common legal tradition, the analysis of the genesis and nature of the legal concepts in Roman law constitutes a fundamental task of legal interpretation. A review of the traditional theory of the sources of obligations in Roman law is also necessary. This paper, besides, affords the discussion of the recent reform of the French Civil Code concerning the sources of obligations (2016), as well as some of the different initiatives about the international unification of private law.

**Keywords:** Contract (contractus); pactum; conventio; synalagma; unilateral promise (pollicitatio); agreement; sources of obligations; good faith (bona fides); act (actus); cause (causa); consideration.

## 1. Постановка на въпроса във връзка с актуалните цели на изучаването на римското право

Едва ли има в правото по-обща и по-глобална фигура от договора – предмет на непрестанно обстойно изследване от доктрината през вековете, но тази фигура изисква един нов анализ и разумен дебат относно значението ѝ. Съзнавам, че изборът на подобна тема при едно почетно честване предопределя изложението да се сведе до едно посредствено повторение на добре известни истини или до изреждане на основни постановки, което може и да има предимството на пределната яснота, но същевременно би било твърде неприятно поради своята елементарност.

Съвременната тенденция за международно уеднаквяване на правото, която естествено засяга и понятието договор и неговата природа в този все взаимосвързан свят, принуждава юристите и законодателите да преразглеждат основата, на която стъпва собствената им правна система спрямо останалите такива, което на свой ред се отразява на съответните национални правни системи. Ще представя в частност така наречената романо- германска или цивилно-правна система, т.е. нашата система, и англо- американската система на *Common Law*, макар че съществуват и други правни традиции в Азия, Африка или Океания, които също заслужават внимание. В случая трябва да се върна към римското право, което поради своята универсалност, рационалност и основополагащ характер както по отношение на принципите или общите правни идеи, така и по отношение на запазилия своята валидност и до днес начин на разсъждение, е един изключителен връх, от който може да се наблюдават явленията, и незаменим инструмент в процеса на критичен анализ.

Изключителната сложност, която придобива сред римските юристи дискусиата около понятията договор или контракт (*contractus*), пакт (*pactum*) или конвенция (*conventio*), е толкова голяма, че дори днес романистичната доктрина не е в състояние да улови в пълни детайли нюансировката и доктриналната дълбочина, постигнати по онова време, нито да постигне съгласие относно някои основни резултати. Това контрастира с относително по-голямата простота на

постановката им в наши дни (на практическа синонимност на термините). В изложението си ще се съсредоточа върху първото от тези понятия, без да забравям и другите две. Естествено, третирайки една толкова обширна материя, ще мога само да представя само някои основни линии, но въпреки това считам, че подобно сравнение не е лишено от значимост.

## 2. Традиционна постановка за източниците на задълженията

Да си припомним накратко традиционната версия, която срещаме в съвременните учебници по право, особено в тези по римско право и гражданско право, за източниците на задълженията. В общи линии тя е следната:

Древното *ius civile* не познава абстрактната категория *obligatio*, а само някои фигури на *obligationes*. По-късно юриспруденцията стига до синтетичното изграждане на тази категория, като пренасочва всички съществуващи хипотези на задължения към два основни вида – контракт в първоначалното му значение на дейност („законосъобразен акт“) и деликт, т.е. „незаконсъобразен акт“, който поражда задължението да се плати определена парична санкция вместо да се понесе физическо наказание.

Това двойно деление на източниците на задълженията се запазва до класическата епоха. Гай повтаря в своите Институции (IG. 3.88): „всички задължения произтичат или от незаконсъобразен акт или от законосъобразен акт“. На това „раздвояване“ вече не е адекватно. Понятието за договор (*contractus*) постепенно приема по-общото значение на *conventio*, т.е. на споразумение. Класическата юриспруденция (и самият Гай) разглеждат казуси на задължения, които не се вписват в традиционната схема. Тези хипотези не произтичат нито от контракт, разбран като конвенция, нито от деликт, а имат свое автономно основание. В един много известен текст, приписван на Гай и познат под различни наименования (*Res cottidianae* или *Aureorum*), цитиран в D. 44.7.1, източниците на облигационни отношения вече са разделени на три части: „Задълженията са породени или от контракт, или от деликт или от някакъв вид собствено право на различни основания (*ex variis figuris causarum*)“. Да обърнем внимание на термина „causa“, използван тук,

защото неговият смисъл, съответстващ на причина или основание, е приет като валиден в съвременната цивилистична доктрина. По примера на френския пандектист Pothier днес се повтаря, че каузата на задълженията е например един контракт. Класическата юриспруденция доближава по аналогия тези самостоятелни фигури до други задължения, породени от контракт. „Плащането на недължимо“ наподобява обикновен заем. Затова юстиниановите компилатори създават едно абстрактно и единно понятие за задължение, породено като от договор (*quasi ex contractu, ex quasi contractu*), и разделят в четири симетрични категории случаите на пораждаване на задължения – контракти/договори, деликти, квазидоговори и квазиделикти.

От друга страна, процесът на изграждане на понятието контракт в Рим във връзка с идеята за пакт и конвенция обикновено се описва така: „*contrahere*“ се приема за нетехнически термин. Означава „поемам“, т.е. да си получател на нещо отрицателно (дори днес казваме „склучвам/поемам задължение“). Означава също „склучвам“ (например брак, както се казва и днес), или по-общо - извършвам законосъобразен или незаконсъобразен акт. Във втория смисъл означава „извършвам“<sup>1</sup>. *Contractum*, пасивно причастие на глагола *contrahere*, означава „склученото“. Така, контракт е всяко споразумение (всяка конвенция), предназначена да породи задължения (*obligationes*) и като такава – снабдена с иск (*actio*) за изискване на изпълнението им. В този смисъл се различава от пакта, който в класическото римско право по правило поражда само възражение - *exceptio*).

Благодарение на класическата юриспруденция, в частност във връзка с приложението на *ius gentium*, постепенно се оформя схващането, че във всяка двустранна сделка (т.е. в която участват две страни) силата, пораждаща облигацията, е в конвенцията, в споразумението между двете страни, което е достатъчно, за да възникне задължението (*obligatio*) при така наречените консенсусни договори на *ius gentium*. При други сделки - възникналите по *ius civile*,

---

<sup>1</sup> Така напр. в известния текст на Папиниан с дефиницията на закон (D. 1.3.1): „Законът е обща разпоредба, постановление на благоразумни мъже, поправяне на деликти, извършени преднамерено или поради невежество, и общ пакт на Републиката“ (преводът е на автора - б. ред.). Вж. също особено интересния фрагмент от Улпиан, свързан с неоснователното обогатяване, в който е даден казус на длъжностно престъпление на съдията: D. 12.5.2.2.

се изисква да се използват соленелни форми или да бъдат изпълнени определени действия, като например предаване на вещта. Обаче всички контракти (включително *stipulatio*, която се извършва вербално се явява прототип на формалните соленелни сделки) в крайна сметка са невалидни, ако няма съгласие (*consensus*) между страните. В един основен текст на нашата правна традиция - D. 2.14.3 *in fine*, Улпиан съобщава, че тази фундаментална идея принадлежи на юриста Педий (I в. сл.Хр.): „Но думата конвенция е основополагаща до такава степен, че, както казва Педий, няма никакъв контракт, никаква облигация, ако не съдържа в себе си конвенция, било то на дело или на думи; защото дори стипуляцията, която се прави устно, е нищожна, ако няма консенсус“<sup>2</sup>.

### **3. *Pactum, contractus, bona fides***

До тук традиционната версия, която може да бъде прочетена практически във всяка юридическа творба, отнасяща се за договора и източниците на задълженията. Ако анализираме правните източници по-подробно обаче, откриваме по-голямо доктринално богатство от съдържащото се в този начин на разсъждение, което ни е добре познато и в което се чувстваме удобно.

Казах, че римското право не смята, че обикновеното споразумение между две страни (*pactio, pactum conventum* в строгия смисъл на думата) поражда задължение. В действителност това е спорно, тъй като още в древното право, в което се явява думата *pactum*, т.е. векове преди думата *contractus*, пактът може и да не е имал само ограничено и второстепенно значение и да е пораждал процесуална екцепция, а да е създавал самостоятелно и основно облигационно отношение. Преобладаващата романистична доктрина обикновено не приема тази идея, но както казах, това е спорно. От друга страна няма съмнение, че в римското право се

---

<sup>2</sup> Точна информация за този процес може да се намери в FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho Privado Romano*. 9ª ed. Madrid: Iustel, 2016, p. 465–476. Библиографията за понятието договор в римското право е много обширна: CANNATA, A. *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*. – In: *Secondo Congresso Internazionale ARISTEC*. Palermo, 7-8 giugno 1995. Torino: Giappichelli. Ed., 1997, p. 35–61; CASCIONE, C. *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale. Prospettive sistematiche*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2003; AA VV. *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*. BURDESE, A. ed. Padova: CEDAM, 2006.

наблюдава една постоянна тенденция на пакта да му придава все по-голям обхват чрез постепенно предоставяне на защита на все повече пактове чрез самостоятелен иск. Това явление се наблюдава както в преторското право, така и в класическото и императорското право.

Истината обаче е, че в класическото право, вероятно под влиянието на Август, който се стреми да контролира всички механизми за създаване на правото, пактът не се счита за релевантен източник на задължения: '*nudum pactum obligationem* [или: *actionem*] *non parit*' (голият договор не поражда задължение [или иск]). Както ще видим по-нататък, това правило поражда недоволство и подтиква към критика тълкувателите на правото от Средновековието насетне. Класическата юриспруденция всъщност прави едно рестриктивно тълкуване на термина пакт, който, както се вижда още в Закона на XII Таблицы, има не само отрицателно, но и положително или креативно действие. Юристите от времето на Републиката говорят например за „пакт на дружеството“, което подсказва, че дружественият договор все още не е формиран, но и че пактът има голяма пораждаща задължения сила<sup>3</sup>.

В този смисъл преторът, от съображения за равнопоставеност и справедливост, обещава в своя едикт, че ще закриля пактовете, сключени без измама и непротиворечащи на законите, императорските конституции, сенатусконсултите. Става дума за едикта *de pactis conventis*, който впрочем е във фокуса на вниманието на марксистическата литература, тъй като е ключов елемент на римската правна и икономическа система, модел на организация за бъдещите нации и дори на международния ред. Всъщност чрез своята разпоредба магистратът санкционира частната инициатива и свободното договаряне, и дава генерична правна защита на всички сключени между страните пактове (*pacta conventa servabo* - ще закрилям сключените пактове) при условие, че те не нарушават пряко или косвено източниците на правото чрез измама, която се цитира

---

<sup>3</sup> Такова е например мнението на италиански романист Filippo Gallo: вж. GALLO, F. *Synallagma e Conventio nel Contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di Diritto Romano. I.* Torino: G. Giappichelli Editore, 1992, p. 40 ss.

изрично, или чрез злонамереност<sup>4</sup>. Освен че дава основа на общия правен принцип за свобода на договарянето или на самото схващане за *lex contractus* (разбиран от тази гледна точка като частен закон, *lex privata* между страните), тук виждаме източника за формиране на известния принцип “*pacta sunt servanda*” (договорите трябва да се изпълняват), ключов за съвременната международна търговия и основен за процеса на унифициране на правото заедно с принципа за свободата на волята<sup>5</sup>.

За римската договорна система е характерна типизацията и това се твърди традиционно и многократно в романистичната доктрина. За да се признае естеството на *contractus* се счита, че се е изисквало съгласието да бъде придружено от предаване на вещта (*re*), или да се използват определени тържествени вербални форми (*verbis*) или писмени такива (*litteris*), или да се спомене някое от типизираните съглашения - *emptio - venditio, locatio - conductio*, определяни като консенсусни контракти. Това е определено в Институциите на Гай (средата на II в.) и има основополагащо значение. Но по времето на Август Лабеон (началото на I в.) се дава защита на новите видове договори, които не попадат в обичайните модели (ненаименовани договори - *contracta innominata*). Така той се опитва да отговори на бурно развиващата се капиталистическа икономика, задвижвана от инициативата на множество предприемачи, извършващи доходни търговски дейности (банково дело, аренди и концесии, предоставяни от римската държава за използване на различни ресурси или добив на суровини, обработка на земята, събиране на данъци, търговия по море и суша в голям мащаб)<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> D. 2.14.7.7. За *pactum* вж. в **множеството трудове на ALBURQUERQUE, J. M.** и по-специално *En torno a la formulación edictal: pacta conventa... servabo*. Córdoba, 1990, p. 63 ss.

<sup>5</sup> Едиктът *de pactis conventis* (вж. GALLO, *op. cit.*, p. 65-66, n.10) не посочва обаче процесуалните средства, които трябва да използва магистратът, за да защити договорите. Той е пример за липса на стриктно спазване на типизацията на сделките в римското право, тъй като чрез него са защитени и неформалните съглашения (пактовете), наред с типизираните контракти на покупко-продажба или дружество. В класическата епоха обаче действието на договорите, предвидени в този едикт, е сведено до пораждане на ексцепция.

<sup>6</sup> Вж. GALLO, F. *op. cit.*, n. 3, p. 160 ss. Против тази теза е FIORI, R. ‘*Contrahere*’ in *Labeone*, In: *Carmina Iuris. Mélanges en l'honneur de Michel Humbert*. Paris: De Boccard, 2012, p. 324. За новаторския характер на *agere praescriptis uerbis* на Лабеон вж. PARICIO, J. *Contrato. La formación de un concepto*. 2<sup>a</sup> ed. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas. Editorial Aranzadi, 2008. p. 51 ss.

В съответствие с доктриналната линия, установена през I в. сл.Хр. и приета от класическите юристи, в частност от Улпиан, *contrahere* и *contractus* добиват ново значение на „съгласявам се“ и „съглашение“, „конвенция“, като се отнасят само за задълженията (облигациите), произтекли от споразумение (*conventio*) между страните, а не от определен законосъобразен, но не и конвенционен акт като например плащане на недължимото поради грешка, което поражда задължението да бъде върнато неоснователно полученото. Това ново и обобщаващо значение на термина *contractus*, в смисъл на всяко споразумение като източник на задължение, е включено в Юстиниановата компилация и е възприето от съвременните доктрина и законодателства.

Първите две свидетелства за думата *contractus* откриваме в два много различни източника. Едното - в трактата за земеделието *De re rustica* (1.68) на Варон, където се говори за *contractus aciniorum* по повод на свиването, т. е набръчкването или изсъхването на гроздовите зърна. Второто свидетелство откриваме у Авъл Гелий (*Noctes Atticae* 4.4) и е свързано с доктрината на републиканския юрист Сервий, един от най-блестящите римски *iurisconsultes* от последния век на Републиката. Отнася се за сгодяването или обещанието за бъдещ брак, което той дефинира като „контракт за стипуляции и спонзии“ в един по-неутрален и генеричен смисъл, т.е. като „склучен акт“ и дори като „склучване“.

Преторският едикт „*de pactis conuentis*“ привлича вниманието на средновековните юристи, които решават да изградят теорията на договора въз основата на идеята за пакт, а не за контракт. Този и много други текстове, особено два от тях, са особено релевантни в този процес. В тях се съдържа дефиницията на думата „пакт“ (*pactum*), която се предава чрез глосаторите и по-късните поколения европейски юристи и достига до най-влиятелните творби, предхождащи кодификацията на цивилното право (*Трактата за задълженията* на Pothier), а понастоящем и в юридически текстове в областта на частното и публичното право.

Нека да видим тези текстове:

D. 2.14.1. *Pactum autem a pactione dicitur; inde etiam pacis nomen appellatum est. Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus.*



D. 50.12.3.pr. *Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum.*

В друг особено значим текст - D. 50.17.73.4, големият републикански юрист Квинт Муций Сцевола излага система от източници, основана на типични актове – пактове, клаузи във формални сделки (най-вече при манципацията), *stipulatio*, към които се добавят счетоводни оформените задължения (*expensilatio*), които вече съществуват по негово време, както свидетелства Цицерон в *Pro Roscio* 5.14<sup>7</sup>. Този фрагмент е важен, защото излага едно правило, което понастоящем присъства повече в *Common Law* отколкото в цивилното право - *alteri stipulari non potest* или забрана да се договаря в полза на трето лице поради личния характер на облигационната връзка: *Nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest.*

В D. 46.3.80<sup>8</sup> е изложен симетричният принцип за създаване и погасяване на задължения – „така, както е договорено, трябва да се разтрогне“. Интересното в тази формулировка е, че тя езиково не е свързана с обвързване (*obligari*) и разтрогване (*solvi*)<sup>9</sup>. Както е видно от връзката му със *solvere* в текста, *contrahere* означава не само сключвам или извършвам договорен акт, но и създавам задължения. Това е една по-висока степен на абстракция от конкретните актове, пораждащи задължения, тъй като глаголът *contrahere* така, както е използван в случая, включва всички тях. По мнението на Gallo<sup>10</sup> изборът на този термин от Квинт Муций предполага преодоляване на материалната представа за облигацията като

---

<sup>7</sup> GALLO, F., *op. cit.*, p. 31, n. 3.

<sup>8</sup> „Както е бил сключен, така трябва да се разтрогне, така че когато договорът е сключен чрез предаване на вещь, трябва да се върне същата вещь или сумата за нея. Когато договаряме нещо устно, задължението трябва да се разтрогне или с вещта, или устно, както когато обещаателят се счита за удовлетворен; с вещта, както когато се дава обещаното. Също така, когато е договорена покупка или продажба или наем, тъй като те може да бъдат договорени с голо съгласие, разтрогването може да стане с голо несъгласие.“

<sup>9</sup> GALLO, F., *ibid.* p. 54, n. 3.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 55.

задължение и „изразява правния характер на връзката; подготвя – ако не съдържа вече *in nuce* – идеята за отношение“. Това тълкуване обаче е спорно<sup>11</sup>.

От друга страна Цицерон припомня значението на становището на Муций относно договорната *bona fides* (*De officiis*, 3.17.70). В началото на текста има ясна препратка към коректното поведение на договарящите се страни, във връзка с клаузата *ex fide bona* (*rectius*, т.е. „*ex bona fide*“). Става дума за така наречената „обективна добросъвестност“, която по думите на този голям юрист „поражда множество последствия“<sup>12</sup>. Това ни напомня известния израз '*uberrimae fidei*' на *Common Law*, използван за заобикаляне в някои случаи на общата забрана в тази система да се договаря в полза на трето лице (наложена от споменатия по-горе принцип за *privity of contract*, който в нашата система наричаме „относителна недействителност на договора“).

Тази обективна добросъвестност не се изразява в някакво естествено добро поведение между страните (за което *Common Law* упреква цивилноправната система), а в обективни поведенчески стандарти и модели, създадени още от римското право<sup>13</sup>. Американското право възприема общия принцип за добросъвестност в *Restatement of contracts* (2), но не и английското право<sup>14</sup>. Европейските Принципи на договорното право също включват този принцип (чл.

---

<sup>11</sup> Вж. обратното във FIORI, R. *Contrahere e solvere obligationem in Q. Mucio Scevola*. - In: *Fides Humanistas Ius*. Studi in honore di Luigi Labruna. T. 3 Napoli: Editoriale Scientifica Universitaria, 2007, p. 1955–1974.

<sup>12</sup> Срв. член 1258 на испанския Граждански кодекс: „Договорите се сключват с обикновено съгласие и от този момент нататък задължават да бъде изпълнено не само изрично договореното, но и всички последствия, които в зависимост от тяхното естество, съответстват на добросъвестността, обичаите и закона“.

<sup>13</sup> ADAME GODDARD, J. *El principio de la buena fe en el derecho romano y en los contratos internacionales y su posible aplicación a los contratos de deuda externa*-[http://www.robertexto.com/archivo10/buenafe\\_derrom.htm](http://www.robertexto.com/archivo10/buenafe_derrom.htm) .

<sup>14</sup> Английският адвокат Vivien Gaymer, началник на Правния отдел на компанията *Enterprise Oil*, казва следното по повод на приемането на принципа за добросъвестност от Принципите UNIDROIT: „Член 1.7 изисква всяка страна да действа добросъвестно и коректно в преговорите. Това не е общ принцип на английското договорно право, нито може да бъде изисквано непосредствено от него. Също така запазвам мнението си за Глава 4, свързана с тълкуването. Боя се, че много адвокати в Обединеното кралство ще приемат това схващане като неудобно чуждо тяло, касаещо намерението на страните“ (*UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts. International Chamber of Commerce*. 1997-<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/>).

1:201). Немският Граждански кодекс, който не дава дефиниция на договора, въвежда изрично този принцип в § 242.

Малко опростенческа версия съдържаше предложението за Регламент на Европейския парламент и на Съвета относно обща правна уредба на покупко-продажбите в Европа (2011 г.), което дефинираше в чл. 2 (относно *Дефинициите*) „договорната добросъвестност“ като „норма на поведение, характеризираща се с честност, искреност и зачитане на интересите на другата страна в транзакцията (sic) или на въпросното отношение“. Новите Принципи Unidroit (чиято последна версия е от 2016 г.) превръщат принципа за автономия на волята и свобода на договарянето, както и принципа за добросъвестност (и двата произхождащи от римското право) в стълбове на съвременния правен режим на *soft law*, чийто най-точен латински превод вероятно би бил „несъвършени закони“ (*leges imperfectae*), в международната търговия. По-нататък ще видим изключителния обхват на добросъвестността във връзка със самото понятие договор.

#### 4. Доктрината на Лабен

На един от най-великите, но сравнително малко познати римски юристи – Марк Антистий Лабен или просто Лабен (на латински *Labeo*), син на друг известен юрист - Пакувий Лабен, дължим едно от най-гениалните творения в областта на облигационното право - новото техническо понятие за договор<sup>15</sup>. Лабен е опитен граматик, който винаги внимава да използва най-правилно термините и да ги разграничава прецизно. Той е автор на повече от 400 книги, но най-вече е известен като новатор в областта на правото, както твърди Помпоний в своя *Enchiridium*- D. 1.2.1.47.

---

<sup>15</sup> Разбира се тази теза продължава да бъде обект на много дискусии в международната романистика. В Испания горещо я защитава Álvaro d'Ors с неговата теория за източниците на задълженията, повлиян от Новото законодателство на Навара (закони 488 и сл., където договорите са разграничени от заемите и стипулациите). Противник на предполагаемото новаторство на Лабен по отношение на дефинирането на договора, е FIORI, R., *op. cit.*, p. 325 ss.

Ето фундаменталния текст на Лабен, в който той дава дефиниция на договора:

D. 50.16.19: *Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam „agantur“, quaedam „gerantur“, quaedam „contrahantur“: et actum quidem generale verbum esse, siue verbis siue re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci synallagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam*<sup>16</sup>.

Обикновеният прочит на този текст разкрива нещо удивително – фактът, който се твърди в много учебници по право и дори по римско право, а именно, че в римското право няма техническо понятие контракт, се оборва от идентифицирането му като „задължение на едната и на другата страна“. Историята на договора (контракт) като източник на задължения е много по-богата от традиционната версия, която свързва Гай, Улпиан, така наречените посткласически „Regulae Gai“ и Институциите на Юстиниан.

От друга страна е поразително, че Улпиан в този текст отразява мнението на Лабен, което самият той не споделя. Макар това да го няма в текста, защото най-вероятно компилаторите са го премахнали, много е възможно той да е посочил това мнение, за да го подложи на критика. Лабен е отличен познавач на латинската граматика и я използва при решаването на казусите и в коментарите си, особено от семантична гледна точка, като основен инструмент в правните си разсъждения. Най-вероятно сентенция като тази на Яволен – един юрист от по-късна епоха, че „в цивилното право всяка дефиниция е опасна“ не би го притеснила особено.

Но Лабен коментира един текст от едикта в първата книга на своите коментари (ако този номер е верен). Поради големия брой коментари на Улпиан (11) има хипотеза, че този едикт вероятно е свързаният с *restitutio in integrum* поради

---

<sup>16</sup> Лабен определя в книга първа на градския претор, че някои неща се правят, други се управляват, а трети се договарят. Наистина думата „акт“ е обща – било че дадено нещо се извършва с думи, било с действия, както при стипулацията или при предаването на парична сума; обаче контракт означава създаване на задължение за едната и за другата страна, което гърците наричат *synállagma* - като покупка-продажба, наем и дружество; „управлявано“ означава нещо свършено без думи (преводът е на автора).

сключена със заплаха сделка. Там се споменава глаголът „*gerere*“: „*quod metus causa gestum erit, ratum non habebō*“ (извършеното поради заплашване няма да считам за валидно). Става дума за една важна новост в историята на правото - за първи път заплахата и насилието (психическо), което тя съдържа, се считат за релевантни факти при оспорването на сделка<sup>17</sup>.

Така например Filippo Gallo<sup>18</sup> счита че Лабенон предлага в този фрагмент дефиниция на „*gerere*“ , за да прибегне към *partitio*, т. е. към разбиване на самото договаряне на две различни части – в случая на *agere* и *contrahere*. Съгласно тази хипотеза *gestum* като невербален акт (*sine verbis*) е добавка от по-късна ръка. Трудно преводимото *gerere* (някакъв вид човешка дейност, в частност договаряне вероятно включва както *agere*, което – както твърди текстът, е обща дума за човешко действие в областта на търговията, на вербално или фактическо, и *contrahere*, което само по себе си е вид човешко действие, което може да се впише в общото *agere*, но с едно уточнение: става дума за акт, който поражда реципрочно облигационно отношение.

От своя страна, според това тълкуване *gestum* сякаш губи смисъл, дефинирано като „онова, което се върши без думи“ (което не означава непременно, че актът е устен)<sup>19</sup>. Любопитно е, че съвпада в съвременните езици, произхождащи от латинския, с термина „жест“. Например при покупка на търг вдигането на пръст се смята за заявяване на воля. Наистина общият глагол *agere* може да се смята за включен в това понятие, макар че примерът, който предлага облигационният акт *re* е за определено поведение – предаването на вещь при заем или влог. Може да се допусне обаче, че *re* се отнася не само за тази хипотеза, но и за нещо, което някой е извършил фактически, без да използва думи (устно или писмено).

Както казахме, този фрагмент отразява стремежа да се прецизира обхватът на три термина (*gerere*, *agere*, *contrahere*), които заедно с *facere* са в зародиша на

---

<sup>17</sup> Разбира се, предвид поставянето на коментара на Лабенон в собственото му произведение, ако посоченият номер е верен, може да се предположи, че августовият юрист се позовава на един едикт в началото на преторския *Album*. Fernández Barreiro (BARREIRO, F. *La previa información del adversario en el proceso privado romano*. Pamplona, 1969, p. 157 ss.) твърди, че става дума за едикта *de edendo*.

<sup>18</sup> *Op. cit.*, p. 82 ss.

<sup>19</sup> PARICIO, J., *op. cit.*, p. 45 не смята обаче, че е излишно или че е интерполирано.

размислите относно теорията на юридическите факти, тяхното разграничаване на факти и правни действия и определянето на рамките на правната сделка. Последният - *facere*, е най-широкият в юридическия латински, тъй като включва и не човешка дейност (например животинска). Затова той е избран от по-късната доктрина, която говори за фактите като по-обща категория от събитията. *Gerere* е свързан с човешките действия, с които се осъществяват правни актове, макар да не е нужно те непременно да се състоят в търговски отношения. В управлението на чужди дела (*negotiorum gestio*) като човешко действие се счита всеки акт, извършен в интерес на друго лице (например гасене на пожар в дома на съседа), макар че той възниква във връзка с необходимостта от процесуална защита на интересите на отсъстващото лице. Като говори за едно човешко действие, Варон предлага (*De I. I. 6.77*) с известно чувство за хумор следното: докато една басня я прави (*facere*) нейният автор, който не я „действа“ (*agere*), актьорът я „действа“ без да я „прави“. Генералът на една армия нито „прави“, нито „действа“ войната, а я води (*gerere*), така както се казва обикновено „нося тежестите“ (*onera gerere*). Струва ми се, че последното не се различава твърде от дефиницията на „управлявам“ на испански (*gestionar*) според речника на Кралската академия за испанския език: „Осъществявам инициатива или проект; занимавам се с управлението, организацията и функционирането на едно предприятие, икономическа дейност или организация; боравя с или направлявам една проблематична ситуация“. От друга страна, в неюридическия латински език *gerere* е често използван глагол в смисъл на извършвам сделка<sup>20</sup>.

В случая обаче трябва да се съсредоточим върху значението на глагола *contrahere*, който несъмнено има правно-техническо значение. Част от доктрината тълкува, че изразената реципрочност с наречието *ultra citroque* се отнася до двустранността на конвенцията<sup>21</sup>, но е трудно да го разбираме по този начин.

---

<sup>20</sup> Вж. Cic., *Pro C. Rab. Post.* 1.4. От друга страна, глаголът *gerere* включва в едикта *dictum perpetuum* термините *agere* и *contrahere*, както е видно от оригиналната редакция на някои от тях: Ulp. D. 4.4.7 .pr., Ulp. D. 42.8.1 .pr.

<sup>21</sup> Вж. SANTORO, R. *Il contratto nel pensiero di Labeone.* - *AUPA*, 37, 1983, p. 217 ss.

## 5. Анализ на реформата от 2016 г. на френския Граждански кодекс в сферата на източниците на задължения

Нека с предоставения дотук материал направим критичен анализ на някои основни аспекти, свързани с облигационното и договорното право след последната реформа (2016 г.) на френския Граждански кодекс (Code civil)<sup>22</sup>. В сегашната му редакция в чл. 1101 е дадена дефиницията, взета от доктрината на известния юрист от XVIII век Robert Joseph Pothier, който на свой ред я е взел от също така известния Jean Domat (XVII в.). Тя гласи: „Договорът е споразумение между две или повече лица, предназначено да породя, модифицира, прехвърли или погаси задължения“. По-късно ще се върнем към тази дефиниция.

Прави впечатление титул III на книга III от кодекса със заглавие „Източници на задълженията“. За разлика от немския Граждански кодекс, французите решават да продължат да систематизират тази немаловажна правна тема. В чл. 1100, изменен с Разпореждане от 10 февруари 2016 г., източниците на задълженията са следните: „Задълженията произтичат от правни актове, от правни факти или от самата власт на закона“. Член 1100-1 заявява, че под правни актове се разбират волезаявленията, предназначени да произведат правно действие, и добавя, че те може да са договорни или едностранни. В отделен параграф уточнява, че режимът за тяхната валидност и действие е еднакъв за договорите и едностранните актове.

От своя страна член 1100-2 обяснява, че правните факти са действията или събитията, на които законът дава правен ефект. Във втори параграф е казано, че предвиденият за тях правен режим е определеният във втори подтитул „Други източници на задължения“. В този параграф на френския Граждански кодекс в настоящата му версия попадат различни правни факти, пораждащи задължения, добре познати в римското право – квазиконтрактите (управление на чужд бизнес и плащане на недължимото поради грешка), както и неоснователното обогатяване. Любопитно е, че кодексът разглежда тези казуси по този начин, а не като произтичащ от закона, съгласно вековната френска традиция с корени в римското

---

<sup>22</sup> Благодаря на проф. Pedro Robles, голям познавач на френското гражданско право, за прочита и редакцията на този абзац.

право. Може би именно затова френските пандектисти отбелязват, че истинският източник на задълженията, произтекли от неоснователно забогатяване, а не от закона, трябва да се търси в равнопоставеността (*ex aequo et bono*), както повтарят непрестанно римските юристи. Любопитно е, че тази идея е завладяла *Common Law* (с прословутото решение на английския съдия Maitland през XVIII век, което предизвиква голяма доктринална полемика).

Прави впечатление разделянето на правните действия на договорни и едностранни. Както е известно, френската традиция, в която жалони са юристи от величината на Du Moulain, Domat и най-вече Pothier, отлични познавачи на римското право, черпи знания от някои римски правни текстове, като тези на Улпиан, поставен от компилаторите почти в началото на Дигестите в титула относно пактовете (D. 2.14.1), който разграничава конвенция и контракта. Отношението между тези две понятия е между род и вид. Всеки контракт е конвенция, но не всяка конвенция е контракт, защото може да бъде и пакт, който се защитава с процесуална екцепция, а не с иск за изискване на задължението (*actio*). Съвременният френски законодател е избрал термина „конвенционен“ (*conventionnel*) и го противопоставя на „едностранно“, като включва и двата в режима за договорите (контрактите). С изненада виждаме, че договорът (впрочем не се споменава германската фигура на правната сделка) предоставя обща основа за регламентиране на правните актове. „Конвенционен“ в противовес на „едностранно“ е препратка към идеята за декларациите (не толкова облигациите), които възникват за едната и другата страна и се сливат в една обща точка, така че може да се говори за двустранност на първите. Това ги различава от едностранните актове, за чиято перфектност е достатъчна волята само на един правен субект<sup>23</sup>.

Като прилага режима за договорите за двата вида правни актове, френският законодател сякаш е воден от желанието да превъзмогне строгото понятие „контракт“ съгласно първата догматична линия, която изложих тук и която е по-традиционна, чиято дефиниция обаче продължава да бъде „споразумение, което

---

<sup>23</sup> Едно са едностранността, двустранността или многостранността в сферата на правната сделка, отнасящи се до броя на страните, които я пораждат, и съвсем друго – същото това разграничение по отношение на договора, което обозначава дали задълженията възникват за една, за две или за повече страни.



цели дадено облигационно отношение между страните, като го създава, прехвърля или погасява“. Как да си обясним тогава явното противоречие между тази дефиниция и дадената в член 1124 на кодекса за едностранното обещание? За тази фигура сякаш не съществува предварителното изискване за споразумение между страните. Според мен това става с включването на двете категории в по-общата категория за правен акт (*actum verbum generale esse*, казва Лабеон). Там едностранното обещание е дефинирано като „договор, чрез който едната страна – обещателят, договаря с другата – бенефициера, правото да сключи договор, в който съществените елементи са определени и за съставянето на който трябва само съгласието на бенефициара“. За съвременното френско гражданско право едностранното обещание е договор.

Трябва да отбележим, че това разделяне на три части във френския Граждански кодекс прилича, *mutatis mutandis*, на предходното, произтекло от посткласическата орбита, приписвана на Гай, наречена „Златните правила“ или „Юриспруденция на ежедневието“ (*Gai rerum cottidianarum sive aureorum libri VII*), в което контрактът и деликтът – първият разбиран като законосъобразен акт (конвенция?), а вторият – като незаконосъобразно действие, са последвани от една трета категория – истинска кутия на Пандора, с „различни други основания“, включващи квазиконтрактите и други.

## 6. Понятието *synallagma*

Но да се върнем към Лабеон и термина *synallagma*. Някои романисти се опитват да го тълкуват като препратка към конвенционния характер на акта, пораждащ задълженията, но според мен юристът уточнява, че не става дума за реципрочни декларации, а за задължения. Според августовия юрист това е същността на понятието договор, а не толкова акцентът върху съгласуването на волите. Въпросът е обаче да видим дали Лабеон използва думата „*contractus*“ като съществително (договор) или като перфектно причастие на глагола *contrahere*. По-вероятно ми се струва първото. Практически свързан с възприемането на този смисъл на думата е принципът за добросъвестност, разбиран обективно като

лоялност между договарящите се. Обърнете внимание, че така наречените едностранни договори, при които възникват задължения само за едната страна, не са истински договори. Казано по друг начин, заемите, приравними по режим към неоснователното обогатяване, не са договори. От друга страна не трябва да забравяме, че този текст е вдъхновил Bechmann<sup>24</sup> за създаването на така наречените „синалагмични облигации“ - една често използвана от цивилистите категория, и възприемането на *synállagma* като генетическа и функционална обусловеност.

Фрагментът, в който се появява терминът *synállagma*, е от Улпиан (*libro 4 ad ed.*) и е поставен от компилаторите в титула за пактовете (D. 2.14.7.2). Започва с твърдението, че някои от конвенциите според правото на народите пораждат искове, а други –възражения (подразбира се процесуални такива). В параграф първи се говори за първите, които пораждат искове, и се уточнява, че те имат самостоятелни наименования като договори по купко-продажба, наем, дружество, заем за послужване, влог и други подобни контракти. След това, във втори параграф казва дословно, че ако даден акт не е въплътен в дадена договорна фигура, но си има свое правно основание (*causa*), то особено точно (*eleganter*) юристът Аристон е отговорил (критично) на Целз, един от най-големите римски юристи на всички времена, че се създава облигационно отношение (*obligatio*). Аристон дава примери като „дадох ти нещо, за да ми дадеш друго“ или „дадох ти, за да извършиш нещо“. Както се вижда, става дума за казуси на ненаименовани или атипични договори, за които казахме вече, че са били предмет на внимание от страна на Лабен, който искал да осигури спешно по-ефикасна защита на новите договорни фигури, които интензивният търговски оборот пораждал и които трудно можело да се впишат в познатите категории договори. Някои дори виждат в това желанието на Лабен да избегне контрола, който се стреми да наложи Август и в областта на правото.

Аристон е действащ юрист, живял е през I в. сл.Хр. Запазена е една изключителна възхвала, която му посвещава неговият приятел Плиний Млади (Ер.,

---

<sup>24</sup> BECHMANN, A. *Der Kauf nach gemeinem Recht. Teil I: Geschichte des Kaufs im römischen Recht*. Erlangen: A. Deichert, 1876.

1.22.1–4), познат в световната литература с неговите писма и панегирика на Траян, като подчертава, че Аристон е бил правен съветник на този император и особено ценен от него. Улпиан също често възхвалява мнението на Аристон. Струва си да отбележим това, тъй като римските юристи не са били склонни да се хвалят един друг неоснователно.

Аристон твърди, че по отношение на горните примери на така наречените днес ненаименовани договори, е видимо присъствието на *synállagma* и затова можело да възникне гражданен иск (текстът говори за гражданска облигация, но е очевидно е интерполиран). След това разглежда един конкретен казус на даване на вещь, за да извърши друг нещо, в който получателят е евинциран, т.е. губи делото в съда срещу трето лице, което претендира право на собственост върху предадената вещь. В края на текста се повтаря мнението на Аристон, според който този казус може да бъде определен като *synállagma*, което в текста се тълкува като синоним на договор – казус, от който възниква гражданен иск, а не обикновен иск *in factum*.

Първоначалният текст, с който обикновено се свързва цитирането на *synállagma* от тези двама римски юристи, е от Никомаховата етика на Аристотел (1130b II. 30- 33 и 1131a II. 1- 9). С удивление видях, че има различни преводи на този текст и затова се осмелих да предложа един мой превод, който е възможно най-близък до дословния текст. Излишно е да казвам, че това е един от централните текстове на философията на правото. Тук по повод на така наречената особена справедливост е направено разграничението между двете функции, които може да изпълнява справедливостта (дистрибутивна и корективна или комутативна. Определена трудност представлява преводът на термина *synállagma*, който в правната област е свързан със законосъобразна или незаконосъобразна търговската дейност. *Synállagma* е контактът между две лица, движени от намерението да сключат сделка или от даден незаконосъобразен акт (деликт или престъпление), което поражда правно действие между тях. Терминът е превеждан като „човешко отношение“, но този превод е доста погрешен. Превеждан е и като „обществено отношение“. Както казах, става дума за отношение между лица въз основа на законосъобразно или незаконосъобразно действие, което ги свързва.

„За особената справедливост и справедливото от една страна е един вид [или форма<sup>25</sup>], която се отнася до разпределението на привилегии или на пари или други общи неща между участниците в гражданската общност (тъй като и при това е възможно някой да има равна или неравна част спрямо другото); от друга страна това е форма, която се отнася до корекция в отношенията, <установени между лицата>. Тези форми са два вида, тъй като някои отношения са доброволни, а други – недоброволни. Доброволни са продажбата, покупката, лихвеният заем, поръчителството [в римското право - *fideiussio*], заема за послужване, залога и наема (които се наричат доброволни, тъй като създаването на тези отношения е доброволно); недоброволните са, от една страна, извършени тайно, като кражбата, прелюбодеянието, отровителството [или магьосническите практики], сводничеството [или проституцията], корумпирането на роби, причиняването на смърт чрез предателство или даване на неверни показания; от друга страна те са насилствени, като побоят, лишаването от свобода, убийството, грабежът, изнудването, телесната повреда, клеветата, обидата“<sup>26</sup>.

Някои автори виждат в това класифициране прецедент на римското разделение на източниците на задълженията на договор и деликт. Но струва ми се, че това е пресилено тълкуване.

От друга страна се пита какво се има предвид, когато се прави разлика между доброволни и недоброволни отношения, тъй като всички са доброволни. Твърди се, че при вторите по-скоро е недоброволен предизвиканият от тях ефект. Деликвентът

<sup>25</sup> Скобите са на автора и служат да допълнят смисъла на съответния гръцки текст.

<sup>26</sup> *τῆς δὲ κατὰ μέρος δικαιοσύνης καὶ τοῦ κατ’ αὐτὴν δικαίου ἐν μὲν ἐστὶν εἶδος τὸ ἐν ταῖς διανομαῖς τιμῆς ἢ χρημάτων ἢ τῶν ἄλλων ὅσα μεριστὰ τοῖς κοινοῦσι τῆς πολιτείας (ἐν τούτοις γὰρ ἐστὶ καὶ ἄνισον ἔχειν καὶ ἴσον ἕτερον ἑτέρου), ἐν δὲ τὸ ἐν τοῖς συναλλάγμασι διορθωτικόν. τούτου δὲ μέρη δύο: τῶν γὰρ συναλλαγμάτων τὰ μὲν ἐκούσια ἐστὶ τὰ δ’ ἀκούσια, ἐκούσια μὲν τὰ τοιάδε οἷον πρᾶσις ὠνὴ δανεισμὸς ἐγγύη χρῆσις παρακαταθήκη μίσθωσις (ἐκούσια δὲ λέγεται, ὅτι ἡ ἀρχὴ τῶν συναλλαγμάτων τούτων ἐκούσιος, τῶν δ’ ἀκουσίων τὰ μὲν λαθραῖα, οἷον κλοπὴ μοιχεῖα φαρμακεία προαγωγεία δουλαπατία δολοφονία ψευδομαρτυρία, τὰ δὲ βίαια, οἷον αἰκία δεσμὸς θάνατος ἀρπαγὴ πῆρωςις κακηγορία προπηλακισμὸς. Преводът е на автора (б.ред.)*

За тълкуването на този текст по отношение на римското право - BISCARDI, A. *Quod Graeci synallagma vocant.* – *Labeo*, 29, 1983, p. 133 ss.; BABUSIAUX, U. *Quod Graeci...vocant – Emblematischer Codewechsel in den Juristenschriften.* – In: *Inter cives necnon peregrinos. Essays in honour of Boudewijn Sirks*; HALLEBEEK, J., et al eds. Goettingen: V&R Unipress, 2014., p. 35 ss .

не желае неговото действие да предизвика правен ефект срещу него. Твърди се също така, че макар при недоброволните форми деликвентът да действа доброволно, жертвата понася противно на волята си действие на агресора. Аристотел вероятно нарича доброволни отношенията, възникнали между лица само с тяхното съгласие<sup>27</sup>.

Във връзка със споменаването в римските правни текстове на термина *synallagma*, текстът на Аристотел изглежда е свързан с него, макар това да не е съвсем безспорно, както казах. Обаче при корективната (или комутативна) функция на аристотеловата *synallagma* може би е по-подходящо тълкуването на Аристон отколкото това на Лабен, което набляга на реципрочния характер на задълженията<sup>28</sup>. Не се вписват в схемата на августовия юрист казусите на лихвения заем, поръчителството и може би в определена степен заемът за послужване комодатът (поради закрилата му в класическото право с *actio bonae fidei*).

Що се отнася до Аристон, смайващо е сходството на понятието *causa*, с което той борави в един основополагащ текст за разбирането на проблематиката, свързана с каузата в теорията за договора, с понятието *consideration* в *Common Law*. Твърди се, че англо-американското понятие *consideration* е близко до *causa* в системата на цивилното или римско-германското право, макар да има и дълбоки различия между тях. Нека поясним това. Под *consideration* в англо-американската система се разбира сериозно и обосновано намерение на една от страните да породи задължение за себе си. *Grosso modo*, това се приема поради наличието на клауза *quid pro quo* (нещо в замяна на друго нещо), макар да не е необходима равностойност между предмета на задължението, чието възникване се цели, и съответната контрапрестация на другата страна. Сериозността на намерението лишава от задължителност облигационните отношения в семейната сфера (например между родители и деца), а основателността изисква наличие на ефективна контрапрестация, което изключва *ab initio* даренията, които не са изискуеми в *Common Law*, освен ако не бъдат оформени официално в документ (*under seal*). Освен това *consideration* не може да се основава на минал факт, както

---

<sup>27</sup> Вж. с. 490, бел. 432 на превода на италиански от Carlo Natali от Editori Laterza.

<sup>28</sup> В този смисъл вж. GALLO, F., *op. cit.*, p. 112, n. 3.

би могло да се случи при паричните дарения, а трябва винаги да съставлява бъдещ факт. Както се вижда, в случая това не важи за всяко споразумение<sup>29</sup>.

В романистичната доктрина се спори дали понятието за *causa*, използвано в този текст, има субективно значение (емпиричното намерение) или се доближава до обективния смисъл, въплътен в сделката между страните. Както знаем, италианската цивилистична доктрина от първата половина на XX век въведе едно интересно ново схващане за каузата като „социално-икономическа цел“ на сделката, която в крайна сметка се слива с нея (затова и италианското предложение нямаше успех в доктрината). Но ако използваме теорията за *consideration*, може би ще се доближим повече до истинската мисъл, колкото и парадоксално да изглежда това<sup>30</sup>.

В текста на Аристон това, което се отъждествява с договора (*contractus*), не е каузата, а *synallagma*-та: „тъй като има договор – което Аристон нарича *synallagma*, който поражда акцията“<sup>31</sup>. Това, което занимава този юрист, е дали задължението може да възникне или не, т.е. дали е оправдано това да се случи: „Обаче макар съглашението (*conventio*) да не преминава към друг договор, в основата остава една кауза и Аристон отговорил много точно (*eleganter*) на Целз, че има задължение“. Целз очевидно не е смятал така и отнасял този казус към сферата на неоснователното обогатяване, за което се предоставял съответен иск (*condictio*). С него се предявявало искане за възстановяване само на онова, с което се е

---

<sup>29</sup> OUGHTON, D.; DAVIS, M. *Source Book on Contract Law*. 2<sup>nd</sup> ed. London – Sidney: Cavendish Publishing Ltd., 2000, p. 97 ss.

<sup>30</sup> Този сблъсък на традициите не е нов в доктрината и е подчертаван от авторите относно Common Law. Вж. BUCKLAND, W. W.; MACNAIR, A. D. *Derecho Romano y „Common Law“ (Una comparación en esbozo)*. Trad. Ignacio Cremades. 2<sup>rev.</sup> ed. Madrid: Universidad Complutense Facultad de Derecho – Fundación Seminario de Derecho Romano „Ursicino Álvarez“, 1994. p. 211–225. MACCORMACK, G. *Contractual theory and the innominate contracts.- SDHI*, 51, 1985, p. 131. Вж. също: ALPA, G. *Causa e contratto: profili attuali*. – In: *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. Il Congresso Internazionale ARISTEC*. (Palermo, 7-8 giugno 1995). VACCA, L. (ed.), Torino: G. Giappichelli, 1997., p. 245-283.

<sup>31</sup> Вж. DALLA MASSARA, T. *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*. Padova: CEDAM, 2004. От същия автор е и по новата статия ID. *La causa del contratto nel pensiero di Aristone: Della necessità di un concetto*. – In: *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*. Vol. XXII. Madrid: Marcial Pons ed., 2009, p. 251-292.

обогатила другата страна, но по никакъв начин не можело да се поиска някакво различие от това поведение от нея. Това е първоначалният въпрос.

Както знаем, задължението и искът са тясно свързани, затова по-нататък юристът се пита дали възниква иск за търсене изпълнението на това задължение и от кой вид е той: « ... като например „дадох ти нещо, за да ми дадеш друго“ или „дадох ти, за да направиш нещо“, и че това е *synállagma*, и че от тук възниква един граждански иск <actio>». Споменаването на предполагаемо гражданско задължение не би следвало да се приеме, тъй като очевидно става дума за граждански иск (*actio civilis* в противовес на *actio in factum*). Промяната според мен показва желанието по същество да се обоснове задължението. Тук „*causa*“ може би има значението на споменатото по-горе *quid pro quo*. Задължението на другата страна да „направи нещо“ възниква при условие, че аз изпълня моята престация да „дам нещо“. Каузата за престацията за *facere* е моята престация за *dare*. Смесът на „*causa*“ обединява двете плоскости – обективна и субективна. Това е *quid pro quo*, разглеждано през субективната призма на задължението, което желаем да възникне.

Даденият в този текст пример се повтаря и в други текстове. Един от тях е на Паул (Paul. 5 *quaest.* D.19.5.5.2) в титла „*de praescriptis verbis*“ (D. 19.5), който се взема като референция от Jean Domat<sup>32</sup>, за да развие своята теория за каузата, оказала силно влияние върху френския Граждански кодекс (до последната реформа през 2016 г., с която се премахва каузата като предпоставка за съществуването на договора) и върху испанския Граждански кодекс (който засега запазва изискването за кауза). Член 1261 на испанския Граждански кодекс изисква като трети реквизит на договора „кауза/причина на задължението, което се създава“, а в член 1274, с груба непрецизност са объркани възмездните с двустранните договори, като се приема, че „във възмездните договори под кауза се разбира, за всяка една от страните, престацията или обещанието за вещь или услуга от другата страна...“. Очевидно е влиянието на Domat<sup>33</sup>, съответно и влиянието на

---

<sup>32</sup> Вж. DOMAT, J. *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public, et legum delectus* I. Paris: Durand, 1777: за нищожността на съглашенията без кауза (1.1.5, р. 16, където цитира също *synállagma*-та на Лабенон –*ultra citroque obligatio*– без да си дава сметка, че юристът говори за друго); за нищожността на една облигация без кауза - (1.5.13, р. 25).

<sup>33</sup> Ако разгледаме внимателно римските текстове може да открием като възможна причина за объркването, че Domat взима под внимание групата фрагменти, отнасящи се за

римските текстове върху него, по-специално относно фактическия казус „давам ти нещо, за да извършиш друго нещо“. Съвременната цивилистика остро критикува тази идея на френския автор от XVII в., коригирана един век по-късно от Pothier, който в своя *Трактат за задълженията*<sup>34</sup> категорично твърди, че каузата на задължението е договорът. Любопитно е, че тази идея, която цивилистиката приема днес, произтича от римската юриспруденция и по-точно от Гай.

От друга страна, в доктрината се води спор дали със своята дефиниция Лабен е искал да даде максимална защита на ненаименованите договори, позволявайки преторът с едно словесно уточнение в *praescriptio* да може лесно да адаптира формулата на цивилните иски към новите казуси. Несъмнено Лабен е създателят на *agere praescriptis verbis*. От своя страна Аристон, повлиян от Сабин, макар и непринадлежащ официално към никоя школа, е могъл да избере решението, определено от членовете на тази школа и състоящо се в това казусите да се адаптират към един предварително типизиран модел на договор.

## 7. Връзка с consideration в Common Law

След като преодоляхме твърдата обвързаност на идеята за договора (контракта) с тази за споразумението, представена в съвременните учебници по право като преодолела старите формалности на римското право, сега може да надникнем в Common Law и да разгледаме въпроса по друг начин.

В американското право така нареченото Restatement of contracts (2) е интересна инициатива за кодифициране на правните норми в областта на договорите, иницирана от American Law Institute, който интегрира системно принципи и правила в областта на договорите, за да благоприятства еднаквото им прилагане във федералните закони в САЩ. Параграф 1 ни изненадва с една особена дефиниция на договора: „Договор е обещание или съвкупност от

---

ненаименованите договори от типа „*do ut des*“, „*do ut facia*“..., т.е. в които релевантно е присъствието на *quid pro quo*, което препраща към концептуалната схема „изгода-контра изгода“. Това е основата, на която стъпва Аристон в теорията си за *synállagma*, различна от теорията на Лабен, основаваща се на реципрочния характер на задълженията.

<sup>34</sup> Вж. POTHIER, R. J. *Traité des obligations*. T. I. Paris–Orléans, 1761, p. 4.



обещания, за чието изпълнение правото предоставя решение, или чието изпълнение е признато в някаква степен от правото като дълг“. Дефиницията е на известния американският юрист Samuel Williston, който я формулира по този начин в своя труд *The Law of Contracts* (New York 1921).

Тук може да цитираме становището на онези автори, които като констатираме, че договорът може да се дефинира като обещание, се отказват от по-нататъшен прочит и твърдят, че традицията на *Common Law* няма нищо общо или има много малко допирни точки с нашата традиция. Аз съм по-склонен да направим един по-задълбочен анализ и сравнение на двете традиции, като съзнавам, че сравнителният анализ не може да се сведе до таблица на сходствата и различията. Обратно – историко-догматичният фактор (в частност римското право и неговият втори и трети живот до наши дни) дава едно полезно поле за сравнение. Така например като начало може да кажем, че изборът на английския термин за обещание (*promise*) прави връзка с нашата най-чиста правна традиция, която се корени в споменатите вече понятия конвенция, договор, пакт и едностранно обещание.

Виждаме, че американската дефиниция за договор прави разлика между едностранния договор (едно обещание) и двустранния договор (съвкупност от обещания). Първият се възприема като обещание от едната страна в замяна на действие от другата страна

Виждаме това в създалия прецедент прословут казус от края на XIX в., свързан с публичното огласяване от една фирма, че е изобретила „карболова димна топка“ (*Carbolic smoke ball*), която уж имунизираше срещу всички дихателни инфекциозни и заразни болести всекиго, който вдишал изпаренията ѝ. Инхалациите трябвало да се правят ежедневно по посочен начин в продължение на определено време. (*Carlill v. Carbolic Smoke Ball Company Ltd. [1893] 1 QB 256*). Съобщението гласяло още, че всеки който, макар да е спазвал указанията за инхалациите, се зарази от такава болест, може да предяви иск пред компанията за 100 лири – една доста висока сума за онова време. Иск срещу фирмата подала *Mrs. Carlill*, която заявила, че е заболяла, макар да е следвала стриктно инструкциите за инхалиране.

Този казус поражда интересни правни въпроси. Един от тях е дали съобщението на компанията е било покана за получаване на оферти, (*inuitatio ad offerendum*), един вид рекламна „кукичка“, или просто едно предложение. Накрая британският Апелативен съд приема второто. Ако сравним този казус с казуса на Аристон откриваме поразителни прилики.

В римския казус обещанието да се направи нещо съответства на обещанието да се плати определена парична сума в английския казус. И двете задължения имат *consideration* (*causa* съгласно аристотеловата терминология). Придава им го един факт, с който обещанието е тясно свързано в рамките на *synallagma*: в римския казус – „даването“ от другата страна, в английския казус – не само, че някой е придобил продукта съгласно определените условия, но е изпитал изпълнението на едно от тях, от което зависи изискуемостта на задължението на предприятието да плати, а именно получаването на респираторно заболяване.

Много по-близка до английската е римската фигура „*policitatio*“, която практически е едно едностранно обещание. Полето на приложение на тази фигура било особено. Кандидатите да заемат високи постове в муниципията, които се явявали на съответните избори, давали обещания на жителите ѝ. Често това били заможни хора, които обещавали да построят големи обществени обекти (нови водопроводи, ремонт на обществените пътища, изграждане на театри и библиотеки и др.). В римското право се тълкувало, че тези едностранни обещания са изискуеми по съдебен ред, ако кандидатът спечели изборите и заеме желаната длъжност. В Рим политическите обещания се вземали на сериозно. Както виждаме тук, схемата на идеята напомня английската (или по-скоро обратното).

Любопитен факт е, че в началото на своя *Трактат за задълженията*<sup>35</sup> Pothier омаловажава римския институт *policitatio* и отрича приложимостта му във френското право, защото не можел да предвиди невероятния последващ живот на тази фигура, включена в съвременните законодателства като „едностранно обещание“.

---

<sup>35</sup> *Op. cit.*, p. 8-9.

## 8. Пакт, едностранно обещание и съвременната конструкция на договора

Нима сме свидетели на капитулиране на договорната система на континентална Европа пред Common Law? Не мисля. Ако се върнем към един от текстовете на юриста Улпиан, който определихме като основен в системата на нашето гражданско право и в който се прави разлика между *pactum* и *pollicitatio*, виждаме веднага една любопитна обща черта между един от ключовите фрагменти на нашата съвременна договорна система и американската дефиниция за договор.

Този текст дефинира пакта като „съглашение и конвенция между две лица“, докато *pollicitatio* е „предложение само на оферента“<sup>36</sup>. Другият текст, който също е много добре познат (Ulp. 4 ed. D.2.14.1.1), в началото на титула *de pactis* на Юстиниановите Дигести (D. 2.14), дефинира пакта като „договореното и със съгласието на две или повече лица относно едно и също нещо (*in idem*)“<sup>37</sup>. Трябва да поясним, че постигането на съгласие относно едно и също нещо придава договорно естество на акта.

Да видим сега още един признак за ранното възприемане от романистичната традиция на идеята за едностранното обещание в рамките на общата теория за договорите, изградена с римски материал на основата на понятието „пакт“ (което предхожда с векове понятието за контракт). Удивително е, че догматичната история на договора в нашата система не се изгражда на основата на думата *contractus*, макар да не е трудно да я намерим с едно общо, генерично значение в римските източници<sup>38</sup>, а на *pactum*. Средновековните юристи говорят за шест вида „облечени пактове“, т.е. защитени с иск (*actio*) – чрез вещь (*re*), думи (*verbis*), съгласие (*consensu*), писмен документ (*litteris*), добавяне (*adiecta*), с включване на факт или на вещь (*rei interventu*). Така прави гениалният болонски глосатор Azon. Това, което

---

<sup>36</sup> D. 50.12.3.pr. (Ulp. 4 *disput.*) „Пакт е съгласието и споразумението между двама; полицитацията (едностранното обещание) е обещанието само на оферента“ (*Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum*).

<sup>37</sup> D. 2.14.1–2 (Ulp. 4 ed.) *Pactum autem a pactione dicitur; inde etiam pacis nomen appellatum est. Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus*.

<sup>38</sup> Например в D. 50.17.23 (Ulp. 29 *ad Sabinum*).

обикновено не се казва, или поне аз не съм го виждал изречено или написано, е че е добавен един седми вид – „с предаване на вещь в началото“ (*rei principio*). Нареченият по този начин пакт е всъщност римското *polcitatio*, т.е. едностранното обещание.

Така че не *contractus*, а *pactum* е избраната през вековете дума от юристите за развитието на една обща теория *ad hoc*. Дори холандската юриспруденция от XVII и XVIII век я възприема като ключов елемент на договорната система - например Vinnius в своя трактат *De pactis* (Leiden 1646). Самата немска дума „Vertrag“, въведена от юснатуралиста рационалист Christian Wolff<sup>39</sup>, се отнася не толкова за договора, колкото до идеята, изразена с термина „пакт“. Немският глагол *sich vertragen*, който е в основата на „Vertrag“, означава по-скоро „разрешение между страните“, което е характерно за пакта, а не толкова споразумение, целящо да регламентира интересите на страните. Обаче *Vereinbarung* съвпада по-скоро с римската дума *conuentio*. Трябва да кажем, че съвременният германски Граждански кодекс не съдържа дефиниция на термина договор, но говори за неговото действие в § 305.

Обещанието също е ключов елемент на договорната система. В него се взират канонистите, които изтъкват значението на това да се спазва дадената дума (*fides*) и в съответствие с евангелските разпоредби да се избягват клетвите в името на Бога. Те благоприятстват по-голямата гъвкавост на формите за поемане на задължение. Изтъкнатият канонист San Raimundo de Peñafort, известен с творбата си *Decretales de Gregorio IX*, санкционира принципа за задължителност на изпълнението на договореното в пакта (*lib. I, tit. XXXV [De pactis], cap. 1 [Pacta quantuncumque nuda seruanda sunt]*). От друга страна, Уредбата на Алкала през 1348 г. е важен момент в това отношение в историята на испанското право и е оставила отпечатък и следа в цяла Европа.

Освен обещанието, вторият вид договор, приет от Common Law, е „съвкупността от обещания“ (*set of promises*), като се подразбира, че те са

---

<sup>39</sup> *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts*, Halle, 1754 § 438 (цитирано от: ZIMMERMANN, R. *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*. Oxford - New York: Clarendon Press, 1996, p. 568, n. 150).

реципрочни. Трябва да поясним, че под обещание не се разбира непосредствено „даване“, а поемане на ангажимент от декларатора. Под съвкупност от обещания не се разбира само даването на съгласие от едната и от другата страна. Изразът „съвкупност от обещания“ дава идеята за определена връзка между обещанията, т.е. реципрочност. Както виждаме, не сме далеч от дефиницията на Лабенон за договор.

## **9. Римската теория за договора и съвременната международна търговия**

Това понятие е навлязло дори в международната търговия. Както казва Adame<sup>40</sup> – „договорът не може да е само обещанието, така както едно лице не е само неговото раждане. Това, което се запазва, след като се даде съгласието и докато настъпи изпълнението, са задълженията“. Лабеноновото понятие за договор се вписва много добре в принципите на международната търговия, например принципите UNIDROIT, които също не предлагат дефиниция за международен договор. Линията, свързваща реципрочността на задълженията с добросъвестността, се различава от другите видове сделки като борсовите или свързаните с кредитни ценни книжа (например менителница)<sup>41</sup>, които се ръководят от други принципи. Членове 6.1.4 и 7.1.3 на Принципите на Unidroit, говорят конкретно за качеството взаимна обвързаност на задълженията.

От друга страна, може би единствената в рамките на Европа дефиниция на договора се съдържа в Директива 90/314 ЕИО на Съвета от 13 юни 1999 г. относно пакетните туристически пътувания, пакетните туристически ваканции и пакетните туристически обиколки гласи: „договор“ означава споразумението, което обвързва потребителя с организатора и/или продавача на дребно.<sup>42</sup> Изненадващо е, че в

---

<sup>40</sup> ADAME GODDARD, J. *Hacia un concepto internacional de contrato (o la interpretación de la palabra „contrato“ en los Principios de Unidroit.* – In: *Contractacion internacional. Comentarios a los principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit.* México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, p. 26.

<sup>41</sup> ADAME GODDARD, J., *op. cit.*, p. 30.

<sup>42</sup> VV. AA. (*Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française*). *European Contract Law. Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding*

Общата референтна рамка не съществува единна дефиниция на договора. Усеца се една законодателна тенденция да се привилегирова определено икономическо схващане за договора на основата на реципрочността<sup>43</sup>.

Принципите на европейското договорно право също не дават дефиниция на договора и само Проектът от Павия предоставя едно определение в своя член 1: „Договор е споразумението между две или повече страни за установяване, регулиране, модифициране или погасяване на дадено правно отношение между тези страни. Може да поражда задължения или други последствия само за една от страните. (...)“ Тук очевидно става дума за така наречените едностранни обещания – член 23, или за едностранните актове (членове 4 и 20). Френският Граждански кодекс в настоящата си редакция има предвид заключенията от този проект.

## 10. Заключение

Историко-догматичното изследване на правото дава дълбока визия за явлението, която надхвърля с дълбочината си доктриналната линия, въплътена в последните редакции на съвременните кодекси и закони. Романисти като Friedrich Carl von Savigny, Ernst Rabel или Vittorio Scialoja, създали значимите институции като Savigny Zeitschrift или институтите Max Planck и Unidroit, ни приканват да размишляваме относно задължението на университетите да ориентират обществото, а не да го следват сервилно в начините за задоволяване на съвременните потребности. В атмосфера на *bellum iuridicum* или още по-добре – на диалог и конфронтиране на двете големи правни традиции – нашата и тази на Common Law, не вършат никаква работа отстъпленията, погазването на принципи и сляпото следване на иновациите в последния момент.

---

*Principles, Model Rules*. FAUVARQUE–COSSON, B., MAZEAUD, D. eds. Munich: Sellier. European law publishers, 2008, p. 7.

<sup>43</sup> *Op. cit.*, p. 7.

## CONTRAHERE OBLIGATIONEM В КЛАСИЧЕСКОТО РИМСКО ПРАВО\* (НА БЪЛГАРСКИ ЕЗИК)

**Проф. д-р Адолфо Вегман Стокебранд**

Потификален католически университет на Чили, Сантяго, Чили

**Резюме:** В тази статия е направен опит да се покаже грешката, която се допуска, като се слага знак за равенство между латинската синтагма *contrahere obligationem* и съвременната идея за сключване на договора – явление, което води до формирането на една невярна ретроспективна конструкция поради анахроничното прилагане на едно съвременно догматично понятие към римския правен опит. В класическото римско право изразът *contrahere obligationem* е алюзия за конкретната законосъобразна дейност, осъществена от даден правен субект с цел да породи някакво задължение, т. е. кауза – *causa obligationum*.

**Ключови думи:** *contrahere obligationem*; договорни задължения; кауза на задължението.

---

\* Статията със заглавие „*Contrahere obligationem en el derecho romano clásico*“ е публикувана в *Revista de derecho (Valdivia)*, 32.1, 2019, р. 9-27 и е предоставена за превод на български език и издаване с изричното съгласие на автора и издателя

## CONTRAHERE OBLIGATIONEM IN CLASSICAL ROMAN LAW (BULGARIAN LANGUAGE)

**Prof. Adolfo Wegmann Stockebrand, PhD**

Pontifical Catholic University of Chile, Santiago, Chile

**Abstract:** This paper intends to demonstrate that it is a mistake to equate the Latin syntagm *contrahere obligationem* to the modern idea of concluding a contract, phenomenon that entails the formation of a false retrospective construction due to the anachronistic use of a modern dogmatic concept applied to the Roman legal experience. In classical Roman law, the phrase *contrahere obligationem* referred to the lawful and specific activity carried out by an agent in order to give rise to an obligation, meaning, regarding him, the *causa obligationum*.

**Keywords:** *Contrahere obligationem*; contractual obligations; cause of the obligation.



## I. Въведение

Системата на Пандектите или Дигестите – антологията на класическата римска юриспруденция, публикувана от византийския император Юстиниан през 529 г. като основна част на *Corpus Iuris (Civilis)*, не е системата на пандектната наука<sup>1</sup>. Докато събраните в Дигестите юриспруденциални текстове са крайъгълният камък на континенталната европейска правна традиция<sup>2</sup>, а следователно и на чилийското гражданско право, не може да се каже същото за подредбата на неговите материи<sup>3</sup>, която не отговаря на системните критерии на съвременната правна наука. Това поражда методологичното изискване да осъзнаем, че приписването на собствените ни догматични понятия на римския правен опит може да доведе до формирането на погрешни ретроспективни конструкции и анахронизми, които с нищо не допринасят за по-задълбоченото историческо разбиране на действащото право<sup>4</sup>, което е една от целите на така наречения

---

<sup>1</sup> За тази проблематика, която не може да бъде разгледана в детайли в тази статия, виж специално BRUTTI, M. *Storiografia e critica del sistema pandettistico*. – En: *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, vol. VIII, 1979, p. 317 ss.; BRETONE, M. *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*. 2<sup>a</sup> ed. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1982, p. IX; CUENA BOY, F. *Sistema jurídico y derecho romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana*. Santander, Universidad de Cantabria, 1998, p. 16 ss.; VACCA, L. *Metodo casistico e sistema prudenziale*. Padova, Cedam, 2006, p. 30. За формирането на пандектичната система виж SCHWARZ, A. *Zur Entstehung des modernen Pandektensystems*. – En: *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*. Vol. XLII, 1921, p. 578 ss.

<sup>2</sup> Тук задължително трябва да споменем творбата на Wieacker, 1967. Едно добро и сбито обобщение на испански език на историческото развитие на традицията предлага CASINOS MORA, F. J. *Nueve siglos de romanismo jurídico*. - *Rivista di Diritto Romano*, vol. II, 2002, p. 351 ss.

<sup>3</sup> Според самия Юстиниан (*Const. Deo auctore* § 5; *Const. Tanta/Dedooken* § 14), редът на материите в Дигестите следва реда на едикта на градския претор, който се концентрира върху процесуалните инструменти (акции, ексцепции, интердикти и др.), и не толкова върху фигурите (например договорните фигури) от материална гледна точка. Трябва да припомним, че римският исторически опит не познава съвременното разграничаване между материално или субстанциално право и формално право. За историческото развитие на тази системна структура - KOLLMANN, A. *Begriffs- und Problemgeschichte des Verhältnisses von formellem und ma-terielllem Recht*. Berlin, Duncker & Humblot, 1996, p. 27 ss.

<sup>4</sup> Относно опасността от анахронични конструкции в правно-историческото изследване и в частност по отношение на римските източници, виж HOETINK, H. R. *Über anachronistische Begriffsbildung in der Rechtsgeschichte*. – En: *Zeitschrift der Savigny Stiftung*

исторически компаративизъм, т. е. на диахроничното, а не само синхронично сравняване в явлението право<sup>5</sup>.

В тази статия разглеждам един типичен случай на объркване на понятия и последващ анахронизъм, при което се придава на латинската синтагма *contrahere obligationem* семантично поле, еквивалентно на сключването или сключването на договора – един присъщ на съвременната догматика израз, който съзнателно или несъзнателно предполага едно особено схващане за договора, което няма много общо с *obligationes contractae* на древните римляни. Планът ми за работа изисква да поговорим първо за различната употреба на глагола *contrahere* в римската юриспруденция (I), след което да засегна въпроса за класифицирането на каузите на задължението (*causae obligationum*) в *Institutiones* на Гай и значението на *contrahere obligationem*, което произтича от тази класификация (II). Това ще ни позволи да сравним това значение с нашата представа за сключване или сключване на договор (III) и да направим заключения относно римското договорно право и с какво се различава то от съвременното договорно право, както и перспективите за изследвания в тази материя (IV).

## II. Семантичен хоризонт на глагола *contrahere* в римската юриспруденция

---

*für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, vol. LXXII, 1955, p. 39 ss.; NÖRR, K. W. *Das römische Recht zwischen Technik und Substanz: Bemerkungen zu seiner Rolle am Ende des 20. Jahrhunderts*. En: *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, vol. II, 1994, p. 67 ss.; CRIFÒ, G. *Some Reflections on History and Dogma as Jurists' Tools*. – En: Cairns y Robinson (ed.). *Critical Studies in Ancient Law, Comparative Law and Legal History. Essays in Honour of Alan Watson*, Oxford/Portland, Hart, 1995, p. 37 ss.; AVENARIUS, M. *Tradition, Vorverständnis und Wirkungsgeschichte der Quellen. Vom Einfluß der geisteswissenschaftlichen Hermeneutik auf das romanistische Verstehen*. – En: El mismo (ed.), *Hermeneutik der Quellentexte des Römischen Rechts*. Baden-Baden, Nomos, 2008, p. 9 ss.

<sup>5</sup> За природата на историческия компаративизъм като метод виж WATSON, A. *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*. Edinburgh, Scottish Academic Press, 1974. Виж също WATSON, A. *Roman Law and Comparative Law*. Athens, The University of Georgia Press, 1991, p. 97 ss.; GORDLEY, J. *Comparative Law and Legal History*. – En: Reimann y Zimmermann (ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 754 ss.; LÖHNIG, M. *Comparative Law and Legal History: A Few Words about Comparative Legal History*. – En: Adams y Heirbaut (ed.). *The Method and Culture of Comparative Law. Essays in Honour of Mark Van Hoecke*. Oxford/Portland, Hart, 2014, p. 113 ss.

Първият проблем, пред който се изправяме като изследваме латинската синтаagma *contrahere obligationem* в класическото римско право, е обстоятелството, че в източниците този глагол е използван нееднозначно. Латинският глагол *contrahere* е полисемичен или с други думи той няма специфично единно значение. Това важи не само за литературните текстове<sup>6</sup>, но и за такива с правно-техническо съдържание<sup>7</sup>. Затова анализът на използването му трябва да бъде контекстуален. В някои юриспруденциални фрагменти думата се появява в ситуации, които са твърде далеч от съвременната идея за „склучвам“ или „договарям“, като например „заделяне на определено количество зърно за определена цел“<sup>8</sup>, „събиране на тълпа“<sup>9</sup> или „събирам определена сума пари“<sup>10</sup>. Видно е, че във всички тези случаи става дума за едно първично значение на *cum-trahere*, (откъдето произлиза и

---

<sup>6</sup> Анализът на употребата на глагола *contrahere* в неюридически текстове не е цел на тази статия и затова ще се позовем на вече класическото изследване на WUNNER, S. E. *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht*. Köln/Graz, Böhlau, 1964, p. 10 ss.

<sup>7</sup> По този въпрос виж HEUMANN, H. G., E. SECKEL. *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*. 9<sup>a</sup> ed. Jena, Verlag von Gustav Fischer, 1926, p. 105. Вж. по-новата литература - MELILLO, G. *Contrahere, pacisci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*. Napoli, Liguori, 1994, p. 125 ss.; GUZMÁN BRITO, A. *Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del derecho europeo e iberoamericano*. Cizur Menor, Aranzadi, 2005, p. 33 ss. Виж също (за по-старата библиография) BETTI, E. *Sul significato di 'contrahere' in Gaio e sulla non-classicità della deno-minazione 'quasi ex contractu obligatio'*. – En: *Bullettino dell' Istituto di Diritto Romano 'Vittorio Scialoja'*, vol. XXV, 1912, p. 65 ss.; същият, *Sul valore dogmatico della categoria 'contrahere' in giuristi proculiani e sabiniani*. – En: *Bullettino dell' Istituto di Diritto Romano 'Vittorio Scialoja'*, vol. XXVIII, 1915, p. 10 ss.; DE FRANCISCI, P. *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati II*. Pavia, Mattei, 1916, p. 213 ss.; RICCOBONO, S. *La formazione della teoria generale del contractus nel periodo della giurisprudenza classica*. – En: *Studi in onore die Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento I*. Milano, Giuffrè, 1930, p. 123 ss.; LAURIA, M. *Contractus, delictum, obligatio (a proposito di recenti studi)*. – En: *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, vol. IV, 1938, p. 165 ss.; VOCI, P. *La dottrina romana del contratto*. Milano, Giuffrè, 1946, p. 11 ss.; GROSSO, G. *Il sistema romano dei contratti*. 3<sup>a</sup> ed. Torino, Giappichelli, 1963, p. 29 ss.; WUNNER, *cit.*, p. 4 ss.; WOŁODKIEWICZ, W. *Contrahere–contractum–contractus dans le droit romain classique*. – En: Kupiszewski y el mismo (ed.). *Le droit romain et sa reception en Europe*. Warszawa, Fac. de Droit et d'Administration, 1978, p. 295 ss.

<sup>8</sup> D. 49.5.7pr. (Paul. l.s. de appell.).

<sup>9</sup> D. 47.8.4.6 (Ulp. 56 ad ed.).

<sup>10</sup> D. 30.96pr. (Iul. 39 dig.).

изследваният от нас глагол) като „събирам в едно“ или „обединявам две или повече неща“<sup>11</sup>.

Дори може да срещнем текстове, в които *contrahere* е използвано в ситуация по-скоро противоположна на сключвам или договарям, като например „извършвам престъпление“. Както ще видим по-нататък<sup>12</sup>, в своите *Institutiones* Гай класифицира задълженията на произтичащи от договор (*obligationes ex contractu*) и произтичащи от престъпление (*obligationes ex delicto*)<sup>13</sup>, което означава, че за юриста в първата група (*contractus*) попада всяко законосъобразно действие, пораждащо задължения, на което се противопоставя незаконосъобразното деяние (*delictum*). Това обаче не пречи Гай да приема – по повод на системно-дидактическото разграничение, което прави на телесните и нетелесните неща, че сред последните попадат „сключените“ по какъвто и да било начин задължения (*obligationes quoquo modo contractae*)<sup>14</sup>, и един от видовете такива задължения са деликтните, както пише в IG. 3,88. Също така в Дигестите глаголът *contrahere* е използван и при описване на извършването на престъпления изобщо<sup>15</sup>, на едно престъпление<sup>16</sup>, на сексуално насилие<sup>17</sup>, измама<sup>18</sup> или причиняване на щета<sup>19</sup>. В една конституция на император Каракала (211-217) се използва формулировката „сключвам кражба“ в смисъл на „извършвам това престъпление“<sup>20</sup>. Очевидно в римските правни източници не виждаме едно задължително отъждествяване на *contrahere* със „сключване на договор“.

Много повече са случаите, в които римските юристи използват глагола *contrahere* в смисъл на учредяване на задължаващо правотношение въз основа на

---

<sup>11</sup> HEUMANN, H. G., E. SECKEL, *cit.*, p. 105.

<sup>12</sup> *Infra*, II.

<sup>13</sup> IG. 3.88: (...) *omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*.

<sup>14</sup> IG. 2.14: *Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas ususfructus obligationes quoquo modo contractae (...)*. Очевидно като включва задълженията сред нетелесните неща Гай мисли за активния аспект на правоотношението, или за това, което ние наричаме персонално право или кредит. Виж GIUFFRÈ, V. *La definizione di 'obligatio' nelle 'Gai Institutiones'. Un'isola che non c'è? - Iura: rivista internazionale di diritto romano e antico*, vol. LXIV, 2016, p. 108 ss.

<sup>15</sup> D. 1.3.1 (Pap. 1 def.).

<sup>16</sup> D. 12.5.2.2 (Ulp. 26 ad ed.).

<sup>17</sup> D. 34.9.16.1 (Pap. 8 resp.).

<sup>18</sup> D. 39.4.8pr. (Pap. 3 resp.).

<sup>19</sup> D. 26.7.57pr. (Scaev. 10 dig.).

<sup>20</sup> C. 7.26.1pr. (Anton., a. 213).

законосъобразен акт, обикновено, макар и не винаги, с двустранна структура, което предполага доброволно споразумение<sup>21</sup>. Срещаме например изразите *contrahere negotium* (склучвам сделка)<sup>22</sup>, *contrahere stipulationem* (склучвам стипулация)<sup>23</sup>, *contrahere hypothecam* (склучвам ипотека)<sup>24</sup>, *nomina contrahere* (придобивам кредити)<sup>25</sup>, и дори *contrahere servitutem* за учредяване на сервитут<sup>26</sup>. За сметка на това този глагол е изключен от употреба в завещателното право (където господства едностранността на волеизявленията)<sup>27</sup>, и, макар и не напълно, от наследственото право<sup>28</sup>.

И така, в правния език глаголът *contrahere* се употребява в един по-скоро ограничен смисъл, отъждествим с играждането на едно задължаващо отношение чрез законосъобразен пакт, често (макар и не непременно) с двустранна структура (основана на *conventio*), макар не винаги да е така, както показват цитираните токущо примери за употребата на тази дума в смисъл на извършване и на незаконосъобразни действия, които трудно може да се каже, че предполагат споразумение между извършителя и жертвата. Така или иначе, в светлината на

<sup>21</sup> Срв. GUZMÁN BRITO, *cit.*, p. 34.

<sup>22</sup> Виж напр. IG. 3.90; D. 44.7.2.2 (= IG. 3.136); D. 44.7.16 (Iul. 13 dig.); D. 45.1.5pr. (Pomp. 26 ad Sab.).

<sup>23</sup> Например D. 40.13.4 (Paul. 12 quaest.).

<sup>24</sup> Например D. 20.1.4 (Gai. I.s. form. hyp.).

<sup>25</sup> Например D. 3.5.36.1 (Paul. 1 sent.).

<sup>26</sup> D. 8.3.13pr. (Iav. 10 ex Cass.).

<sup>27</sup> Това твърди Улпиан в D. 50.16.20 (Ulp. 12 ad ed.): *Verba 'contraxerunt', 'gesserunt' non pertinent ad testandi ius.*

<sup>28</sup> Виж D. 42.4.3.3 (Ulp. 59 ad ed.), фрагмент, в който изглежда, че един *pupillus* поема/склучва приемайки едно наследство. В това тълкувание внася нюанс GUZMÁN BRITO, *cit.*, p. 35 (n. 40), според който в случая употребата на глагола *contrahere* не се отнася за приемането на наследството само по себе си, а за факта, че посредством този акт се сключват кредити, дългове и т.н. Трябва да имаме предвид обаче, че има текстове, от които може да заключим, че Улпиан, както и Гай (IG. 3.88), в определени случаи не би приложил разделянето на две на източниците на задължения, в смисъл, че всички задължения се пораждат от договор контракт или от деликт, или че всяка кауза на задължение може да бъде смятана за *contractus*. В този смисъл D. 5.1.57 (Ulp. 41 ad Sab.): *Tam ex contractibus quam ex delictis in filium familias competit actio (...)*. Същото виждаме в D. 13.5.1.6 (Ulp. 27 ad ed.) и D. 50.17.23 (Ulp. 29 ad Sab.) в областта на настойничеството, в D. 13.6.5.2 (Ulp. 28 ad ed.) относно конституирането на зестра (което може да стане чрез едностранно обещание: *uno loquente, nulla praecedente interrogatione*, както учи Гай в IG. 3.95a), или отново в D. 50.17.23 (Ulp. 29 ad Sab.) за управлението на чужди сделки. В този ред на мисли може да се твърди, че Улпиан квалифицира приемането на наследството като контракт тъй като очевидно не става дума за незаконосъобразно деяние.

запазилите се в източниците свидетелства, връзката между *contrahere* и *delictum* явно е изключение. Етимологически *cum-trahere* означава не толкова донасям или произвеждам съвместно, а по-скоро генерирам в рамките на някакво отношение с друг субект и в рамките на законосъобразността определени последствия, които може да са желани или нежелани от участващите лица, т. е. не е задължително да има споразумение<sup>29</sup>.

Като обобщение може да кажем, че *contrahere* присъства в римските правни източници по-скоро със значението „създавам задължаващо правоотношение между две или повече лица чрез законосъобразен акт“<sup>30</sup>, което в крайна сметка означава обективна връзка между различни патримониуми<sup>31</sup>. Както посочва Guzmán Brito, „(...) глаголът *contrahere* е лишен от всякаква специфична техничност и като цяло може да се употребява, за да се опише което и да било двустранно действие и да се посочи извършването на акта/действието или неговия резултат, т. е. самото породено отношение“<sup>32</sup>. С други думи, правният смисъл на глагола *contrahere* по същество е „пораждам правоотношение чрез законосъобразен акт“.

От всички приложения на латинската синтагма *contrahere obligationem*, несъмнено най-релевантното в римското право и най-силно повлиялото развитието на правните традиции през следващите векове е свързаното с класификацията на отношенията от договорно естество (с други думи – законосъобразни) в четири категории – задължения, поети чрез вещ, чрез думи, чрез писан текст или чрез консенсус: *obligationes re, verbis, litteris y consensu contractae*, както е казано в IG.

---

<sup>29</sup> Срв. MELILLO, G, *cit.*, p. 127.

<sup>30</sup> *Contractus* на IG. 3.88, противопоставен на *delictum*.

<sup>31</sup> В този смисъл още BETTI, E. *Sul significato di 'contrahere' in Gaio e...*, *cit.*, p. 68, n. 3, говори изобщо за „rapporto di obbligazione“; същият през 1915 г., с. 62, говори за „relazione obbiettiva di due individualità patrimoniali distinte“. Виж също LAURIA, M., *cit.*, p. 172, p. 179 ss.; SCHIAVONE, A. *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia e transactio da Labeone Ulpiano*. Napoli, Jovene, 1971, p. 160; WOŁODKIEWICZ, W., *cit.*, p. 298; COMA FORT, J. M. *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*. Madrid, Fundación Seminario de Derecho Romano Urcisino Álvarez, 1996, p. 147, n. 350; JÖRS, P., W. KUNKEL, L. WENGER. *Römisches Recht*. 3<sup>a</sup> ed. Berlin/ Heidelberg, Springer, 1949, p. 187, n. 1. В този контекст, MELILLO, *cit.*, p. 130, говори за *negotium contractum* като „affare portato a compimento insieme“, „fenomeno di cooperazione attiva“.

<sup>32</sup> GUZMÁN BRITO, A., *cit.*, p. 35.

3.89<sup>33</sup>. Това според мен е едно анахронично разбиране на този фрагмент, подтикнало тълкувателите да видят в него едно взаимно поглъщане на поемането на задължение в чисто римския смисъл на думата и сключването на един договор в смисъла, който придава на този израз съвременната догматика.

В този контекст възниква въпросът за истинското значение на синтагмата *contrahere obligationem* в класическото римско право.

### III. *Contrahere obligationem* и *causae obligationum*

#### в Институциите на Гай

Два текста позволяват да илюстрираме адекватно значението на синтагмата *contrahere obligationem* според Гай и разделянето на договорните отношения (*obligationes contractae*) на четири категории – вещни (*re*), вербални (*verbis*), литерални (*litteris*) и консенсусни (*consensu*). В първата категория задълженията се подразделят на договорни и деликтни при следните условия:

*IG. 3.88: Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.* Да преминем сега към задълженията, чието върховно подразделяне е на два вида – всяко задължение се поражда от контракт или от деликт<sup>34</sup>.

Виждаме, че Гай представя в този текст най-широката според него класификация на задълженията, тяхната *summa divisio*. Според него няма друг вид задължения освен породените от контракт или от деликт, и той изключва всяка друга възможност, както може да заключим от употребата на израза „всяко

---

<sup>33</sup> IG. 3.89: (...) *aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu*. За източника, *vid. infra*, II.

<sup>34</sup> Срв. IG. 4.112-113, където отново виждаме разделянето на акциите на две - *ex maleficio* (4.112) и *ex contractu* (4.113). *Maleficio*, в езика на Гай е синоним на *delictum*. Преводът на текстовете от латински на български е според интерпретацията на автора на латинския текст на испански (б. ред.)

задължение<sup>35</sup>. Няма *tertium quid* между едната и другата кауза на задължение. Следователно юристът прилага същото *divisio* за *actiones in personam*, което не трябва да ни изненадва като се има предвид, че *obligatio* и *actio* са двете лица на една и съща монета – *actio in personam* е искът, с който спорим с някого, че има задължение към нас по силата на контракт или деликт<sup>36</sup>.

Следователно, като оставим настрана пораждащия много спорове въпрос коя кауза е по-древна – контрактът или деликтът<sup>37</sup>, истината е, че в IGai. 3.88 и 4.2 е изложено едно много широко схващане за договора, изградено единствено и само на основата на противопоставянето му на деликта (което не означава непременно, че деликтът е по-стар от контракта). Това означава, че всяка кауза за задължение, която не съставлява незаконосъобразно деяние (*delictum*), е *contractus*. С други думи, идеята за контракт, съдържаща се в Институциите на Гай, се отъждествява с всеки законосъобразен акт, който поражда задължения<sup>38</sup>. Подобно схващане за

---

<sup>35</sup> В този смисъл PERNICE, A. *Parerga III. Zur Vertragslehre der römischen Juristen.* – En: *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, vol. IX, 1888, p. 196 ss. Виж също SEGRE, G. *Sulla classificazione delle cause delle obligationes nelle Istituzioni di Gaio.* – En: *Scritti vari di diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1952, p. 433 ss.; LAURIA, M., *cit.*, p. 163 ss., p. 172; SCHULZ, F. *Classical Roman Law.* Oxford, Oxford University Press, 195, p. 466 ss.; GROSSO, G., *cit.*, p. 3 ss.; WUNNER, S. E., *cit.*, p. 42 ss. За по-нова библиография виж например PARICIO, J. *Las fuentes de las obligaciones en la tradición gayano-justiniana.* – En: el mismo (ed.). *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 49 ss.; пак той, *Sull'idea di contratto in Gaio.* – En: Vacca (ed.), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 151 ss., p. 153; пак той, *Contrato. La formación de un concepto.* Cizur Menor, Civitas, 2008, p. 28 ss.; CANNATA, C. A. *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo II.* Torino, Giappichelli, 2008, p. 82 ss.

<sup>36</sup> IGai. 4.2: *In personam actio est, qua agimus cum aliquo qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est (...).* Срв. D. 44.7.25.1 (Ulp. l.s. reg.).

<sup>37</sup> За научния дебат по този въпрос виж TALAMANCA, M. *Obbligazioni (diritto romano).* – En: *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXIX, 1979, p. 2 ss.; BETTI, E. *La struttura dell'obbligazione romana ed il problema della sua genesi.* 2<sup>a</sup> ed. Milano, Giuffrè, 1955, p. 97 ss., p. 102 ss.; KASER, M. *Das altrömisches Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer.* Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1949, p. 188 ss.; DE VISSCHER, F. *Les origines de l'obligation 'ex delicto'.* – En: *Études de droit romain.* Paris, Sirey, 1931, p. 342 ss.

<sup>38</sup> Още SCHULZ, F., *cit.*, p. 466: „Obviously this is a classification of all possible obligations; consequently *contractus* must need embrace any legal act from which obligations resulted, delicts alone being excluded“. В същия смисъл, по-наскоро PARICIO, J. *Contrato. La formación de un concepto*, p. 34, Също така, за схващането на Гай за контракта като неосноваващ се на *consensus*, същият автор, *Sull'idea di contratto in Gaio*, p. 151 ss.;



договора виждаме и във фрагменти от къснокласическата юриспруденция, по-конкретно при Улпиан<sup>39</sup> и Паул<sup>40</sup>. Веднага след като излага своята дихотомия *obligationes ex contractu-obligationes ex delicto*, Гай класифицира задълженията по договор в четири рода, а именно:

IG. 3.89: *Et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur. harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu.* Да видим първо <задълженията>, породени от контракт. Те са четири рода: задължение се поема чрез вещ, думи, писана реч или консенсус<sup>41</sup>.

Цитираният текст е в основата на традиционната класификация на римските *obligationes contractae* в четири категории. Гай казва, че задълженията *ex contractu* (не договорите, забележете разликата) може да бъдат породени по силата на прехвърлянето на владението на дадена вещ (*re contrahere*)<sup>42</sup>, тържествено (соленелно) устно обещание (*verbis contrahere*)<sup>43</sup>, вписването на фиктивно прехвърляне на пари в счетоводната книга на кредитора (*codex accepti et expensi*) със съгласието на длъжника (*litteris contrahere*)<sup>44</sup> или споразумение - по взаимно

---

SARGENTI, M. *Svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*. - *Iura: rivista internazionale di diritto romano e antico*, vol. XXXIX, 1988, p. 24 ss., p. 56; MARTINI, R. *Il mito del consenso nella dottrina del contratto*. - *Iura: rivista internazionale di diritto romano e antico*, vol. XLII, 1991, p. 97 ss.; WEGMANN STOCKEBRAND, A. *En torno a la noción de sistema jurídico y a la construcción de una categoría general del contrato en el derecho romano*. - *Revista Chilena de Derecho*, vol. XLIV, 2017b, № 2, p. 333 ss.

<sup>39</sup> Например в D. 5.1.57 (Ulp. 41 ad Sab.): *Tam ex contractibus quam ex delictis in filium familias competit actio (...)*, и останалите текстове, цитирани в бел. 28.

<sup>40</sup> Например в D. 5.3.14 (Paul. 20 ad ed.): *Sed utrum ex delicto an ex contractu debitor sit, nihil refert (...)*.

<sup>41</sup> Виж също IGai. 3.119a, където юристът повтаря, че задълженията може да се сключат *re, verbis, litteris* или *consensu*, по повод на задържителните отношения, които може да се гарантират чрез *fideiussio* (залог): *Fideiussor vero omnibus obligationibus, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint obligationes, adici potest (...)*.

<sup>42</sup> Конкретно *mutui datio*; IG. 3.90. В детайли относно ограничението на *re contrahere* до *mutui datio* в класическото римско право, WEGMANN STOCKEBRAND, A. *Obligatio re contracta. Ein Beitrag zur sogenannten Kategorie der Realverträge im römischen Recht*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2017a, p. 115 ss.

<sup>43</sup> Тоест *sponsio/stipulatio* и *dotis dictio*; IGai. 3.92 ss.

<sup>44</sup> Става дума за *expensilatio* или *nomen transscripticium*; IGai. 3.128 ss.

съгласие между страните (*consensu contrahere*)<sup>45</sup>. Често се казва, че критерият, по който Гай ги класифицира, е бил начинът на перфекционирание на всяка фигура. Така например прехвърлянето на владението на дадена вещь (*datio rei*, откъдето произтича прилагането на аблатива *re*) е начинът да се перфекционира *obligatio re contracta* и, следователно, „реалният контракт“.

Не съм съгласен с това мнение. След като – както видяхме - *contrahere* не изразява непременно перфекциониранието или сключването на контракта, както би бил склонен да смята формиралият се в съвременната догматика юрист, а се появява в римските правни източници с един много по-широк смисъл, отъждествим с учредяването на задължаващо правоотношение посредством юридически факт, то казаното съдържа едно следствие от огромно значение за това как ще разберем смисъла, който Гай е искал да вложи в синтагмата *contrahere obligationem* в четирите ѝ рода, посочени по-горе.

Според мен диалектичката структура на класификацията на *obligationes* изобщо и на *obligationes contractae* в частност, съдържаща се в Институциите на Гай, отговаря на критерия за кауза. Гай прави разлика между *obligationes re, verbis, litteris* и *consensu contractae* не в зависимост от начина, по който се перфекционира един предполагаем реален, вербален, писмен или консенсусен договор, а в зависимост от основата, от каузата, от която произтича всеки род договорно задължение. В своите *Institutiones*, Гай прибегва до употребата на частицата *ex* в *summa divisio* на задълженията на договорни и деликтни (*ex contractu-ex delicto*; IG. 3.88), или към формата в аблатив, без предлог, за последващото разделяне на задълженията *ex contractu* на четири вида (*re, verbis, litteris* и *consensu contrahere*; IG. 3.89). Става дума за два начина да се изрази едно и също нещо на един език, който, ако се използва елегантно, е по-дружелюбен към падежите отколкото към предлозите. Така морфологичното изменение на съществителните *res* (вещ), *verbum* (дума), *littera* (буква) и *consensus* (споразумение, съгласие) в номинатив, съответно в *re* (посредством, чрез, по причина на една вещь), *verbis* (посредством,

---

<sup>45</sup> По-конкретно покупко-продажбата (*emptio venditio*), арендуването (*locatio conductio*), сдружаването (*societas*) и мандата (*mandatum*); IGai. 3.135 ss. Към тях може да се добави ипотеката (*conventio pignoris*), както виждаме например в D. 22.4.4 (IG. I.s. form. hyp.).

чрез, по причина на думи), *litteris* (посредством, чрез, по причина на буквите/писмото) и *consensu* (посредством, чрез, по причина на съгласието) несъмнено изразява граматически една причинна връзка между тези елементи и задължението, което се поражда; то е конституирано посредством, чрез, по причина на вещ, думи, писмо или съгласие - *re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensus*<sup>46</sup>.

Когато се анализират пасажите от *Институциите* на Гай, където се прибегва до синтагмата *contrahere obligationem*, резултатът е, че в тях винаги се говори за конкретни прояви, материални действия, които пораждат едно задължаващо отношение, а не за „перфекциониране“ на договор<sup>47</sup>. Ясен пример за това е следният текст:

<p><i>IG. 2.81: Ideoque si quando mulier mutuam pecuniam alicui sine tutoris auctoritate dederit, quia facit eam accipientis, cum scilicet pecunia res nec mancipi sit, contrahit obligationem.</i></p>	<p>Следователно жена даде пари в заем без разрешение на настойника, то тя сключва задължение така, че те се получават както ако са неманципни вещи.</p>
---	---

Цитираният текст говори за заем в пари, даден от една жена без разрешението на нейния настойник, по силата на което приобретателят на парите поема задължение (*contrahit obligationem*) да ги върне<sup>48</sup>. В основата на фрагмента е проблемът за правното положение на жената в Рим и по-конкретно способността ѝ да прехвърля владението над определено имущество или да извършва актове и сключва договори. За да се разбере социално-културният контекст на този източник, е достатъчно да кажем, че жената *sui iuris*, или неподчинена на *patria potestas* на баща си или на *manus* (съпружеската власт) на мъжа си, и следователно напълно

<sup>46</sup> Вж. също IG. 2.81; 2.82; 3.96; 3.124; 3.136; 3.138; 3.155; 3.157.

<sup>47</sup> Срв. FALCONE, G. *Sistematiche gaiane e definizione di obligatio*. – En: Capogrossi-Colognesi y Corsi (ed.). *Obligatio-obbligazione. Un confronto interdisciplinare (Atti del Convegno di Roma 23-24 settembre 2010)*. Napoli, Jovene, 2011, p. 17 ss.

<sup>48</sup> Срв. ZANNINI, P. *Studi sulla tutela mulierum I. Profili funzionali*. Torino, Giappichelli, 1976, p. 83

дееспособна, оставала пожизнено подвластна на настойник (*tutor*)<sup>49</sup> с много редки изключения.

При това положение жените трябвало да получат разрешение от настойника си, за да отчуждят така наречените *res mancipi*, включени в кратък списък на особено ценни вещи (*res pretiosiores*)<sup>50</sup> – селски италиански имения, селски сервитути, роби и впрегатни и товарни животни (по-конкретно коне, мулета, магарета и волове)<sup>51</sup>. Това отчуждаване можело да се извърши само по два много формализирани соленелни начина за придобиването им във владение. Единият е *mancipatio* – абстрактна сделка, чиято структура изисквала участието на осем души, а именно прехвърлящата владението страна (*mancipio dans*), приобретателят (*mancipio accipiens*), един *libripens* (взномерец с взна, с която символично се претегляли парите, с които приобретателят плащал стойността на вещта – предмет на сделката) и пет пълнолетни свидетели римски граждани. Вторият начин, наречен *in iure cesio*, се прилагал по-скоро по изключение и се състоял в симулиран процес пред магистрат за прехвърляне на права<sup>52</sup>. За предаването на собствеността върху каквото и да било друго неманципно имущество (*res nec mancipi*), жената *sui iuris* не трябвало да иска разрешение от своя настойник и можела да действа самостоятелно<sup>53</sup>.

Към последния вид вещи спадат парите (*pecunia*). Фрагментът говори за основанието на задължението на приобретателя да върне определена част от парите, получени в заем от една жена, която действала *sine tutoris auctoritate*. Парите били дадени в обикновен заем, т. е. *credendi causa*, като кредит<sup>54</sup>. Това има предвид Гай като използва термините *mutuam pecuniam...dederit* – жената е

---

<sup>49</sup> IG. 1,144 *in fine*.

<sup>50</sup> Буквално най-ценните неща, както четем в IG. 1.192.

<sup>51</sup> IG. 2.14a.

<sup>52</sup> IG. 2.22.

<sup>53</sup> Този принцип е включен изрично в IG. 2.80: *Nunc admonendi sumus neque feminam neque pupillum sine tutoris auctoritate rem mancipi alienare posse; nec mancipi vero feminam quidem posse, pupillum non posse*.

<sup>54</sup> D. 12.1.2.1 (Paul. 28 ad ed.): *Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensura consistunt, quoniam eorum datione possumus in creditum ire (...)*. Срв. D. 12.1.1.1 (Ulp. 26 ad ed.), където Улпиан излага понятието кредитна кауза, съдържаща се в преторския едикт: (...) *nam cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid, ex hoc contractu credere dicimur (...)*.

извършила *datio rei*, по-конкретно *mutui datio*, и това е направило приобретателя собственик на получената сума пари (*quia facit eam accipientis*); от своя страна той е поел задължението да я върне по-късно (*contrahit obligationem*). Гай не споменава в нито един момент, че е бил сключен или перфекциониран договор за заем. Говори за даване на заем (*datio mutui*) от една така да се каже материална гледна точка в смисъл на конкретно действие, извършено от жената, а не за сключване на договор за заем. Забележете, че в текста се прибъгва до глагола *contrahere* не във връзка със самия договор, а конкретно за задължението, което има субектът приобретател. Основанието, каузата на „сключеното/поетото“ задължение за връщане от *accipiens* е, че той е станал собственик на получените от жената пари (*quia facit eam accipientis*); тя не само е дала определена сума пари, а е прехвърлила владението върху тях на него и причината за това е, че – както казахме – *pecunia sa res nec mancipi* и като така може да бъдат прехвърлени от жената *sine tutoris auctoritate*.

В коментирания текст сключването на един договор за заем няма особена роля за определяне на обстоятелството, че се поема задължение. На практика в така наречения *Ulpiani Epitome* (11.27), - една псевдоулпианова творба, свързана до голяма степен с Институциите на Гай или с традицията на школата на Гай, се формулира правилото, че жените трябва да получат разрешение от настойника си, за да могат да сключат дадена правна сделка или да продадат манципни вещи<sup>55</sup>. Ако анализираме писмения текст във връзка с IG. 2.81, може да заключим, че в случаи като изложения от Гай, договорът за заем би бил невалиден. Въпреки това, *accipiens* е „сключил“ задължението да възстанови получените във вид на кредит пари (*credendi causa*), защото жената е имала право да прехвърли владението върху тях, понеже са *res nec mancipi*. Казано с други думи, подписването на договор за заем от една жена без разрешението на нейния настойник е невалидно, но така или иначе приобретателят на парите поема едно задължение, чиято кауза не е в сключването на договора, което би било една доста не-римска абстракция, а

---

<sup>55</sup> UE. 11.27: *Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus (...) si civile negotium gerant si rem mancipi alienent (...)*. Срв. UE 11.18. По този въпрос виж AVENARIUS, M. *Der pseudo-ulpianische liber...*, cit., p. 311 ss.; за *mutui datio* GRÖSCHLER, P. *Die tabellae-Urkunden aus den pompejanischen und herkulanensischen Urkundenfunden*. Berlin, Duncker & Humblot, 1997, p. 194 ss.

непосредствено в *datio rei* - прехвърлянето на владението. От казаното до тук може да заключим, че синтагмата *contrahere obligationem* в този фрагмент се отнася много конкретно за извършения от жената акт, пораждащ задължението на *accipiens* да възстанови парите, то ест за *datio*, но не за абстрактните условия на сключването на договора, за каквото Гай не споменава нищо.

По подобен начин Гай излага казуса на възпитаника (*pupillus*), който без разрешение от настойника си дава определена сума пари като кредит<sup>56</sup>. Но ако един *pupillus* направи същото, тъй като без разрешението на настойника му парите не стават собственост на получателя, последният не поема никакво задължение; затова *pupillus* може да претендира за своите монети, където и да са те, и да ги смята за свои *ex iure Quiritium* (...)“<sup>57</sup>.

В Древен Рим *pupilli* (навършили 14 години момчета и навършили 12 години момичета) *sui iuris*, т. е. неподвластни на *patria potestas* (обикновено поради смъртта на бащата), трябвало да имат настойник. Що се отнася до дееспособността им за прехвърляне на владението, източниците са пределно ясни: *pupillus* не може без разрешение от своя настойник да прехвърля каквото и да било имущество, независимо дали е *res mancipi* или *res mancipi*<sup>58</sup>. Както лаконично казва Гай в коментара си към едикта на провинциалния претор, *nullum dominium transferre potest*<sup>59</sup>. За сметка на това може да придобие собствеността сам съгласно принципа, че дори *sine tutoris auctoritate* може да подобри правния си статус (*meliozem*

---

<sup>56</sup> IG. 2.82: *At si pupillus idem fecerit, quia non facit accipientis sine tutoris auctoritate pecuniam, nullam contrahit obligationem: unde pupillus vindicare quidem nummos suos potest, sicubi extant, id est eos petere suos ex iure Quiritium esse.*

<sup>57</sup> Цитираният фрагмент е запазен частично и не е възможно да се направи сигурна реконструкция на текста след *id est*. За различните опити да се реконструира липсващата част от текста виж DAVID, M., H.L.W. NELSON. *Gai Institutionum Commentarii IV mit philologischem Kommentar*. Leiden, Brill, 1954, p. 294 ss.

<sup>58</sup> IG. 2.80; 2.84; UE 11.27; I. 2.8.2. Виж също D.12.1.19.1 (Iul. 10 dig.); D. 14.6.3.2 (Ulp. 29 ad ed.); D. 46.3.14.8 (Ulp. 30 ad Sab.). Срн. LABRUNA, L. *Rescriptum Divi Pii. Gli atti del pupillo sine tutoris auctoritate*. Napoli, Jovene, 1962, p. 90 ss.; KASER, M. *Das Geld im römischen Sachenrecht*. – En: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, vol. XXIX, 1961, p. 208 ss.

<sup>59</sup> D. 26.8.9.2 (Gai. 12 ad ed. prov.).

*condicionem suam facere*) подобно на жената<sup>60</sup>. Понеже *pupillus* въобще не може да прехвърли собствеността без *interpositio auctoritatis*, той не може да конституира вещно/реално задължение (*obligatio re contracta*), тъй като то задължително предполага *datio rei*. Затова в случая Гай счита, че сумата пари, дадена от *pupillus* на трето лице в заем не предполага това лице да „склучи“ (поеме) реституционно задължение *credendi causa (nullam contrahit obligationem)*, тъй като не е станало собственик на парите (*quia non facit accipientis suam pecuniam*)<sup>61</sup>. Следователно, според юриста *pupillus* няма активна легитимация за *condictio* (облигационен реституционен иск), тъй като тя предполага да е имало *datio rei*, и не му остава друго освен да си поиска *pecunia*, тъй като продължава да е техен собственик, а третото лице – приобретател, в действителност е само техен притежател. Както виждаме, тук - както и в предния фрагмент, Гай се съсредоточава върху извършеното от *pupillus* действие, което може да бъде или да не бъде кауза приобретателят да „склучи“ (поеме) задължение; не така стоят нещата при сключването на договор, който също би трябвало да се смята за невалиден<sup>62</sup>.

От изложеното до тук може да заключим следното: по отношение на класифицирането на задълженията *ex contractu*, прехвърлянето на владението на дадена вещь *re contrahere*, официалното устно обещание (*verbis contrahere*), вписването в счетоводната книга със съгласието на кредитора (*litteris contrahere*) и споразумението/консенсуса (*consensu contrahere*) са възможни законосъобразни каузи за задължение в един много конкретен смисъл, а именно действие на един правен субект, което води до това друго лице да бъде задължено към него не абстрактно, както е при перфекционирането на определена договорна форма<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> IG. 2.83: *Et ex contrario omnes res tam mancipi quam nec mancipi mulieribus et pupillis sine tutoris auctoritate solui possunt, quoniam meliorem condicionem suam facere eis etiam sine tutoris auctoritate concessum est.*

<sup>61</sup> Срв. D. 12.1.2.2 (Paul. 28 ad ed.): *Appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit: et ideo, si non faciat tuum, non nascitur obligatio.*

<sup>62</sup> Виж LONGO, C. *Corso di diritto romano. Il mutuo*. Milano, Giuffrè, 1933, p. 26 ss.; VIARD, P.-É. *La 'mutui datio'. Contribution à l'histoire du fondement des obligations à Rome. Première partie*. Paris, Sirey, 1939, p. 52 ss.; KASER, M. *Das Geld im römischen Sachenrecht, cit.*, p. 211 ss.; LABRUNA, *cit.*, p. 90 ss.; ZANNINI, *cit.*, p. 82 ss.

<sup>63</sup> Казаното се потвърждава и от други фрагменти от Гай. Например за кауза на задължението се говори в IG. 3.96. От своя страна, в IG. 3.124, *obligationem contrahere se se*

Както казва Falcone, не трябва да се изненадваме, че вместо да опише абстрактно в какво се състои едно договорно задължение, Гай е подходил директно към въпроса за каузите, които пораждат задължаващо правоотношение, разбирани като конкретни действия на даден субект, от които може да възникне *obligatio*<sup>64</sup>. Затова застъпвам тезата, че ако искаме да сме верни на свидетелствата в източниците, в мисълта на Гай синтагмата *contrahere obligationem* не трябва да се отъждествява със сключване на договор, а с възникването, причиняването на задължение чрез законен акт, чиято типология може да се обобщиш в четири „каузи“ - *res (datio rei), verba, litterae y consensus*.

#### IV. *Causa obligationum* и сключването на договор

Това, което казвам, далеч не е господстващо мнение. В доктрината по-скоро преобладава една представа за римското *obligatio contracta*, която осъзнато или не, но е силно повлияна от съвременното схващане на договора като съглашение (*conventio*), чиито най-далечни прецеденти откриваме в някои фигури от Древността<sup>65</sup>, по-специално в Парафразите на Теофил и Институциите на

---

отнася конкретно за едно *datio pecuniae* (както в IG. 2.81), а не за сключване на договор за заем.

<sup>64</sup> FALCONE, G. *Sistematiche gaiane e definizione di obligatio*, cit., p. 30: „(...) non sorprende che Gaio, anziché indugiare su un enunciato che descriva in termini astratti cosa è un *obligatio*, abbia direttamente affrontato, - sul piano dei concreti comportamenti dei soggetti agenti, le *causae* che danno vita ad un' *obligatio*“. Срв. PERNICE, A. *Parerga III. Zur Vertragslehre der römischen Juristen*, cit., p. 222; PEROZZI, S. *Il contratto consensuale classico*. – En: Nani, Pampaloni y Fusinato (ed.). *Studi giuridici dedicati e offerti a Francesco Schupfer del XXXV anno del suo insegnamento*. Roma, Bretschneider, 1898, p. 163-199, p. 163 ss.; BRASIELLO, U. *Obligatio re contracta*. – En: *Studi in onore di Pietro Bonfante II*. Milano, Giuffrè, 1930, p. 539-587, p. 541 ss.; същият автор, *In tema di categorie contrattuali*. - *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, vol. X, 1944, p. 101 ss.; VOGLI, P. *La dottrina romana del contratto*, cit., p. 70; KASER, M. *Das Römische Privatrecht I*. 2<sup>a</sup> ed. München, C.H. Beck, 1971, p. 522; DALLA MASSARA, T. *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*. Padova, Cedam, 2004, p. 351 ss. за *obligatio re contracta*.

<sup>65</sup> Основно в D. 2.14.1.3 (Ulp. 4 ad ed.): (...) *ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem* (...). Относно източника виж GAROFALO, L. *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*. – En: Burdese (ed.). *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*. Padova, Cedam, 2006, p. 337 ss.



Юстиниан (или с други думи – във византийското право)<sup>66</sup>, но което така и не се е консолидирано като безспорна доктрина в класическата юриспруденция<sup>67</sup>. Тази гледна точка изхожда от презумпцията, че всеки договор е по същество съглашение (*conventio*) и че споразумението между страните се проявява по различни начини, което е основание за разделянето му на четири форми. Споразумението според случая може да се изразява чрез прехвърляне на владението на дадена вещь (*re*), на официално/формално устно обещание (*verbis*), вписване в *codex accepti et expensi* на кредитора със съгласието на длъжника (*litteris*), или просто споразумение между страните без формалности (*consensu*).

Разграничението, което правя, може да се стори някому някаква лингвистична тънкоост, но не е така и то е от голямо историко-догматично значение. Придаването на *re*, *verbis* и *litteris contrahere* на характер на специални начини за заявяване на волята води до това те да бъдат смятани за нещо като допълнения към консенсуса в смисъл, че всеки договор съставлява доброволно споразумение, което правната уредба в някои случаи изисква да бъде заявено по определен начин, за да може въпросният договор да бъде валидно сключен (перфектен). С други думи, всеки договор е конвенция, но не винаги е достатъчен „единия консенсус“ за да бъде перфектен този договор<sup>68</sup>. Така например реалният договор, за да бъде перфектен, изисква освен съгласието да бъде предадена вещта. Това всъщност е идеята, която лежи в основата на член 1.443 на чилийския Граждански кодекс<sup>69</sup>. При тази предпоставка, която е много различна от мисленето на Гай, може да се

---

<sup>66</sup> РТ 3.13.2. Византийското отъждествяване на договор/контракт със споразумение/конвенция произтича от понятието за пакт в D. 2.14.1.2 (Ulp. 4 ad ed.): *Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus*.

<sup>67</sup> Според SARGENTI, M. *Svolgimento dell'idea di contratto...*, cit., p. 73, дори не и по времето на Юстиниан.

<sup>68</sup> Срв. HARKE, J. D. *Römisches Recht. Von der klassischen Zeit bis zu den modernen Kodifikationen*. 2<sup>a</sup> ed. München, C.H. Beck, 2016, p. 44.

<sup>69</sup> „Договорът е реален когато, за да бъде перфектен, е необходима традицията на вещьта, за която се отнася; той е тържествен, когато подлежи на определени особени формалности, така че без тях не поражда никакъв ефект, и е консенсуален, когато се перфекционира просто със съгласие“. Още по-експлицитен е член 6 на частта на Проекта за граждански кодекс, отговаряща на Книгата за конвенционалните договори и задължения; раздел I (дефиниции): „Договорът е реален, когато, за да бъде перфектен, освен съгласие се изисква традицията на вещьта, за която се отнася, и е консенсуален, когато се перфекционира само със съгласие“.

изградят „договорни категории“ според разбирането на съвременната догматика, а именно че независимо от начина, по който се перфекционират различните видове договори, всички те имат един обединяващ елемент и това е споразумението/конвенцията<sup>70</sup>. Критерият, по който се подреждат *obligationes ex contractu* в класическата юриспруденция обаче е бил друг – конкретното действие на субекта, за да породи задължението, и няма друг обединяващ елемент освен законосъобразността на *causa obligationis*, която позволява да се различи *obligatio ex contractu* от *obligatio ex delicto* (IG. 3.88).

Като обобщение може да кажем, че за класическото римско право *res, verbis, litteris* и *consensu contrahere* са законосъобразните действия, независими помежду си, които римската правна уредба признава като способни да породят *obligatio ex contractu* и впоследствие – една типична *actio* (IG. 4.2). Не се говори за никакви специални начини да се заяви волята или особени казуси на сключване на договори – те не интересуват особено класиците. Както казва Brasiello, да се опре разделянето на договорните задължения на четири вида върху един перфекциониращ елемент не е съзвучно с класификационните критерии, използвани от класическата юриспруденция, но е от полза за системно-дидактическите цели на византийските юристи, които, смятайки всички договори за консенсусни по същество, искали все пак да ги впишат в предишните класически схеми<sup>71</sup>.

Отново използваната от Гай диалектическа схема ни дава насоки за казаното. Както видяхме, той класифицира задълженията *ex contractu* в четири рода (*quattuor genera sunt*), като повтаря тази идея в IG. 3.182 (*in IIII genera diducantur*). Деликтите обаче не се класифицират в различни родове, тъй като всички те са част от един

---

<sup>70</sup> Срв. ORESTANO, R. *Obligationes e dialettica*. – En: *Droits de l'antiquité et sociologie juri-dique. Mélanges Henri Lévy-Bruhl*. Paris, Sirey, 1959, p. 455 ss., относно структурата *genus-species* de IG. 3.88 ss.

<sup>71</sup> BRASIELLO, U. *In tema di categorie contrattuali, cit.*, p. 103: „Il fondare infatti la partizione sull'elemento perfezionatore, come apparirà anche in questo studio, non può essere frutto che di uno sforzo che i giuristi classici non avrebbero motivo di fare, mentre si impone – e, come vedremo, nemmeno sempre – ai compilatori, i quali, pure considerando tutti i contra-tti- come consensuali, volevano ancora inquadrarli negli schemi classici“.

род (*quarum omnium rerum uno genere consistit obligatio*)<sup>72</sup>. Това не стига и Гай отново обяснява тази разлика в своите *Res cottidianae*<sup>73</sup> Той много старателно подчертава тази разлика, като казва, че за разлика (*alioquin*) от договорните задължения, които се подразделят на родове, всички деликти съставляват един общ род. Съгласно тази схема, *obligationes ex contractu* се характеризират с това, че може да имат четири възможни каузи, които са съществено различни и несъвместими една с друга, така че в различните контракти не се среща друго унифициращо основание освен законосъобразността на пораждащото задължението действие. Това е следствието от класифицирането на *obligationes re, verbis, litteris* и *consensu contractae* като „родове“. Ето защо така наречените реални, вербални, литерални и консенсусни договори на древните римляни не са елементи на една така да се каже унифицирана римска договорна система, а са по-скоро различни по същество явления. Според Harke, може дори да се твърди, че са съществували различни „договорни системи“ в класическото римско право – по една за всеки род *obligatio ex contractu*<sup>74</sup>.

Юристите от времето на Юстиниан, които чисто и просто отъждествяват договора с конвенцията (PT 3.13.2), търсят начин да съгласуват класическата диалектическа схема с новата договорна теория. Формулата, която намират, е да превърнат *quattuor genera* на Гай в *quattuor species* в Институциите на Юстиниан<sup>75</sup>. Ако преди това *obligationes re, verbis, litteris* и *consensu contractae* са били по същество различни явления (родове), от този момент насетне те стават видове от един и същи род, видове договор-конвенция. По този начин онова, което

---

<sup>72</sup> IG. 3.182: *Transeamus nunc ad obligationes, quae ex delicto nascuntur, ueluti si quis furtum fecerit, bona rapuerit, damnum dederit, iniuriam commiserit. quarum omnium rerum uno genere consistit obligatio, cum ex contractu obligationes in IIII genera diducantur, sicut supra exposuimus.*

<sup>73</sup> D. 44.7.4 (IG. 3 res cott.): *Ex maleficio nascuntur obligationes, veluti ex furto, ex damno, ex rapina, ex iniuria. quae omnia unius generis sunt: nam hae re tantum consistunt, id est ipso maleficio, cum alioquin ex contractu obligationes non tantum re consistant, sed etiam verbis et consensu.*

<sup>74</sup> HARKE, J. D. *Studien zu Vertrag und Eigentumserwerb im römischen Recht*. Berlin, Duncker & Humblot, 2013, p. 38.

<sup>75</sup> I. 3,13,2: (...) *Prius est, ut de his quae ex contractu sunt dispiciamus. Harum aequae quattuor species sunt: aut enim re contrahuntur aut verbis aut litteris aut consensu. de quibus singulis dispiciamus.*

за класиците били различни хипотези на *causae obligationum*, на причини или основания за задължение, за византийците са просто форми, по които може да се заяви *consensus*, който е в основата на всеки договор, т. е. това е начин той да се перфекционира. Романистичната традиция от следващите векове, както и нашият Граждански кодекс, плащат дан на това течение в доктрината, което днес е неоспоримо<sup>76</sup>. Но това е друга история.

## V. Заключение и перспективи

В началото на статията си казах, че Пандектите на Юстиниан не са системата на пандектната наука. Сега може да добавя: структурата на римското договорно право е различна от нашата и няма защо да бъде същата като нея. Латинската синтагма *contrahere obligationem* така, както е употребена в класическата римска юриспруденция, засвидетелствана основно в *Институциите* на Гай, не е съответна на съвременната идея за сключване на договора. Класиците разсъждават на основата на каузите на задълженията (*causae obligationum*), а не на начините за сключване на даден тип договор, както прави по-късната юридическа традиция, включително чилийският Граждански кодекс.

С тази статия не целя да оспоря доктрината за договора, разработвана в продължение на векове от правната традиция на континентална Европа, а още по-малко основите на чилийската договорна система. Целта ми е по-скромна, но не и безполезна - да привлече вниманието върху възможните деконтекстуализирани интерпретации на правно-историческите източници, които водят до анахронични конструкции на римския правен опит и в крайна сметка – до едно невярно

---

<sup>76</sup> За развитието на съвременното схващане за контракт-конвенция виж NANZ, K. P. *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert*. München, Schweitzer, 1985, p. 5 ss.; ZIMMERMANN, R. *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Cape Town, Oxford University Press, 1992, reimpr. Oxford, 1996, p. 546 ss.; KEGEL, G. *Vertrag und Delikt*. München, Heymanns, 2002, p. 3 ss.; за философските корени GORDLEY, J. *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Oxford, Oxford University Press, 1991, p. 10 ss. За взаимната асимилация на контракта и конвенцията в чилийското право, виж CARVAJAL, P. I. *Arts. 1437 y 1438 del Código Civil. 'Contrato' y 'conven-ción' como sinónimos en materia de fuentes de las obligaciones*. - *Revista Chilena de Derecho*, vol. XXXIV, 2007, № 2, p. 289-302, p. 289 ss.

представяне на историческото развитие на нашето частно право. Следвайки призива на Wieacker, трябва да кажем, че достойнството на когнитивната задача на историка на правото се заключава не толкова в обосноваването на действащи правила и принципи и стремеж да бъде полезен за настоящето, а във вътрешно-присъщата историчност на собственото ни съществуване<sup>77</sup>. Освен това, историческият компаративизъм, или с други думи съзнаващата своите ограничения, но и своя потенциал сравнителна история на правото ни помага да разберем по-дълбоко и критично<sup>78</sup> правния опит, а заедно с него и системата, в която действаме. В крайна сметка, макар това да изглежда игра на думи, изучаването на правните догми, на историята на догмите, може да се превърне в основната ни защита срещу евентуални догматизми, за да не изкривяваме истинския смисъл на източниците, вдъхновили формирането на действащото днес право. Изучаването на значението на синтагмата *contrahere obligationem* в класическото римско право е пример в това отношение.

---

<sup>77</sup> WIEACKER, F. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. Göttingen, Vanderhoeck & Ruprecht, 1967, p. 15. В същия дух - CARONI, P. *La soledad del historiador del derecho. Apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente*. (trad. de Mora Cañada, A., y Martínez Neira, M.). Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2014, p. 74, n. 52.

<sup>78</sup> Вж. PIHLAJAMÄKI, H. *Comparative Contexts in Legal History: Are We All Comparatists Now?* – En: Adams y Heirbaut (ed.). *The Method and Culture of Comparative Law. Essays in Honour of Mark Van Hoecke*. Oxford/Portland, Hart, 2014, p. 121 ss.

## РИМСКАТА ИДЕЯ ЗА „ПЕРПЕТИУРАНЕ НА ЗАДЪЛЖЕНИЕТО“ И ПРОБЛЕМЪТ С ДОГОВОРНАТА ОТГОВОРНОСТ\* (НА БЪЛГАРСКИ ЕЗИК)

**Проф. д-р Рикардо Кардили**

Университет в Рим Тoverгата, Рим, Италия

**Резюме:** *Perpetuatio obligationis* в терминологията, присъща на юристите, наричани *veteres*, е резултат на творческо тълкуване на къснорепубликанската юриспруденция, която приема в последващата правна традиция съответната квалификация на *constitutio veteris*. Терминологичното формулиране може да е имало известна модернизация в съчиненията на юриста от епохата на Северите Паул, но без да се променя догматичният ѝ смисъл. Това е актуален израз, който технически се явява като ефект на *constitutio veterum* на нивото на ищеца в случай на погиване на вещта, обект на *rem dare oportere*, поради приписвана на длъжника причина. *Veteres* считат, че запазването на възможността за предявяване на *condictio* за *rem dare oportere* се основава именно на идеята, че задължението за *rem dare oportere* се перпетуира, въпреки че дължимото е погинало.

**Ключови думи:** задължение; договорна отговорност.

---

\* Статията със заглавие „L'idea romana del 'perpetuarsi dell'obbligazione' e il problema della responsabilità contrattuale“ е публикувана в *Annali del Seminario Giuridico del Dipartimento Giuridico della Università degli studi di Palermo (AUPA)*, 63, 2020, p. 85-104 и е предоставена за превод и издаване на български език с изричното съгласие на автора и издателя.

## THE ROMAN IDEA OF THE 'PERPETUATION OF THE OBLIGATION' AND THE PROBLEM OF CONTRACTUAL LIABILITY (BULGARIAN LANGUAGE)

**Prof. Ricardo Cardilli, PhD**

University of Rome Tor Vergata, Rome, Italy

**Abstract:** The perpetuatio obligationis is the result, in a terminology proper to the jurisprudence subsequent to the veteres, of a creative interpretation of the late-republican jurisprudence which will assume in the subsequent tradition the relevant qualification of constitutio veteris. The terminological formulation may also have had a modernization in the writing of the Severian jurist Paul, but without altering its dogmatic meaning. It is an up-to-date expression of what was technically the effect of the constitutio veterum on the level of the claimant in the event of perishing of the thing object of the rem dare oportere for a cause attributable to the debtor. The veteres believed, that the persistence of actionability with condictio of the rem dare oportere was based precisely on the idea that rem dare oportere was perpetuated even though the due thing perished.

**Keywords:** obligation; contractual liability.

## 1. „*Perpetuatio obligationis*“ и „отговорността“ според съвременните автори

Темата за перпетуирането на задълженията (*perpetuatio obligationis*)<sup>1</sup> в последните десетилетия е обект на значими изследвания, които отново съживяват дискусиата върху сложните догматични и исторически проблеми, които се поставят<sup>2</sup>. Дебатът е все още много обширен и позициите са твърде различни, за да бъдат ориентирани към възможно обобщаване, както от гледна точка на догматичните проблеми (с особена трудност), които темата повдига, така и от гледна точка на нейната историческа реконструкция въз основа на източниците, с които разполагаме.

В едно мое изследване (впрочем от преди повече от 20 години)<sup>3</sup>, се опитах да обобщя (макар и със значителни разлики), с присъщия ми афинитет към логиката, с която римската юриспруденция от II в. пр. Хр. разрешава чрез термина *praestare*, проблема за неизпълнението на облигационното отношение. Струваше ми се, че закрилата *iure civili* и *iure gentium* (с термините на формулите *in ius conceptae* за *oportere* или за *oportere ex fide bona*) или *iure honorario* (с термините на формулите *in factum conceptae*) на новите договорни отношения отбелязва едно значително изменение в отношението на римските юристи по въпроса за

---

<sup>1</sup> Според Казер става въпрос за същността на названието, което не е присъщо на римските източници - вж. KASER, M. *Perpetuari obligationem*. – *SDHI*, 46, 1980, p. 87 ss.

<sup>2</sup> CANNATA, C.A. *Quod veteres constituerunt. Sul significato originario della 'perpetuatio obligationis'*. - In: *Iurisprudentia universalis. Festschrift für Th. Mayer-Maly*. Köln-Weimar-Wien: Böhlau, 2002, p. 85 ss., което е включено и цитирам от *Scritti scelti di diritto romano, II*, a cura di L. VACCA. Torino, 2012, p. 439 ss.; SCHERMAIER, M. *'Impossibilium nulla obligatio'. Vorverständnis, Begriff und Gegenstand der Unmöglichkeit der Leistung im römischen Recht*. – *AUPA*, 60, 2006, p. 241 ss.; TORRENT, A. *Perpetuatio obligationis. Ficción dogmática o procesal*. – In: *Φιλία. Scritti per G. Franciosi IV*. Napoli: Satura Editrice, 2007, p. 2685 ss.; SANTORO, R. *Perpetuari oblige – tionem*. – *AUPA*, 57, 2014, p. 177 ss. Към тях може да се добави обширното монографично изследване на Gregor Albers (вж. nt. 6).

<sup>3</sup> *L'obbligazione di „praestare“ e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C.– II sec. d.C.)*. Milano: Giuffrè, 1995, p. 185-186, p. 507. Някои разсъждения, предимно в критика на пандектната реинтерпретация на проблема за съвременната договорна отговорност, свързани предимно с „невъзможността“, се съдържат и в *Un diritto comune in materia di responsabilità contrattuale nel sistema giuridico romanistico*. – In: *Rivista di diritto civile*, 44.3, 1998, p. 315 ss. и по-специално p. 317 ss.



неизпълнението. Глаголът *praestare* в основното му значение на *stare praes*, който не е използван във формулите на исковете, с които се защитават тези отношения, всъщност чрез едно интегративно тълкуване на съдържанието на облигационното отношение се наслага върху първоначално определените престации (*dare, facere* или *reddere*), след като те не са изпълнени или вече не могат да бъдат изпълнени. При неизпълнението по вина на длъжника с *praestare* се обосновава *actione teneri*, като се изразява римската идея за „договорната имуществена отговорност“, която изглежда привлича последиците от неизпълнението в контекста на съдържанието на задължението (макар и като гаранционна престация) и не ги тласка директно на ниво, външно за задължението във връзка на една последваща отговорност.

Тази особена концептуална гледна точка всъщност ми изглеждаше в определен вид аналогична на тази, с която в източниците се описват последиците от неизпълнението за *certum dare* (от един вид *stipulatio in dando* или породени от легат *per damnationem*). В този случай *veteres*, както ни припомня севериановият юрист Паул (Paul. I. 4 *ad Plaut. D. 45.1.91.3*), при настъпила невъзможност за изпълнение, предполагат, с цел да се получи осъждане на длъжника, ако *res certa* все още съществува, но в случая на вина на длъжника (*‘si per eum stat quominus daretur’*), то тогава с *factum/culpa promissoris* да се перпетуира задължението *dare oportere*.

Въпреки това, предпочитанието ми към това предположение не би трябвало да води до изгубване на важната разлика между логиката на *perpetuatio obligationis* и тази, до която достига юриспруденцията от II в. за признаването на *praestare*. Докато при първия случай самата идея на отговорността на длъжника в съвременен смисъл ми изглежда изключена като такава, защото е насочена изключително към възможността за перпетуиране на задължението (*rem dare oportere*), винаги, когато престацията стане невъзможна поради *factum promissoris* във втория случай, *dare facere oportere* или *reddere* не се перпетуира, а се признава ново положение на длъжника с термините *praestare oportere* или само *praestare*, като по този начин *oportere* основно се счита за трансформирано в гаранционно задължение или (в случаите на договори, защитени с *actiones in personam* с *formulae in factum*

*conceptae) actione teneri* че е основано вече на неизпълнението на *rem reddere*, а на предварителното признаване на *praestare*.

Така *perpetuatio obligationis* ми се струва, че следва своя специфична логика - подобна, но и различна от тази, която се следва от правната наука от II в. пр. Хр. с признаването на *praestare* - плод на една така наречена двойствена концепция: идеята за задължение, за което може да се предяви иск в съда, изразена чрез схемата за *dare oportere*, неотменимо обусловена от конкретната възможност за изпълнение<sup>4</sup>. Тя предполага, че с погиването на *res* като обект на *dare oportere* се погасява окончателно „задлъжнялостта“. Но този факт, свързан с реалността, може да има значение само на нивото на правната логика, с която *rem dare oportere*, може да се счита, макар и нереално, за все още възможно, доколкото се перпетуира *oportere* (Paul. Sent. 5.7.4: *agi ex stipulatu potest, ac si ea res extaret*; Ulp. D. 45.1.82.1 *perinde ac si homo viveret*)<sup>5</sup>. Казано със съвременни термини, загрижеността, която се проявява в идеята за перпетуиране на задължението, не е тази за последиците от неизпълнението по отношение на отговорността, а тази за настъпването на невъзможността за изпълнение, причинено от длъжника при продължаване съществуването на неговото *oportere*. Това означава следователно, че моментът на погиването на дължимата вещь е елемент на абстрахиране на начина, по който юристите, които разработват гореспоменатото решение, безкомпромисно разглеждат проблема. Тази абстракция е обусловена именно от неумолимия ефект, който прави невъзможно да се потвърди в съда съществуването на *rem dare oportere* по отношение на *res perempta*. Такава правна ситуация обаче се явява несправедлива във всички случаи, когато самият длъжник е причинил погиването на дължимата вещь. Оттук и тълкувателните усилия на „по-старите“ юристи, считани в по-късните източници като

---

<sup>4</sup> Вж. гочно в този смисъл SCHERMAIER, M. *‘Impossibilium nulla obligatio’*, cit., p. 254: „Das dare oportere des Schuldners zu behaupten setzte voraus, dass die in der intentio beschriebene Leistung auch erbracht werden konnte. Wäre dies anders gewesen, hätte es der Konstruktion der „Verewigung der Verbindlichkeit“ (*perpetuatio obligationis*) nicht bedurft“.

<sup>5</sup> И това е независимо от въпроса дали е техническа фикция, използвана в процеса, за да позволи неговото развитие, или фикция по същество, използвана от юристите в техните разсъждения; виж за дискусията TORRENT, A. *Perpetuatio obligationis*, cit., p. 1183 ss.

полагащи основите на ново право в тази материя (*constitutio veterum*), около която се изгражда идеята за *perpetuatio obligationis*.

Новото и значително монографично изследване на Gregor Albers по темата<sup>6</sup> съдържа значителен принос в изясняването на проблема. От догматична гледна точка се разкрива как *perpetuatio obligationis* (според формулировката на Паул) има своите корени в сведения от правния опит, на който се позовават *veteres*: непогасяването на задължението, изразено *oportere*, в случая на погиване на предмета на престацията или за настъпването на невъзможност за изпълнението ѝ. В тези случаи длъжникът може да бъде освободен от изпълнение само ако докаже, че не могат да му се вменят във вина настъпването на тези обстоятелства<sup>7</sup>.

От историческа гледна точка, скорошното изследване на Albers съдържа нова линия на тезата на Gradenwitz, като поддържа, че актуалното терминологично възприемане на конструкцията на *veteres*, на което се позовава Паул, всъщност е *interpretatio*, насочена към обособяване на едно правило<sup>8</sup>. Само романистичната наука реинтерпретира *perpetuatio obligationis* като 'unbedingte Zufallhaftung'<sup>9</sup>.

Считам за полезно, преди да разгледам най-важните източници по тази материя, да уточня какви са днес последиците от невъзможността за изпълнение на престацията за облигационното отношение с цел да се разбере ефективността на наследството на римското право върху съвременното право.

## 2. „Виновната невъзможност“ и договорната отговорност в съвременното право.

---

ALBERS, <sup>6</sup> G. 'Perpetuatio obligationis'. *Leistungspflicht trotz Unmöglichkeit im klassischen Recht*. Wien-Köln-Weimar, 2019 (съчинение, което заслужено получи XI Premio Boulvert със следната оценка: „Научен труд на изключително ниво, добре структуриран и утвърждаващ, в който изучаваният проблем е разгледан със забележително третиране на относимите основни текстове и на доктрината, с прилагане на особено зряла методология, от което, с ясна и изчистена визия се достигат догматични резултати, основани на исторически фундамент“). Вж. рецензията на M. RAINER. Rec. a G. ALBERS. *Perpetuatio obligationis*. – *IVRA*, 68, 2020, p. 469-475.

<sup>7</sup> ALBERS, G. *Perpetuatio obligationis*, cit., p. 233 ss. e le conclusioni a p. 379.

<sup>8</sup> ALBERS, G. *Perpetuatio obligationis*, cit., p. 369-373.

<sup>9</sup> ALBERS, G. *Perpetuatio obligationis*, cit., p. 373-379.

Невъзможността за определено поведение има значение в контекста на това да се установи самото съществуване на идеята за „некоректност“<sup>10</sup>. Това налага проблемът да не се поставя само относно задълженията, за които се дава иск, но и за тези, разбирани по-общо, макар и да не може за тях да се води дело. Оттук и значимите разсъждения за „невъзможността“ (ἀδύνατον), разглеждана както в правните текстове, така и в етично-философските и риторичните съчинения. По-долу ще се спра и на този въпрос.

Идеята за невъзможността (било като първична или последващо настъпила) в римската правна мисъл има особено значение във връзка с дължимата престация и със запазването на задължението за престиране, докато днес тя е придобила ключова роля при определяне на границите на усилията на длъжника за изпълнението на задължението и за последващата договорна отговорност.

Унитарната теория за невъзможността (първоначална или последваща), изработена от немската пандектистика<sup>11</sup>, която е ключова за проблема за неизпълнението, натезава на погледа на съвременния юрист, явявайки се главно ограничение на договорната отговорност в случаите на *casus*<sup>12</sup>. Този факт, сам по себе си не непременно относим, придобива определящо значение за избора, чрез доктрината, която го поддържа, за кодифицирането на концепцията за „невъзможността“ (*Unmöglichkeit*) в немския BGB от 1900 г. (§ 275) и в италианския Codice civile от 1942 г. (чл. 1218) в разпоредбите, в които е определено правилото в материята за неизпълнението на облигационното отношение и договорната отговорност.

Според съдържанието на първоначалния текст на BGB от 1900 г, сега изменен през 2002 г., длъжникът се освобождава от задължението си, когато престацията стане невъзможна от настъпило обстоятелство/ факт, който не може

---

<sup>10</sup> Вж. RABEL, E. *Unmöglichkeit der Leistung, in Aus römischem und bürgerlichem Recht*. Festschrift f. Bekker. Weimar, 1907 (rist. Aalen 1970), p. 171 ss.; WOLLSCHLÄGER, CHR. *Die Entstehung der Unmöglich - keitslehre*. Köln-Wien, 1970, p. 7-18.

<sup>11</sup> Вж. SCHERMAIER, M. *‘Impossibilium nulla obligatio’*, cit., p. 244.

<sup>12</sup> Срв. например WOLLSCHLÄGER, CHR. *Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre*, cit., p. 118 ss.; WÜRTHWEIN, S. *Zur Schadensersatzpflicht wegen Vertragsverletzungen im Gemeinen Recht des 19. Jahrhun – derts*. Berlin, 1990, p. 75 ss.; също и ALBERS, G. *Perpetuatio obligationis*, cit., p. 71 ss. Вж. по-горе бел. 3 и по-долу бел. 22.

да му се вмени във вина (§ 275-1)<sup>13</sup>. Също в чл. 1218 на италианския Codice civile от 1942<sup>14</sup>, озаглавен „Отговорност на длъжника“ (*Responsabilità del debitore*), се казва: „Длъжникът, който не изпълнява точно дължимата престация, носи отговорност за поправяне на вредата, ако не докаже, че неизпълнението или забавата се дължат на невъзможност за престиране поради причина, която не може да му се вмени във вина“.

В действителност, невъзможността (начална или последваща) на престацията води във всички случаи до погасяване на облигационното отношение. Но всъщност при по-внимателен прочит погасяването настъпва и в хипотезата на последваща виновна невъзможност, която не определя - както обратно би изглеждало от логиката в римското право на *perpetuatio obligationis*, запазването на облигационното отношение (дори и с невъзможна престация), като се признава отговорност на длъжника за причиняването на вреда, причинена от невъзможността за престиране. Следователно идеята за перпетуиране на задължението не се развива първоначално в Пандектистиката, нито в съвременното кодифицирано право.

Концепцията за „невъзможността“ на престацията има централна роля в римското право по отношение на самото пораждане на облигационното отношение. Правилото - *regula iuris antiqui*: „*impossibilium nulla obligatio est*“ на Целз в D. 50.17.185. (Cels. l. 8 dig.) - е насочено предимно, от терминологична гледна точка, за означаване на първоначалното несъществуване на престацията към момента на акта за създаване на задължението (*nulla obligatio*)<sup>15</sup>, а не към една последващо

---

<sup>13</sup> „Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung in Folge ei - nes nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird“. Съдържанието на текста на § 275-1 след изменението е следния: „Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist“.

<sup>14</sup> Art. 1218 (*Responsabilità del debitore*): Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.

<sup>15</sup> Вж. по въпроса ARP, T. *Die anfängliche Unmöglichkeit*. Paderborn-München-Wien-Zürich, 1988, p. 63 ss.; FLUME, W. *Rechtsakt und Rechtsverhältniss*. Paderborn, 1990, p. 103 ss.; ZIMMERMANN, R. *The Law of Obligations*. Cape Town, 1990, p. 686 ss.; SCHERMAIER, M. 'Impossibilium nulla obligatio', *cit.*, p. 244; ALBERS, G. *Perpetuatio obligationis*, *cit.*, p. 74 ss.

настъпила невъзможност на задължение, произтичащо от договор. Затруднението да се реконструира конкретният контекст, в който Целз твърди това, пречи и да се разбере това (поне според намерението на Целз) дали вече е утвърдена *regula* в съдебната практика или не<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> LENEL, O. *Palingenesia iuris civilis. T. I.* Lipsiae, 1889, [n. 81] 142 e nt. 1, предполага с известно съмнение обвързаност с D. 19.1.31 pr. (Nerva l. 3 membr.) *Si ea res, quam ex empto praestare debebam, vi mihi adempta fuerit: quamvis eam custodire debuerim, tamen propius est, ut nihil amplius quam actiones persequendae eius praestari a me emptori oporteat, quia custodia adversus vim parum proficit. Actiones autem eas non solum arbitrio, sed etiam periculo tuo tibi praestare debebo, ut omne lucrum ac dispendium te sequatur* или с D. 21.2.31 (Ulp. l. 42 ad Sab.) *Si ita quis stipulanti spondeat «sanum esse, furem non esse, vispellionem non esse» et cetera, inutilis stipulatio quibusdam videtur, quia si quis est in hac causa, impossibile est quod promittitur, si non est, frustra est. sed ego puto verius hanc stipulationem «furem non esse, vispellionem non esse, sanum esse» utilem esse: hoc enim continere, quod interest horum quid esse vel horum quid non esse. sed et si cui horum fuerit adiectum «praestari», multo magis valere stipulationem: alioquin stipulatio quae ab aedilibus proponitur inutilis erit, quod utique nemo sanus probabit.* Прокулеанецът Нераций, в първия текст, отнасящ се за случая на последващо погиване (в правен смисъл) на продадената вещь поради насилственото ѝ отнемане („*vi adempta fuerit*“), се насочва към ограничаване на престацията на продавача (който носи отговорност за пазене на продадената вещь до момента на предаването ѝ чрез *traditio*) до цедиране на исковите в полза на купувача, които се отнасят до връщането на вещта. Мотивите на юриста впрочем не са основани толкова върху идеята за „невъзможност“, колкото върху по-малката ефективност и полезност на пазенето в случаите на упражнено насилие („*quia custodia adversus vim parum proficit*“). По-относим по материята е вторият текст, който посочва Ленел, в който Улпиан в коментара си по цивилното право (*libri ad Sabinum*) поддържа (с висока степен на вероятност въз основа на твърдяното в трите книги по цивилното право на Сабин) позицията, че се счита неефективна гаранционната стипулация относно обективни ситуации, свързани с обещания роб („*sanum esse, furem non esse, vispellionem non esse*“), когато ако се изпадне в такива ситуации (например при болен роб или дребен крадец или осквернител на гробове), запазването на задължението за изпълнение на обещаното е невъзможно („*impossibile est quod promittitur*“), докато обратното - ако той е здрав и почтен, стипулацията би следвало да се счита за валидна. Оттам от различното тълкуване на Улпиан (за което вж. моята гледна точка в „*L'obbligazione di „praestare“*“, *op. cit.*, p. 135 ss.), за което трябва да се имат предвид (в контекста на неговия труд) становищата на юристите преди Сабин (които обикновено се определят като *veteres*; по въпроса наскоро вж. обобщенията на MANTOVANI, D. *Quando i giuristi diventarono 'veteres'. Augusto e Sabino, i tempi del potere e i tempi della giurisprudenza.* – In: *Augusto. La costruzione del Principato.* Convegno 4-5 dicembre 2014, Roma, 2017, p. 257-325). Би могло да се мисли за юристите - като се започне от Катон Цензор и Маний Манилий (при *leges venditionis* като в първоначалната форма на гаранционни стипулации към договора за покупко - продажба – вж. моята гледна точка в *L'obbligazione di „praestare“*“, *op. cit.*, p. 133 ss.) и се стигне до Лабен (с това се обясняват и позоваванията на Квинт Муций Сцевола, Сервий Сулпиций Рух и Марк Антистий Лабен в IGai 1.188). Позоваването на тях се потвърждава от факта, че разглежданите *conceptiones verborum* се противопоставят на

В рамките на проблема за отговорността за неизпълнение, обратното, съществуването на правило от практиката, според което дължимото предполага възможност за изпълнение, изглежда не особено сигурно оценено. От тази последната гледна точка, според един фрагмент от юриста Венулей в материята за *stipulationes in dando*, включена в D. 45.1.137.4<sup>17</sup>, се прави разлика на *impedimentum naturale* от *difficultas*, като се определя правило, способно да разреши проблемите в казуистичен смисъл, което се отнася до термините и израза „*et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet*“. От друга страна относимата невъзможност (първоначална) се оценява по обективен, а не по субективен начин още от Сабин (D. 45.1.137.5: *Si ab eo stipu - latus sim, qui efficere non possit, cum alio possibile sit, iure factam obligationem Sabinus scribit*). В

---

една *sponsio* (*Si ita quis stipulanti spondeat*). Обосновката предполага концепция за невъзможност, свързана с конкретна, а не с абстрактна преценка, на човешкото поведение (вероятно предимно от гледна точка на *dare* и *facere*), с която се оценяват предимно негативни престации, свързани със съществуването или несъществуването на обективни условия („*quia si quis est in hac causa, impossibile est quod promittitu*“). Всъщност не е случайно, че Улпиан, преодолявайки най-древната концепция, потвърждава аргументацията си с включването в обещанието чрез глагола *praestari* (също като взема предвид употребата му в едикта на курулните едили). Друга възможна хипотеза предлага Torsten Arp, според когото текстът по-адекватно би следвало да се обвърже със същността на един друг текст, на юриста Помпоний от епохата на Хадриан - D. 18.1.6 pr. (Pomp. l. 9 ad Sab.) *Sed Celsus filius ait hominem liberum scientem te emere non posse nec cuiuscumque rei si scias alienationem esse: ut sacra et religiosa loca aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeatur, ut est campus Martius*. Вж. ARP, T. *Anfängliche Unmöglichkeit*, op. cit., p. 63, n. 3.

<sup>17</sup> D. 45.1.137.4 (Venul. l.1 stipul.) *Illud inspiciendum est, an qui centum dari promisit confestim te- neatur an vero cesset obligatio, donec pecuniam conferre possit. Quid ergo, si neque domi habet neque inveniatur creditorem? Sed haec recedunt ab impedimento naturali et respiciunt ad facultatem dan - di. Est autem facultas personae commodum incommodumque, non rerum quae promit- tuntur. Et alioquin si quis Stichum dari sponderit, quaeremus, ubi sit Stichus: aut si non multum referre videatur "Ephesi daturum se", an, quod Ephesi sit, cum ipse Romae sit, dare spondeat: nam hoc quoque ad facultatem dandi pertinet, quia in pecunia et in Sticho illud commune est, quod promissor in praesentia dare non potest. Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impe- dimentum s t ipulatoris pertinet, ne incipiat dici eum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit. 5. Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alio possibile sit, iure factam obligationem Sabinus scribit. За значението на този пасаж за реконструкцията на тезата на Friedrich Mommsen и у Savigny вж. WOLLSCHLÄGER, CHR. *Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre*, op. cit., p. 123 ss. За самия текст вж. и ALBERS, G. *Perpetuatio obligationis*, cit., p. 325-329.*

случая, когато веднага след сключването на *stipulatio* престацията стане „невъзможна“, промитентът отговаря и извън възможността, когато може да се установи, че неговото пряко и вредоносно поведение причинява самата (*culpa* в смисъл на *factum promissoris*: Paul. D. 45.1.91 pr.)<sup>18</sup>.

За проблема за последиците от неизпълнението на договорните задължения романистичната традиция, поне до Пандектистиката, счита за централна *regula iuris antiqui* на Улпиан в D. 50.17.23 (*'culpam praestare~casus a nullo praestantur'*). Това обяснява линията на континуитета по темата в романистиката чак до Domat и Pothier, и липсата на позоваване на концепцията за „невъзможността“ в първите кодифицирани разпоредби, които уреждат в общ план проблема за договорната отговорност<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> За съотношението между *factum promissoris* и *culpa* вж. по-долу. За невъзможността в римското право при стипулациите за даване вж. ARANGIO-RUIZ, V. *La responsabilità contrattuale in diritto romano*. Corso 1926-1927, Napoli, 1933<sup>2</sup> (rist. 1955), p. 9-28; MAYER-MALY, T. *Perpetuatio obligationis*. – IVRA, 7, 1956, p. 6 ss.; BETTI, E. *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano*. Roma, 1958, p. 9 ss.; CANNATA, C.A. *Appunti sulla impossibilità sopravvenuta e la culpa debitoris nelle obbligazioni da stipulatio in dando*. – SDHI, 32, 1966, p. 87 ss. и за самия текст p. 93 ss. [*Per lo studio della responsabilità per colpa*. (Corso di diritto romano 1967-1968). Milano, 1969, p. 90 ss.]; и по-новото изследване на MACCORMACK, G. *Factum debitoris and culpa debitoris*. – TR, 41, 1973, 59 ss.; KASER, M. *Perpetuari obligationem*. – SDHI, 46, 1980, p. 87 ss.; ZIMMERMANN, R. *The Law of Obligations*, cit., p. 783 ss.; CANNATA, C.A. *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*. Catania, 1996, p. 116 ss.; ID. *Quod veteres constituerunt*, cit., p. 85 ss.; SCHERMAIER, M. *'Impossibilium nulla obligatio'*, cit., p. 241-268; TORRENT, A. *Perpetuatio obligationis*, cit., p. 2685 ss.; SANTORO, R. *Perpetuari obligationem*, cit., p. 177 ss.; ALBERS, G. *Perpetuatio obligationis*, cit., p. 339 ss.

<sup>19</sup> Срв. Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis [CMBC; a.1756], IV,20,1; Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die deutschen Erblande austriaco [ABGB; a.1811], § 1294-1295; vd. I. BIROCCHI, U. PETRONIO, v. *'Responsabilità contrattuale (dir.intermedio)'*. – In: *Enciclopedia del diritto*. T. 39, 1988, 1069-1071. В тази връзка не бива да се надценява предвиждането на концепцията за невъзможността в Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten [ALR] от 1794 г., където концепцията има значение на граница на отговорността в случаите, когато неизпълнението се дължи на „Zufall“ или на „unabwendbare Gewalt und Uebermacht“ (§ 364: „Ensteht die Unmöglichkeit, den Geschloßenen Vertrag zu erfüllen, durch einen Zufall, oder durch unabwendbare Gewalt und Uebermacht, so wird der Vertrag für aufgehoben angesehen“). Всъщност и в ALR длъжникът отговаря към кредитора за неизпълнение на престация, определено „durch eigene Schuld“, търсейки интереса в отношението на своята „Verschuldung“ (§ 360: „Kann der Versprechende durch eigene Schuld dem Andern das Versprochene nicht geben oder leisten, so muß er für das Interesse nach Verhältniß seiner eintretende Verschuldung haften“). WOLLSCHLÄGER, CHR. *Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie* cit., 45, подчертава точно факта, че „Durch das Corpus Iuris dominiert der 'casus' als Befreiungsgrund, d.h. gemäß der Maxime 'casus a nullo praestantur' als derjenige abstrakte Tatbestand, für den der Schuldner grundsätzlich nicht haftet“; но обединява, като



В немската пандектна наука, обратното, и най-вече с Friedrich Mommsen, „невъзможността“ става централна категория от догматична гледна точка на отговорността за неизпълнение<sup>20</sup>. До първата половина на XIX в. традиционното схващане, което изразява границата на договорната отговорност, е за непреодолима сила (*vis maior*) и за случайно събитие (*casus*). Наистина, *vis maior* и *casus*. Когато се говори за „невъзможност“ в сферата на договорната отговорност, се разбира предимно неизпълнението поради непреодолима сила или случайно събитие. Friedrich Mommsen променя гледната точка, като приема Unmöglichkeit на престацията като единствено основание за освобождаване от отговорност за неизпълнение, като измества основния момент на логическия процес на тълкуването за определяне на договорната отговорност от преценката за неизпълнението, причинено по вина и в непреодолимите граници на случайното събитие, към „възможността“ за изпълнение<sup>21</sup>. Тази метаморфоза, обхваната и изучена в съчиненията по материята<sup>22</sup>, е имала пряко и косвено значение. Първото,

---

замества този технически термин с невъзможността, ALR с Историческата школа и Пандектистиката.

<sup>20</sup> MOMMSEN, FR. *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse*. Braunschweig, 1853, p. 228 ss.; WINDSCHEID, B. *Lehrbuch des Pandektenrechts, II.1*. Frankfurt, 1887, p. 58 ss. (Diritto delle Pandette, trad.it. FADDA, C., P.E. BENZA. Torino, 1904, T.2.I, p. 62 ss.). Предварително вече в този смисъл вж. VON SAVIGNY, F.K. *Pandektenvorlesung, 1824-1825*, hrsg. H. HAMMEN. Frankfurt am Mein, 1993, p. 219 ss., p. 256 ss.

<sup>21</sup> MOMMSEN, FR. *Die Unmöglichkeit der Leistung, cit.*, p. 237 ss. (по отношение на „Unmöglichkeit“ с латинските термини за ini di periculum e casus nelle fonti giuridiche romane). Струва си да отбележим това, което авторът твърди на с. 245 и на с. 247: „Aus demjenigen, was über die römische Terminologie bemerkt ist, ergibt es sich, daß weder der begriff des periculum, noch der casus geeignet ist, als Grundlage für die Darstellung der Lehre von der Wirkungen der ohne Verschulden des Debitor eintretenden Unmöglich - lichkeit der Leistung zu dienen. Der erstere Begriff ist denn auch nicht dazu benutzt worden, wohl aber der letztere. Die Lehre, welche uns hier beschäftigt, ist in Folge Davon bis in die neueste Zeit als die Lehre von Casus bezeichnet...“; „Um die Fehler derselben zu vermeiden, muß man, statt den Begriff des Casus an die Spitze der Lehre zu stellen, von der Unmöglichkeit der Leistung ausgehen ... Allsdann kann man sagen, daß der casus von den Verpflichtung befreit, wenn er eine Unmöglichkeit der Leistung herbeiführt“.

<sup>22</sup> Критика на тезата на F. Mommsen вж. в HARTMANN, G. *Die Obligation*. Erlangen, 1875, p. 222 ss.; RABEL, E.. *Unmöglichkeit der Leistung, cit.*, p. 174 ss.; BRECHT, A. *System der Vertragshaftung*. – In: *Jher.Jahrb.*, 53, p. 213 ss.; JAKOBS, H. H. *Unmöglichkeit und Nichterfüllung*. Bonn, 1969, p. 112 ss.; WOLLSCHLÄGER, CHR. *Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre, cit.*, p. 123 ss.; ZIMMERMANN, R. *The Law of Obligations, cit.*, p. 809 ss.; WÜRTHWEIN, S. *Zur Schadensersatzpflicht wegen Vertragsverletzungen, cit.*, p. 79 ss., p. 237 ss.

както вече казах, в нормативен план, според Windscheid завършва в кодифицирането му в BGB (§ 275)<sup>23</sup> и по-нататък, чрез посредничеството на Osti<sup>24</sup>, в чл. 1218 на италианския Codice civile от 1942 г. Второто намира израз в пандектизацията на правната мисъл така, че дори в правото, в което в гражданските кодекси не се споменава невъзможността в разпоредбите за неизпълнението, правната наука започва да говори за нея в смисъл на единствено ограничение за договорната отговорност<sup>25</sup>.

### **3. ΑΔΥΝΑΤΟΝ, IMPOSSIBILIS И NECESSTUDO: философската и реторическата мисъл за идеята за невъзможността**

Идеята, че задължението предполага възможност, изглежда логическото условие, което води римската юриспруденция в материята за *stipulationes in dando* до това, което е определено като *perpetuatio obligationis* в текста на Паул. Остава да се разбере фактът дали тази предпоставка е така да се каже „естествена и очевидна“ за *veteres* или е плод на теоретични разсъждения по въпроса<sup>26</sup>.

Отговорът преминава по необходимост през една историческа контекстуализация на идеята в съответствие със значимите разсъждения по въпроса в античната мисъл на Аристотел, Хризип и в реторическия *topos* на *necessitas*.

Според Аристотел в Никомаховата етика „моралната“ оценка за похвала или обвинение е възможна само ако човешкото поведение е „доброволно“ (ἑκούσιον),

---

<sup>23</sup> WINDSCHEID, B. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. II.1 cit., p. 61 ss. [= *Diritto delle Pandette* II. 1, cit., p. 65 ss.].

<sup>24</sup> Вж. критично обобщение на теорията за невъзможността за престиране в *Riv. Dir. Civ.*, 1918, p. 209 ss., p. 313 ss., p. 417 ss. [= in *Scritti giuridici*, Milano, 1973, I, 1 ss.].

<sup>25</sup> Например във Франция, Италия в отменения граждански кодекс от 1865 г. и в Испания.

<sup>26</sup> ALBERS, G. *Perpetuatio obligationis*, cit., 379: „Dass der Schuldner nicht aufhört, leisten zu sollen (oportere), wenn der Leistungsgegenstand untergeht oder der Leistung unmöglich wird, bedarf für die römischen Juristen der Früh- und Hochklassik weder besonderer Anordnung noch rechtfertigender Erklärung: es ist selbstverständlich. Befreien könnte ihn allein ein Leistungshindernis, das er nicht zu vertreten hätte (vis maior, casus)“.

докато тя не подлежи на такава преценка, когато то е „недоброволно“ (ἀκούσιον), т.е. ако се дължи на непреодолима сила (βία) или на неосъзнаване (ἄγνοια)<sup>27</sup>.

Според Хризип в правдоподобната аксиома (πιθανὸν) невъзможното води винаги до неточен силогизъм, докато възможното може да доведе до действителното<sup>28</sup>.

В реториката, предимно в модела, който прониква в римската култура през II-I в. пр. Хр.<sup>29</sup>, т.е. в хермагорейската система, теорията за причинността на човешката дейност придобива точно място за разсъждения в στάσεις<sup>30</sup>. Ако всъщност от една страна при Аристотел философско-етично взаимстване в

<sup>27</sup> Arist., Eth. Nic. 3.1 [1109b30]: τῆς ἀρετῆς δὴ περὶ πάθη τε καὶ πράξεις οὐσης, καὶ ἐπὶ μὲν τοῖς ἐκούσιοις ἐπαίνων καὶ ψόγων γινομένων, ἐπὶ δὲ τοῖς ἀκούσιοις συγγνώμης, ἐνίοτε δὲ καὶ ἐλέου, τὸ ἐκούσιον καὶ τὸ ἀκούσιον ἀναγκαῖον ἴσως διορίσαι τοῖς περὶ ἀρετῆς ἐπισκοποῦσι, χρησίμον δὲ καὶ τοῖς νομοθετοῦσι πρὸς τε τὰς τιμὰς καὶ τὰς κολάσεις. δοκεῖ δὲ ἀκούσια εἶναι τὰ βία ἢ δι' ἄγνοιαν γινόμενα 3.5 [1112a30]: αἰτία γὰρ δοκοῦσιν εἶναι φύσις καὶ ἀνάγκη καὶ τύχη, ἔτι δὲ νοῦς καὶ πᾶν τὸ δι' ἀνθρώπου. τῶν δ' ἀνθρώπων ἕκαστοι βουλευόμενοι περὶ τῶν δι' αὐτῶν πρακτῶν. 3.5 [1112b 24-27]: κἂν μὲν ἀδυνάτῳ ἐντύχῳσιν, ἀφίστανται, οἷον εἰ χρημάτων δεῖ, ταῦτα δὲ μὴ οἷόν τε πορισθῆναι: ἐὰν δὲ δυνατὸν φαίνεται, ἐγχειροῦσι πράττειν. δυνατὰ δὲ ἂ δι' ἡμῶν γένοιτ' ἄν: τὰ γὰρ διὰ τῶν φίλων δι' ἡμῶν πως ἐστίν: ἢ γὰρ ἀρχὴ ἐν ἡμῖν. Вж. по въпроса SAUVÉ MEYER, S. *Aristotle on Moral Responsibility*. Oxford, 1993; BOBZIEN, S. *Choice and Moral Responsibility* (NE III 1-5). – In: *The Cambridge Companion to Aristotle's Nicomachean Ethics*, ed. by R. POLANSKY. Cambridge, 2014, p. 81 ss.

<sup>28</sup> Diog. Laert. 7.75: "Ἐτι τε τὰ μὲν ἐστὶ δυνατά, τὰ δ' ἀδύνατα: καὶ τὰ μὲν ἀναγκαῖα, τὰ δ' οὐκ ἀναγκαῖα. δυνατὸν μὲν τὸ ἐπιδεκτικὸν τοῦ ἀληθῆς εἶναι, τῶν ἐκτὸς μὴ ἐναντιουμένων πρὸς τὸ ἀληθῆς εἶναι, οἷον "ζῆ Διοκλῆς": ἀδύνατον δὲ ὃ μὴ ἐστὶν ἐπιδεκτικὸν τοῦ ἀληθῆς εἶναι, οἷον "ἢ γῆ ἵππεται." ἀναγκαῖον δὲ ἐστὶν ὅπερ ἀληθῆς ὄν οὐκ ἔστιν.

<sup>29</sup> Влиянието на елинистичната култура в Рим се отнася към II в. пр. Хр., но в последния век на Републиката, когато се преодоляват моделите и предписанията на отделните *familiae*, процъфтяват школите по граматика и реторика: вж. CARCOPINO, J. *La vita quotidiana a Roma all'apogeo dell'impero*. (Roma – Bari, 1986 [trad. it. dell'ed. 1939]), p. 120 ss.; BONNER, S.F. *L'educazione nell'antica Roma. Da Catone il Censore a Plinio il giovane*. (Roma, 1986 [trad. it. ed. London 1977]), p. 68 ss.; p. 88 ss. По тези въпроси относително скорошно изследване за съчиненията на Аристотел върху римската култура с разкриване на езотеричните творби от страна на Сула вж. най-вече MORAUX, P. *Der Aristotelismus bei den Griechen, I*. Berlin - New York, 1973, p. 36 ss. При Аристотел единственият реторически τόπος, в който се открива точно каузално значение (*l'apo tou aitioy*), се ограничана в сферата на мотивите за действие: вж. повече в NÖRR, D. *Cicero Top. 4.22. Zur Anwendung der 'cautio damni infecti' bei einer Kommunmauer und zum rethorisch-philosophischen Topos 'apo tou aitioy'*. – In: *Symposium 1977*. Frankfurt, 1982, p. 269 ss., in particolare p. 298 ss.

<sup>30</sup> По въпроса вж. CALBOLI MONTEFUSCO, L. *La dottrina degli 'status' nella retorica greca e romana*. Hildesheim-Zürich-New York, 1986, p. 197 ss.

реториката по темата за теорията за причинно-следствената връзка<sup>31</sup> изглежда по-очевидно, при Хермагор, според класическата реконструкция на Matthes<sup>32</sup>, разсъжденията върху причините се изразяват в точни реторически τόποι.

По-специално, разсъжденията за причините за поведението се задълбочават в същността на два τόποι: ἐξ'αἰτίας и ἐξ'αὐτοῦ τοῦ πράγματος. В първото Хермагор определя субективните основания, мотивите на действащото лице, като с тях си служи, за да придаде или изключи неговата виновеност за дадено събитие. В своята същност при този τόπος се прави разлика между *impulsio* и *ratiocinatio*<sup>33</sup>. При второто се изследва обективна каузалност, т.е. онези обстоятелства, които независимо от причините, подтикнали действащото лице, са причинили събитието<sup>34</sup>.

Друг значим τόπος се отнася до *status qualitatis*, в който се откриват аргументите, относими към условията на осъществяване на събитието. Чрез тези аргументи реторът не достига до финалната теза за отричане на каузалната връзка между субекта и събитието, когато създава тезата за акцентирание на извинителността за самото събитие<sup>35</sup>. Значими са и τόποι за *concessio* и *purgatio*: по-специално при второто *excusatio necessitatis* налага защитата на тезата за

---

<sup>31</sup> Същност при Аристотел теорията за каузата се появява в сферата *quaestio iudicialis*, като не е обект на някакъв особен реторичен *topos*, но има висока степен на задълбочаване в *physika* [Ross] II, 3, 194b,16 ss. (да се съпостави със Сенека - Sen., *Epist.* 65.4) и IV, 8, 215a,2-7 и след това в етическите трактати, в които централно е разграничаването между волевите и неволните действия: *Eth.Nic.*[Bywater] III, 1109b,30 ss. (вж. по-горе бел. 27); V, 8, 1135a,18ss.: ἀδίκημα δὲ καὶ δικαιοπράγημα ὠρισταὶ τῷ ἐκούσιῳ καὶ ἀκούσιῳ: ὅταν γὰρ ἐκούσιον ᾗ, ψέγεται, ἅμα δὲ καὶ ἀδίκημα τότε ἐστίν: ὡς τ' ἔσται τι ἄδικον μὲν ἀδίκημα δ' οὐπῶ, ἂν μὴ τὸ ἐκούσιον προσῆ. λέγω δ' ἐκούσιον μὲν, ὡς περ καὶ πρότερον εἴρηται, ὃ ἂν τις τῶν ἐφ' αὐτῷ ὄντων εἰδῶς καὶ μὴ ἀγνοῶν πράττη μῆτε ὄν μῆτε ὦ μῆτε οὐ ἔνεκα, οἷον τίνα τύπτει καὶ τίτι καὶ τίνος ἔνεκα, κάκεινων ἕκαστον μὴ κατὰ συμβεβηκὸς μηδὲ βία (ὡς περ εἴ τις λαβὼν τὴν χεῖρα αὐτοῦ τύπτει ἕτερον, οὐχ ἐκὼν: οὐ γὰρ ἐπ' αὐτῷ): ἐνδέχεται δὲ τὸν τυπτόμενον πατέρα εἶναι, τὸν δ' ὅτι μὲν ἄνθρωπος ἢ τῶν παρόντων τις γινώσκειν, ὅτι δὲ πατὴρ ἀγνοεῖν: ὁμοίως δὲ τὸ τοιοῦτον διωρίσθω καὶ ἐπὶ τοῦ οὐ ἔνεκα, καὶ περὶ τὴν πράξιν ὄλην. τὸ δὲ ἄγνοούμενον, ἢ μὴ ἀγνοούμενον μὲν μὴ ἐπ' αὐτῷ δ' ὄν, ἢ βία, ἀκούσιον.

<sup>32</sup> MATTHES, D. *Hermagoras von Temnos. - Lustrum*, 3, 1958, p. 58 ss.

<sup>33</sup> MATTHES, D. *Hermagoras, cit.*, p. 143 ss.; MARTIN, J. *Antike Rethorik, cit.*, p. 117.

<sup>34</sup> MATTHES, D. *Hermagoras, cit.*, p. 144; MARTIN, J. *Antike Rethorik, cit.*, p. 118.

<sup>35</sup> Questi *topoi* hanno, rispetto a quelli elaborati da Ermagora nello *status coniecturalis*, una radice più antica nel modello di Anassimene ed in Aristotele; vd. MARTIN, J. *Antike Rethorik, cit.*, p. 36 ss.

непреодолимост на събитието, основана на външни обстоятелства<sup>36</sup>. Реторическите разсъждения относно *causae* в съдържанието на тези *topoi* се доближават до етическите относно каузалността, в която е въплътена идеята за непреодолимостта на събитието, причинено от неволно поведение.

Цицерон (*De inv.*, 2.15.5) прецизно следва хермагорейската систематика, разграничавайки *controversia coniecturalis* в няколко τόποι: ‘*ex causa*’ (ἐξ αἰτίας), ‘*ex persona*’ (ἐκ προσώπου) и ‘*ex facto ipso*’ (ἐξ αὐτοῦ τοῦ πράγματος). По отношение на първия *topos* Цицерон говори за *impulsio* и за *ratiocinatio* (*De inv.* 2.17-25). След като разглежда *locus ‘ex persona’*, той се задълбочава в определянето на *locus, tempus, occasio* и *modus*. За този последния „*topos*“ се разглеждат особеностите в поведението на действащото лице, което поведение е последица от *prudentia* или *imprudentia*. Чрез оценката на „неволността“ поради *inscentia, casus* или *necessitas* се признава действието на *purgatio*<sup>37</sup>. А с *purgatio* от друга страна се разширява съществуването на обстоятелства, които да изключат волевия характер на поведението: както твърди самият Цицерон „*non factum ipsum, sed voluntas defenditur*“ (*De inv.* 2.31.94). Неволното поведение се проявява в случаите на *imprudentia* (*De inv.* 2.31.95)<sup>38</sup>, на *casus* (*De inv.* 2.31.96)<sup>39</sup> и на *necessitudo* (*De inv.* 2.32.98)<sup>40</sup>.

За да обобщи аргументацията относно *accusator* и *defensor* Цицерон твърди:

*De inv.* 2.33.101-102. *Defensor autem conversis omnibus his partibus poterit uti; maxi - me autem in voluntate defendenda commorabitur et in ea re adaugenda, quae voluntati fuerit impedimento; et se plus, quam fecerit, facere non potuisse; et in omnibus*

<sup>36</sup> MATTHES, D. Hermagoras, cit., p. 162 ss.; MARTIN, J. *Antike Rethorik, cit.*, p. 41. Ne approfondiscono l'importanza rispetto al ragionare dei giuristi CONDANARI-MICHLER, S. *Vis extrinsecus admota. Ein Beitrag zum Einfluß der griechischen Philosophie auf Roms Juristen.* – In : *Festschrift für Leopold Wenger 70.* G. München 1940, p. 236 ss.; GIARO, T. ‘*Excusatio necessitatis*’ nel diritto romano. Warszawa, 1982, p. 19 ss.

<sup>37</sup> MARTIN, J. *Antike Rhetorik, cit.*, p. 112.

<sup>38</sup> *Imprudentia est, cum scisse aliquid is, qui arguitur, negatur; ut apud quosdam lex erat: Ne quis Dianae vitulum immolaret. Nautae quidam cum adversa tempestate in alto iactarentur, voverunt [...] Imprudentes legis, cum exissent, vitulum immolaverunt.*

<sup>39</sup> *Casus autem infertur in concessionem, cum demonstratur aliqua fortunae vis voluntati obstitisse, ut in hac: [...] flumen enim subito adcrevit.*

<sup>40</sup> *Necessitudo autem infertur, cum vi quadam reus id, quod fecerit, fecisse defenditur, hoc modo: [...] vis ventorum invitis nautis in Rhodiorum portum navem coegit.*

*rebus volunta - tem spectari oportere; et se convinci non posse, quod absit a culpa; suo nomine communem hominum infirmitatem posse damnari. deinde nihil esse indignius quam eum, qui culpa careat, supplicio non carere. Loci autem communes: accusatoris in confessionem, et quanta potestas peccandi relinquuntur, si semel institutum sit, ut non de facto, sed de facti causa quaeratur; defensoris conquestio est calamitatis eius, quae non culpa, sed vi maiore quadam acciderit, et de fortunae potestate et hominum infirmitate et, uti suum animum, non even - tum considerent.*

Аргументацията е центрирана върху липсата на вина (*'calamitas quae non culpa sed vi maio - re quadam acciderit'*) като конкретен момент за определяне на „възможното“ усилие в поведението, което е причинило събитието, за което ответникът е обвинен (*„et se plus, quam fecerit, facere non potuisse“*)<sup>41</sup>. Изключването на вината (*culpa*) на действащото лице било от субективна гледна точка (*imprudencia, inscientia*) или обективно (*vis maior, casus, necessitudo*), показва целта на оратора при защитата на обвиняемия да се позове на невиновно причиняване на събитието.

Видно е как един значителен масив от разсъждения относно *adynaton* и *necessitudo* се представя в античното мислене, макар и да се използват съвсем нехомогенни термини и на несъпоставими нива.

Така от значение е да подчертаем как Квинтилиан припомня тази трета аргументация на оратора в реторическите наставления (наред с *honestum* и *utile*), самото дѳватов, *quod nostri 'possibile' nominant: quae ut dura videatur appellatio, tamen sola est (Inst. orat. 3.8.25)*<sup>42</sup>.

При римските юристи, отстоявайки значението на изразеното правило на Целз *impossibilium nulla obligatio est* (Cels. I. 8 dig. D. 50.17.185), което налага като предпоставка за пораждане на облигационно отношение възможната природа на престацията, е показателно, че лингвистичният модел на връзката дѳватов –

<sup>41</sup> За подчертаването на *culpa caret* вж. SCHERMAIER, M. '*Impossibilium nulla obligatio*', cit., p. 248.

<sup>42</sup> SCHERMAIER, M. '*Impossibilium nulla obligatio*', cit., p. 252 и по-специално п. 48; срв. и ALBERS, G. *Perpetuatio obligationis*, cit., p. 297.

*impossibilis* вече съществува в съчиненията на Сервий Сулпиций Руф и Марк Антистий Лабенон<sup>43</sup>.

#### 4. „*Perpetuari obligationem*“: проблем на облигационното отношение или на иска?

Най-значимото свидетелство по тази материя несъмнено е един дълъг фрагмент от *libri ad Plautium* на Паул (D. 45.1.91.pr.-6)<sup>44</sup>, в който терминологията за

---

<sup>43</sup> D. 28.5.46 (Alfenus 2 dig. a Paulo epit.): «*si Maevia mater mea et Fulvia filia mea vivent, tum mihi Lucius Titius heres esto*». Servius respondit, si testator filiam numquam habuerit, mater autem supervixisset, tamen Titium heredem fore, quia id, quod impossibile in testamento scriptum esset, nullam vim haberet. D. 28.7.20 pr. (Labeo 2 post. a lav. epit.): *Mulier, quae viro suo ex dote promissam pecuniam debebat, virum heredem ita instituerat, si eam pecuniam, quam doti promississet, neque petisset neque exegisset. puto, si vir denuntiasset ceteris heredibus per se non stare, quo minus acceptum faceret id quod ex dote sibi deberetur, statim eum heredem futurum. quod si solus heres institutus esset in tali condicione, nihilo minus puto statim eum heredem futurum, quia ὀδύνατος condicio pro non scripta accipienda est.* За двата текста вж. ALBERS, G. *Perpetuatio obligationis, cit.*, p. 306-309.

<sup>44</sup>D. 45.1.91 pr.-7 (Paul. 17 ad Plaut.): *Si servum stipulatus fuero et nulla mora intercedente ser- vus decesserit: si quidem occidat eum promissor, expeditum est. sin autem neglegat infirmum, an teneri debeat promissor, considerantibus, utrum, quemadmodum in vindicatione hominis, si neglectus a possessore fuerit, culpae huius nomine tenetur possessor, ita et cum dari promisit, an culpa, quod ad stipulatio nem attinet, in faciendo accipienda sit, non in non faciendo? quod magis probandum est, quia qui dari promisit, ad dandum, non faciendum tenetur. 1. Sed si sit quidem res in rebus humanis, sed dari non possit, ut fundus religiosus puta vel sacer factus vel servus manumissus, vel etiam ab hostibus si capiatur, culpa in hunc modum diiudicatur, ut, si quidem ipsius promissoris res vel tempore stipulationis vel postea fuerit et quid eorum acciderit, nihilo minus teneatur, idemque fiat et si per alium, posteaquam ab hoc alienatus sit, id contigerit. sin autem alienus fuit et ab alio tale quid accidit, non tenetur, quia nihil fecit., nisi si posteaquam moratus est solutionem, aliquid huiusmodi acciderit: quam distinctionem et Iulianus sequitur. item si homo, qui fuit promissoris, ex praecedenti causa ablatu s ei fuerit, quod statuli- ber fuit, perinde habendus sit, ac si alienum promississet, quia sine facto ipsius desiit eius esse. 2. De illo quaeritur, an et is, qui nesciens se debere occiderit, teneatur: quod Iulianus putat in eo, qui, cum nesciret a se petitum codicillis ut restitueret, manumisit. 3. Sequitur videre de eo, quod veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intellegendum sit. et qui- dem si effecerit promissor, quo minus solve re possit, expeditum intellectum habet constitutio: si vero moratus sit tantum, haesitatur, an, si postea in mora non fuerit, extinguatur superior mora. et Celsus adulescens scribit eum, qui moram fecit in solvendo Stichum quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo: esse enim hanc quaestionem de bono et aequo: in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose, inquit, erratur. et sane probabilis haec sententia est, quam quidem et Iulianus sequitur: nam dum quaeritur de damno et par utriusque*

*perpetuatio obligationis* се използва шест пъти с глагола и веднъж с форма на прилагателно, но винаги във връзка с *obligatio*. Терминологията, свързана с *obligatio* се среща и в един друг текст на Паул (I. 4 resp. D. 17.1.59.5), но в различен смисъл от този в *libri ad Plautium*, като юристът от епохата на Северите в този случай определя *obligatio perpetua* задължението на манданта при *mandatum pecuniae credendae*, за да посочи запазването му при смърт на основния длъжник - събитие, при което мандантът трябва да ограничи своята гаранция при прекратяването на мандата<sup>45</sup>.

За *obligatio perpetua* говори и Улпиан в своите *libri ad edictum*, за да определи непогасяването на *dare oportere* при погасяване на иска (*actio temporaria*) в случая, когато вече е осъществена *litis contestatio* и кредиторът се е заклел за съществуването на задължението [D. 12.2.9.3 (Ulp. 22 ad ed.)]<sup>46</sup>. Това свидетелство придобива известно значение предвид на това, че самият погасителен ефект на *litis contestatio* в съдебното дело, както ще видим в следващия параграф, може да играе

---

*causa sit, quare non potentior sit qui teneat, quam qui persequitur? 4. Nunc videamus, in quibus personis haec constitutio locum habeat. quae inspectio duplex est, ut primo quaeramus, quae personae efficiant perpetuam obligationem, deinde quibus eam producant. utique autem principalis debitor perpetuat obligationem: accessiones an perpetuent, dubium est. Pomponio perpetuare placet: quare enim facto suo fideiussor suam obligationem tollat? cuius sententia vera est: itaque perpetuatur obligatio tam ipsorum quam successorum eorum. accessionibus quoque suis, id est fideiussoribus, perpetuant obligationem, quia in totam causam sponderunt. 5. An filius familias, qui iussu patris promisit, occidendo servum producat patris obligationem, videndum est. Pomponius producere putat, scilicet quasi accessionem intellegens eum qui iubeat. 6. Effectus huius constitutionis ille est, ut adhuc homo peti possit: sed et acceptum ei posse ferri creditur et fideiussorem accipi eius obligationis nomine. novari autem an possit haec obligatio, dubitationis est, quia neque hominem qui non est neque pecuniam quae non debetur stipulari possumus. ego puto novationem fieri posse, si hoc actum inter partes sit, quod et Iuliano placet.*

<sup>45</sup> D. 17.1.59.5 (Paul. 4 resp.): « ille illi salutem. mando tibi, ut Blaesio Severo adfini meo octoginta credas sub pignore illo et illo: in quam pecuniam et quidquid usurarum nomine accesserit indemnem rationem tuam me esse ex causa mandati in eum diem, quoad vixerit Blaesius Severus, praestaturum ». postea saepe conventus mandator non respondit: quaero, an morte debitoris liberatus sit. Paulus respondit mandati obligationem perpetuam esse, licet in mandato adiectum videatur indemnem rationem tuam me esse ex causa mandati in eum diem, quoad vixerit Blaesius Severus, praestaturum.

<sup>46</sup> Si is, qui temporaria actione mihi obligatus erat, detulerit iusiurandum, ut iurem eum dare oportere, egoque iuravero, tempore non liberatur, quia post litem contestatam cum eo perpetuatur adversus eum obligatio.



определена роля по отношение на „континуитета“ и перпетуирането на първоначално дължимото в случаите на погиване на обекта на престацията.

Един значителен брой свидетелства се отнася до *actiones* или *exceptiones perpetuae* (като ги противопоставят на *actiones/exceptiones temporales* или *temporariae*)<sup>47</sup>.

Според тезата на Raimondo Santoro<sup>48</sup>, неразривно свързана с неговата реконструктивна хипотеза за късното пораждане на идеята за облигационното отношение като задължение за престация, проблемът на *perpetuatio obligationis* би могъл да се обясни в исторически ракурс. По времето на *veteres* всъщност не би могло да се поставя въпрос за перпетуиране на задължението (в смисъл на дължимо престиране), а изключително да се приема постоянният характер на иска (следователно и на отговорността), което налага да се предположи, че зад модернизирания облик на „perpetuarsi“ на облигационното отношение според Паул се крие „запазването на възможността на ищеца да предяви иск така, както ако вещта все още би съществувала“<sup>49</sup>. Терминологичният ключ на *perpetuatio obligationis* от страна на Паул прикрива всъщност едно първоначално значение на правилото с термините на *perpetuatio actionis*, т.е. запазването на иска дори при погиването на вещта - обект на *oportere*, когато това погиване е по вина на промитента или на негова забава. В основата на тази конструкция се привеждат

---

<sup>47</sup> *Actiones perpetuae* не са само *actiones civiles*, но и *actiones praetoriae*, докато *actiones temporales* са предимно пеналните иски, предоставени *intra annum* на основата на *iurisdictio praetoria* (Вж. Cassius in Paul. 1 *ad ed. praet.* D. 44.7.35. pr.; Gai. 4.110-111). В становищата на римските юристи особено се откроява тенденцията да се определят като *temporales* само преторските иски, в които на основата на едикта е изрично декларирано, че *verba edicti intra annum*. Улпиан по темата за *actio servi corrupti* твърди, че този иск е перпетуиран, а не срочен, поради което може да се предявява и от наследниците, но не и срещу наследници поради неговия пенален характер (Ulp. 23 *ad ed.* D. 11.3.13. pr.). Пак Улпиан в материята на *iusiurandum*, даден на кредитора и с предмет *eum dare oportere*, по отношение на облигационно отношение, защитено с *actio temporaria*, по отношение на която е ефектът на *iusiurandum* (giudiziale), ако веднъж е погасен искът за защита, то *perpetuatio obligationis* настъпва чрез *litis contestatio*, за да се запази стойността на самия *iusiurandum* (Ulp. 22 *ad ed.* D. 12.2.9.3).

<sup>48</sup> SANTORO, R. *Perpetuari obligationem, cit.*, p. 177 ss.

<sup>49</sup> SANTORO, R. *Perpetuari obligationem, cit.*, p. 191.

текстовете от Paul. Sent. 5.7.4<sup>50</sup>, Ulp. 78 *ad ed. D.* 45.1.82.1<sup>51</sup> и Paul 5 *ad Plaut. D.* 44.7.45<sup>52</sup>, в които се открива значението на пауловото „*ut adhuc homo peti possit*“ като специфичен ефект на *constitutio veterum* (Paul 17 *ad Plaut. D.* 45.1.91.6.)<sup>53</sup>.

За този учен „догматичният проблем“ съществува „само за класическите юристи, които отнасят личното обвързване с *obligatio*, но не и за *veteres*, които не познават още това понятие за *obligatio*, а само за *action*“<sup>54</sup>.

От тази гледна точка един фрагмент от *libri disputationum* на Трифонин в D. 13.1.20<sup>55</sup> относно казус, в който субектът (*ego*), макар и да е могъл, но не е предявил *condictio rei* (*condicere eam*) срещу крадец (*fur*), докато дължимата вещ съществува (*dum in rebus humanis res fuerat*). Проблемът, на който *veteres* дават разрешение, е свързан с последиците от настъпило погиване на вещта върху възможността на лицето да упражни *condictio* срещу крадеца. Мотивите, предложени от Трифонин, са свързани с преобладаващата оценка на тежестта на неправомерния акт, извършен от крадеца, пред така наречената процесуална забава от страна на *dominus*, което означава, че крадецът се счита винаги в забава да върне откраднатата вещ. Така *veteres* поддържат, че е налице субстанционално, а не процесуално понятие за забава на крадеца (*fur semper mora facere videtur*) и че се изгубва самата

---

<sup>50</sup> *Cum facto promissoris res in stipulatum deducta intercidit, perinde agi ex stipulatu potest, ac si ea res extaret.*

<sup>51</sup> *Si post moram promissoris homo decesserit, tenetur nihilo minus, proinde ac si homo viveret.*

<sup>52</sup> *Is, qui ex stipulatu Stichum debeat, si eum ante moram manumiserit, et is, priusquam supe eo promissor conveniretur, decesserit, non tenetur: non enim per eum stetisse videtur, quo minus eum praestaret.*

<sup>53</sup> SANTORO, R. *Perpetuari obligationem, cit.*, p.192.

<sup>54</sup> SANTORO, R. *Perpetuari obligationem, cit.*, p.195.

<sup>55</sup> *Licet fur paratus fuerit excipere conductionem et per me steterit, dum in rebus humanis res fuerat, condicere eam, postea autem perempta est, tamen durare conductionem veteres voluerunt, quia videtur, qui primo invito domino rem contrectaverit, semper in restituenda ea, quam nec debuit auferre, moram facere.* За този текст вж. SANTORO, R. *Perpetuari obligationem, cit.*, p. 195-197, където е посочена и библиография за него, към което може да се добави и SACCOCCIO, A. 'Si certum petetur'. *Dalla condictio dei veteres alle condictiones giustinianee.* Milano, 2002, p. 111-113; ALBERS, G. *Perpetuatio obligationis, cit.*, p. 177-181.

първоначална *condictio rei*, насочена към връщането на вещта, то ест *rem dare oportere*<sup>56</sup>.

Без да се засяга фактът, че това, което поддържа Raimondo Santoro, притежава собствена степен на съгласуваност, ако се изхожда от предположението, че идеята за облигационното отношение като задължение за престиране съзрява доста късно в римската правна наука (но не и преди Сабин), то се съдържат известни обърквания, ако се приеме хипотезата за препрочитане на *perpetuatio actionis* на *veteres* в *perpetuatio obligationis* на Паул. Макар и да бихме искали да се присъединим към историческата реконструкция на Santoro<sup>57</sup>, всъщност остава неразбираемо по силата на какъв мотив Паул (по времето, когато облигационното отношение със сигурност е придобило материалноправно значение, както приема и Santoro, което е свързано със задължението за престиране и следователно една концептуална физиономия, твърде различна от тази за *actione teneri*) би приел това догматично смесване - да интерпретира перпетуирането на *condictio* в случая на виновно погиване на дължимата вещ с перпетуиране на самото задължение, което от своя страна поражда цяла серия от проблеми, напълно непознати на *veteres*<sup>58</sup>.

Считам, обратното, че появата на правилото на *veteres* по въпроса на *condictio*, с която ищецът иска от ответника *rem dare oportere*, показва една завладяваща логика с термини от материалноправен, а не процесуален характер. Ако се приеме перпетуирането на иска при погиването на вещта би означавало всъщност, че и за *veteres* запазването на *oportere* се признава на ниво нереалното съществуване на погиналата вещ<sup>59</sup>. Използването на осъвременения израз за *constitutio veterum* от страна на Паул по отношение на термина *perpetuari obligationem* ми се струва много по-подходящо за описание на специфичния ефект,

---

<sup>56</sup> ALBERS, G. *Perpetuatio obligationis*, cit., p. 179: „Das *durare* der *condictio*, die zuvor beschrieben wurde als Tätigkeit des *condicere eam* (nämlich *rem* !), deutet jedenfalls auf ihren unveränderten Fortbestand also eine *condictio rei*. Ihr Gegenstand ist die Sache selbst, nicht ihr Geldwert“.

<sup>57</sup> Виж моята гледна точка в 'Damnatio' e 'oportere' nell'obbligazione, op. cit., p. 271 ss. (за *oportere* по отношение на *obligatio*).

<sup>58</sup> Да се види например гледната точка, от която е разгледан текста на D.45.1.92.6; SANTORO, R. *Perpetuari obligationem*, cit., p. 207-208. За една друга позиция вж. ALBERS, G. *Perpetuatio obligationis*, cit., p. 234 ss., p. 284 ss.

<sup>59</sup> Вж. по-горе бел. 5.

който придава на ниво запазване на задължението, т.е. перпетуиране на *oportere*, а не само перпетуиране на иска. От друга страна, както от известно време се твърди в доктрината, има и друг момент, при който *constitutio veterum* може да се счита за терминологично модернизиране от Паул, без да се променя неумолимо значението на термина. Става въпрос за различни форми на терминологията, с които се определя виновното поведение, което се поражда при използването на термина *culpa* в Пауловата версия на *constitutio veterum* (*quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem*), а не толкова на *si per eum stat quominus detur* (Pomp. 9 ad Sab. D. 45.1.23)<sup>60</sup> и на тази при *factum promissoris*<sup>61</sup>.

От друга страна предимно в материята за *condictio*, според Гай в IGai.3.180-181 *veteres* са създали една изтънчена теория за погасителния ефект на *litis contestatio* върху *dare oportere*, което самият Гай прочита с термините за погасяване на *obligatio*<sup>62</sup>. Трябва да отбележим, че Гай препрочита правилото на *veteres* като напълно ясно за разграничаване на отношението между ищеца и ответника, като го разглежда преди *litis contestatio* (*obligatio principalis*), след *litis contestatio*, но преди осъдителното решение (*litis contestatione teneri*) и след осъдителното решение (*ex causa iudicati teneri*), докато *veteres* определят всичките три фази на отношенията между ищец и ответник с термина *oportere*<sup>63</sup>. Така също и самият Гай посочва, че неговите разсъждения са показателни за едно модернизирано отношение (*et hoc est, quod apud veteres scriptum est*) между *obligatio principalis* и *dare oportere* на *veteres*, между неговото *litis contestatione teneri* и тяхното *condemnari oportere* и накрая, между неговото *ex causa iudicati teneri* и тяхното *iudicatum facere oportere*.

---

<sup>60</sup> *Si ex legati causa aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas, non aliter post mortem eius tenearis mihi, quam si per te steterit, quo minus vivo eo eum mihi dares: quod ita fit, si aut interpellatus non dedisti aut occidisti eum.*

<sup>61</sup> MACCORMACK, G. *Factum debitoris and culpa debitoris, cit.*, p. 59 ss. Срв. дискусиата в CANNATA C.A.. *Quod veteres constituerunt, cit.*, p. 444-445 и SANTORO, R. *Perpetuari obligationem, cit.*, p. 182-188.

<sup>62</sup> Gai 3.180-181: *Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum. Nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione; sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa iudicati teneri. Et hoc est, quod apud veteres scriptum est ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere.*

<sup>63</sup> За комплексните проблеми на значението на трите отношения на *oportere* моята гледна точка е отразена в *'Damnatio' e 'oportere' nell'obbligazione, op.cit.*, p. 254 ss.

Така *dare oportere* е показателен знак за разбиране на *dictum* на *veteres*. Всъщност за разлика от *obligatio principalis* у Гай, *dare oportere* насочва към същинската схема на задължението за *certum*, което може да се търси било чрез *legis actio per iudicis postulationem (certum dari oportere ex sponsione)*, било чрез *legis actio per condictioem (certa pecuniam vel certa rem dari oportere)* или накрая и с формуларната *condictio*.

Погасяването на *dare oportere* и неговото трансформиране в *condemnari oportere* в езика на *veteres* изразява точен правен ефект - за невъзможността отново да се води дело (*agere*) по въпроса. Това ми изглежда като една различна конструкция спрямо изразеното от Паул правило с термина *perpetuari obligationem*. За *veteres* така нареченото *perpetuari obligationem*, при погиването на вещта - обект на задължението *rem dare oportere*, прави невъзможно предявяването на *condictio* заради невъзможността да се даде дължимото. Но за да се преодолее неточното използване на предложениния механизъм, когато погиването на *res* е по вина на самия длъжник или е поради неговата забава, *veteres* приемат възможността да се предяви иск с тълкуване (*interpretatio*), произтичащо от едно новосъздадено право (*constitutio*), което на нивото на нереалното счита *dare oportere* за съществуващо и непогасено, следователно и за перпетуирано<sup>64</sup>.

На ниво на реалността, нереалното перпетуиране на *rem dare oportere*, което е невъзможно, води до изразяване на идеята за изпраждане на задължението, което все пак остава да съществува само чрез конкретната му връзка с възможността да се предяви иск. Но трябва да се има предвид значимият факт, че в същността на историческото тълкуване на *constitutio veterum* трябва да се постави в центъра и този интерпретативен проблем. Приема се, че Паул, за да направи една автентична *re-interpretatio*, със своя собствена концепция и

---

<sup>64</sup> CANNATA, С.А. *Quod veteres constituerunt, cit.*, р. 450, набляга върху догматичното значение, което трябва да се даде конкретно на перпетуирането на облигационното отношение според *veteres така*: „длъжникът, който по своя вина е причинил невъзможност за изпълнение, се призовава да отговаря за факта, който не може да изпълни. Той не носи отговорност за изпълнението на една вторична престация на мястото на първоначалната, а носи отговорност по иска на кредитора за нея. Както е видно, *veteres* с идеята за *perpetuatio* точно определят ситуацията, която ние наричаме отговорност и по един доста по-ясен начин не се занимават със заместваща престация“

терминология, всъщност „извършва предателство“ на значението и догматичната същност (което не изключва по-нататъшни съмнения, макар да е сигурно и надявам се, това да не се дискутира, че севериановият юрист Паул познава прекрасно римското право от предходните столетия) на установеното от *veteres*, най-вече в правния контекст на създаването на правилото - за което ми се струва, че доктрината е напълно съгласна - това на *condictio*, което е ключовият момент в същинското значение *constitutio*. Ефектът за предявяването пред съд на *condictio* дори при погиването на дължимата вещь е свързано с преодоляване на трудностите в правото, които в епохата на *veteres* са изглеждали непреодолими от гледна точка на реалността. Същото определяне на разрешението, което Паул открива у по-старите юристи и определя с термина *constitutio*, показва, от моя гледна точка, че не е изгубена конститутивната ефикасност за създаването на ново право (*ius*) чрез тълкуване *interpretatio*. Всъщност, предимно за *veteres*, предпоставката за възможното предявяване на *conditio*, свързана с необходимото съществуване на *rem dare oportere*, налага на нивото на нереалността, при невъзможно вменяване на вина на длъжника, да се направи оценка на реалността, както ако все още би съществувала вещта. Това е единственият път за юристите от тази епоха, който позволява запазването на *condictio* и в случаите за невъзможно престиране. Струва ми се особено подходящо, когато самият Паул твърди, обвързвайки като ефект, а не като предпоставка на *constitutio veterum* за *perpetuari obligationem* запазването на възможността за предявяване на иск (D. 45.1.91.6: *Effectus huius constitutionis ille est, ut adhuc homo peti possit*)<sup>65</sup>.

## 5. Заключителни обобщения

*Perpetuatio obligationis* е положена с терминологията, присъща на последващата след *veteres* юриспруденция, на една съзидателна *interpretatio* на правото (*ius*), създадено от юристите на Късната Република или в началото на

---

<sup>65</sup> ALBERS, G. *Perpetuatio obligationis, cit.*, p. 64-66, p. 118-235 (където има обширни и задълбочени изследвания на процесуалното значение на *constitutio veterum*).

Принципата (или поне преди Сабин), която включва обаче предходната традиция, определена като *constitutio*<sup>66</sup>.

Терминологичното формулиране може да се счете като модернизация в съчиненията на юриста от епохата на Северите Паул, но според мене това не променя безнадеждно неговото догматично съдържание. Това е актуален израз на всичко, което технически е било ефектът на *constitutio veterum* на нивото на ищеца в случай на погиване на вещта, обект на *rem dare oportere* по причина, вменена във вина на длъжника.

*Veteres* поддържат, че запазването на възможността да се предяви иск - в случая *condictio* за *rem dare oportere* е основано предимно върху идеята, че *rem dare oportere* се перпетуира дори и при погиване на дължимата вещ.

---

<sup>66</sup> За *interpretatio* на римските юристи на правото (*ius*) като форма, която участва в обичайното създаване на правото вж. GALLO, F. *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni di diritto romano*. Torino, 1993.

## ДЛЪЖНИЦИ И ДЪЛГОВЕ: НОВИ ПЕРСПЕКТИВИ\* (НА БЪЛГАРСКИ ЕЗИК)

**Проф. д-р Себастиано Тафаро**

Университет „Алдо Моро“, Бари, Италия

**Резюме:** Текстът на статията е редактиран въз основа на доклад, представен на XI Колоквиум на романистите от Централна и Източна Европа и от Азия, състоял се в Крайова на 3 ноември 2007 г. В нея са разгледани последователно законодателна политика по отношение на дълговете и държавната намеса върху лихвите, ограничаването на лихвите *supra legitimum modum*, определянето на горна граница за нарастване на размера на дълга. Специално място е отделено на концепциите за пропорционалност и разумност в кредитните отношения, както и на еволюционното тълкуване на задължението и пропорционалността.

**Ключови думи:** Древен Рим; кредити; дългове; длъжници; лихви; пропорционалност; разумност.

---

\* Статията е издадена под заглавие „Debitori e debito: nuove prospettive“, публикувана в *Annali della Facoltà di giurisprudenza di Taranto*. Anno I, n. 1. Bari, 2008, p. 249-270 и предоставена за превод и публикуване на български език с изричното съгласие на автора и издателя.



## DEBTORS AND DEBTS: NEW PERSPECTIVES (BULGARIAN LANGUAGE)

**Prof. Sebastiano Tafaro, PhD**

University of Bari "Aldo Moro", Bari, Italy

**Abstract:** The text of the article was edited on the basis of a report presented to the XI Congress of Roman law scholars from Central and Eastern Europe and Asia, held in Craiova on 3 November 2007. It examines successively legislative policy on debt and government intervention on interest rates, limitation of interest rates *supra legitimum modum*, setting an upper limit for increasing the amount of debt. A special place is given to the concepts of proportionality and reasonableness in credit relations, as well as to the evolutionary interpretation of obligation and proportionality.

**Keywords:** Ancient Rome; loans; debts; debtors; interest; proportionality; reasonableness.

1. Състоянието на длъжниците, смазани от непоносими дългове и лихви, които често са водели до неоснователно умножаване на размера на задълженията им, се е утвърдило като постоянен източник на социално напрежение, което изисква и неотложни политически мерки.

Още от началото на историята на Рим, както се вижда от борбата между патриции и плебеи, въпросът за задълженията и лихвите е присъствал и дори често е бил в основата на претенциите на плебеите.

В Римското право могат да се изредят многобройни опити за преодоляване на последиците от прекомерната тежест на дълговете.

Вариантите са два:

1. намеса върху размера на лихвите, включително забраната на анатоцизма;
2. ограничаване на общия размер на дълга.

Тук бих искал да се спра накратко на тях, като започнем с периода на Късната Република, връщайки се към някои източници, които ни дават един общ преглед на римската законодателна политика по този болезнен въпрос. Не смятам да разглеждам въпроса обширно, а само да подчертая някои източници, които ми се струват показателни за усилията, които са полагани в римското право (нещо, което

винаги трябва да се помни като създадено в полза на човечеството<sup>1</sup>), за да се избегне длъжниците да бъдат смачкани под тежестта на дълговете<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> В тази връзка припомням твърдението на Хермогениан: D. 1. 5. 2 (Hermog. L. 1 *iuris epit.*) *Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu ac post de ceteris.* Трябва да се има предвид, че лексемата „*constitutum*“ се тълкува разширително и е трудно да се приведе към едно единствено значение. При всички положения може да се приеме значение на „определям, установявам“, с проекция към идеята, че това е плод на „съглашение“или „съвместно установяване“, което може би е неговото първоначално и по-нататък невъзприето значение. Това изглежда се потвърждава през II в.сл.Хр., където се среща в коментарите на Гай и в Enchiridion на Помпоний: по темата вж. SABBATELLI, GIODICE. „*Constituere*“. *Dato semantico e valore giuridico.* – *Labeo* 27 (1981), p. 338 s. и *Il catalogo degli iura e costituere nel proemio delle istituzioni gaiane*, в *Il linguaggio dei giuristi romani - Atti del convegno internazionale di studi - Lecce, 5-6 dicembre 1994*, [a cura di ORAZIO BIANCO E SEBASTIANO TAFARO], Galatina, 2000, p. 113 ss. Това ме навежда на мисълта, че Хермогениан е искал да каже, че централното място на човека е стабилна отправна точка и това е било единодушно възприето по време на еволюцията в римското право. Трябва обаче да отбележа, че може би на юридическия език, започвайки от епохата на Северите, *constitutum* може да е имало по-ограничено и специфично значение, защото може би се е използвало само за обозначаване на това, което е било постановено в императорските конституции. Улпиан вероятно е използвал термина само по отношение на едикта: вж. HONORE, T. *Ulpian.* Oxford, 1982, p. 239, n. 375 (относно Ulp. 3. 2. 13. 7, където юристът с *constitutum* разграничава конституциите от епохата на Принципата от решенията на *prudentes*, посочени като *responsum*), p. 241, n. 392,393,394 (относно Ulp. D. 40. 5. 26. 1, Ulp. 49. 14. 25, Ulp. D. 29. 7. 1). Това, което ми прави впечатление е, че в източниците в становищата от Улпиан се вижда, че юристът използва *constitutum*, в случаите, в които има предвид норми, въведени от императорските конституции: срв. Ulp. D. 2. 4. 10. 4; Ulp. D. 2. 13. 4. 5; Ulp. D. 3. 2. 13. 7; Ulp. D. 3. 3. 39. 1; Ulp. D. 3. 6. 5; Ulp. D. 4. 1. 6; Ulp. D. 4. 4. 3. 1; D. 4. 4. 22.; Ulp. D. 4. 6. 26. 9; Ulp. D. 4. 9. 1. 1; Ulp. D. 5. 2. 29; Ulp. D. 11. 7. 6; Ulp. D. 13. 6. 5. 2; Ulp. D. 13. 7. 11. 6; Ulp. D. 16. 2. 11; Ulp. D. 16. 2. 12; Ulp. D. 17. 1. 12. 9; Ulp. D. 22. 1. 37; Ulp. D. 26. 7. 1. 1; Ulp. D. 27. 3. 1. 13; Ulp. D. Ulp. D. 28. 3. 6. 8; Ulp. D. 28. 3. 6. 10; Ulp. D. 29. 7. 1; Ulp. D. 30. 41. 5; Ulp. D. 40. 4. 9. 1; Ulp. D. 40. 5. 24. 21; Ulp. D. 40. 5. 26. pr.; Ulp. D. 40. 5. 26. 1; Ulp. D. 42. 1. 15. 4; Ulp. D. 42. 8. 10. 13; Ulp. D. 42. 8. 10. 14; Ulp. D. 43. 4. 3. 1; Ulp. D. 46. 3. 5. 2; Ulp. D. 47. 2. 14. 4; Ulp. D. 48. 1. 5. 1; Ulp. D. 48. 5. 20; Ulp. D. 48. 8. 4. 2; Ulp. D. 48. 18. 1. 9; Ulp. D. 48. 22. 7. 15; Ulp. D. 49. 7. 1. 4; Ulp. D. 49. 14. 25; Ulp. D. 49. 14. 28; Ulp. D. 49. 14. 29; Ulp. D. 50. 4. 8; Ulp. D. 50. 12. 3. Дори в единствените три фрагмента на Хермогениан, освен в пасажа в D. 1. 5. 2, терминът *constitutum* изглежда съвсем ясно се използва за препратки към актовете на императорите: Hermog. D. 40. 1. 24. 1, D. 44. 3. 13, D. 49. 14. 46. 5. На два пъти къснокласическият юрист казва *saepe constitutum est* (D. 40. 1. 24. 1, Hermog. 1 *iuris epit.*: *Sed et si testes non dispari numero tam pro libertate quam contra libertatem dixerint, pro libertate pronuntiandum esse saepe constitutum est*, D. 49. 14. 46. 5, Hermog. 6 *iuris epit.*: *Ut debitoribus fisci quod fiscus debet compensetur, saepe constitutum est: excepta causa tributaria et stipendiorum, item pretio rei a fisco emptae et quod ex causa annonaria debetur*). Изглежда, изразът се използва единствено от севериановите юристи (Macer D. 42. 1. 63, Ulp. D. 14. 6. 3. 1). Улпиан е единственият, който използва прилагателното в суперлатива (*saepissime constitutum*): вж. Ulp. D. 4. 1. 6, D. 4. 6. 26. 9, D. 11. 7. 6, D. 14. 6. 3. 1, D. 28. 3. 6. 8, D. 40. 5. 24. 1, D. 42. 8. 10. 13, D. 42. 8. 10. 14). Следователно изглежда много вероятно езикът на Хермогениан да произхожда от севериановите юристи.

<sup>2</sup> Важно е да се има предвид, че римляните са подчертавали сериозността на състоянието на длъжниците, за които още по времето на Цицерон се е говорило за

2. Не случайно не се спирам върху анатоцизма и върху неговата комплексна уредба, така както и върху забраната, която е имало още от Републиканската епоха и която със сигурност е била в сила и по времето на Северите<sup>3</sup>.

Нека започнем с факт, който ми се струва, че отдавна е безспорен в романистиката. В края на Републиканската епоха е бил определен таван на лихвите от 12% годишно<sup>4</sup>. Подобно ограничение изглежда се е зародило в провинциите, за които то е било предвидено в едиктите на провинциалните управители. В този смисъл има и някои сведения у Цицерон и Плутарх. Първият казва, че по време на управлението му на Киликия (51 г. пр. Хр. ) е въвел ограничението на *centesima* в официално издадения от него едикт за провинцията.

Cic., Ad Atticum 5. 21. 11: *Interim cum ego in edicto translaticio centesimas me observaturum haberem cum anatocismo anniversario ...*<sup>5</sup>

Плутарх посочва, че още през 70 г. пр. Хр. Лукул е изпреварил въведеното от Цицерон ограничение, като е включил в издадения от него едикт за провинцията в Мала Азия ограничението на *centesima*, като по този начин е забранил строго и анатоцизма, който Цицерон разрешава<sup>6</sup>. Въз основа на такива прецеденти един сенатусконсулт от 51 г. пр. Хр. въвежда и в Рим, забраната за лихва (*usurae*) над 12% и изглежда, че отново е била предложена и забраната на анатоцизма<sup>7</sup>:

Cic., Ad Atticum 5. 21. 13: .... *Cum senatus consultum modo factum sit, puto, postquam tu es profectus, in creditorem causa, ut centesimae perpetuo fenore ducerentur.*

---

„гражданска смърт“, като се е приемало, че се е извършвало „погребение на обратно“: вж. PURPURA, G. *La pubblica rappresentazione dell'insolvenza. Procedure esecutive personali e patrimoniali al tempo di Cicerone.* – In: *Archaeogate*, 2007 – <https://www.archaeogate.org/iura/>.

<sup>3</sup> Нова перспектива се предлага от FASOLINO, F. *Studi sulle usurae.* Salerno, 2006, p. 13 ss. Тук препращам към интересните проучвания на този учен.

<sup>4</sup> Съответства на 1% месечно; затова се е говорило за *usurae centesimae* или за *centesima*.

<sup>5</sup> Обстоятелствата и целите на едикта, провокирани от заемите на Саламините, се разглеждат от FASOLINO, F. *Studi sulle usurae, cit.*, p. 35, където авторът припомня и сведенията в Cic., *Ad Att.* 5.21.12; 6.1.5; 6.2.7:6.3.5, които ясно се показват, че Арпинатецът (както е наричан Цицерон) „не само добре познава практиката на анатоцизма, но и изрично го позволява в едикта си за провинцията“.

<sup>6</sup> Plut., *Lucullus* 20.3; срв. SOLIDORO, L. *Sulla disciplina degli interessi convenzionali nell'età imperiale.* – In : *L'usura ieri ed oggi* [a cura di S. TAFARO], Bari, 1997, p. 180, n. 7.

<sup>7</sup> Вж. SOLIDORO, L. *Sulla disciplina degli interessi convenzionali nell'età imperiale, cit.*, p. 180, n. 8.

Таванът от 12% лихва изглежда остава в сила и през целия период на Принципата: което се потвърждава в един рескрипт на Диоклециан и разпореждане на Константин:

CJ. 4. 2. 8 (Imp. Diocl. et Maxim. AA et CC. Proculo): *Si pro mutua pecunia, quam a creditore poscebas, argentum vel iumenta vel alias species utriusque consensu aestimatas accepisti, dato auro pignori, licet ultra unam centesimam usuras stipulanti spondisti, tamen sors, quae aestimatione partium placito definita est, et usurarum titulo legitima tantum recte petitur. Nec quicquam tibi prodesse potest, quod minoris esse pretii pignus quod dedisti proponis, quominus huius quantitatis solutioni pareas.*

CTh. 2. 33. (Imp. Constantinus A. ad Dracilianum agentem vices PP.): *Quicumque fruges humidas vel arentes indigentibus mutuas dederint, usurae nomine tertiam partem superfluum consequantur, id est ut, si summa crediti in duobus modis fuerit, tertium modium amplius consequantur. Quod si conventus creditor propter commodum usurarum debitum recipere noluerit, non solum usuris, sed etiam debiti quantitate privandus est. Quae lex ad solas pertinet fruges: nam pro pecunia ultra singulas centesimas creditor vetatur accipere.*

За да представлява рескрипт, конституцията на Диоклециан е трябвало да потвърждава съществуващ предходен закон, като удостоверява неговата валидност. Следователно тя е доказателство за съществуването на предходно законодателство в този смисъл, което е възприето окончателно<sup>8</sup>.

В конституцията на император Константин<sup>9</sup> са представени някои нови аспекти, отнасящи се до паричните и стоковите кредити. По отношение на първите се забранява лихва над 12%, а за вторите се определя ограничението от не повече от  $\frac{1}{3}$ , като по този начин се гарантира възможността кредиторът да получи с 50% повече от стоките, които е дал в заем. В подкрепа на това е тежката санкция - пълна загуба и на лихвите, и на главницата, в случай, че не се спазва поставеният лимит. Според някои автори това се дължи на влиянието на християнството, от което е било показателно позоваването на *indigentes*<sup>10</sup>. Но обратното, счита се също, че

---

<sup>8</sup> В тази връзка вж. FASOLINO, F. *Studi sulle usurae, cit.*, p. 57.

<sup>9</sup> В действителност, тъй като Константин е въвел *siliqua*, лихвата се покачва на 12,5%: в тази връзка вж. FASOLINO, F. F. *Studi sulle usurae, cit.*, p. 166.

<sup>10</sup> BIONDI, B. *Il diritto romano cristiano*. T. III. Milano, 1954, p. 245 ss.

конституцията е в противоположна посока от тази за по-благоприятното третиране на длъжниците, тъй като въвеждането и позоваването на *indigentes* в крайна сметка води до допълнително стесняване на категориите, за които се прилага ограничението от 50% - не за всички длъжници, а само за *indigentes*<sup>11</sup>.

Изглежда, че границата на *usurae* от 12% е останала непроменена до Юстиниан.

Към всичко това се добавя и друго правило: длъжникът никога не може да бъде обременен повече от двойно на главницата, тъй като е било забранено събирането на *usurae ultra duplum* и по-конкретно *supra duplum (usurae ultra sortis summam)*. Ограничението се е отнасяло както до законните<sup>12</sup>, така и до договорните лихви<sup>13</sup>.

В допълнение към тези ограничения, следва да се споменат и някои други забрани за *usurae*.

В *Scriptores Historiae Augustae* (SHA) в пасаж от живота на Александър Север се казва, че императорът отначало бил забранил на сенаторите да дават пари срещу лихви, но им е позволявал да получават нещо като подарък за даденото на заем. След това е предпочел да премахне тези дарения, като същевременно е разрешил вземането на лихва в размер на 6%:

SHA, Vita Alex. 26. 3: *Senatores, si fenerarentur, usuras accipere primo vetuit, nisi aliquid muneris causa acciperent; postea tamen iussit ut semisses acciperent, donum munus tamen sustulit.*

Изглежда, че в този пасаж е отразена препратка от Йоан Златоуст и е потвърдена в конституциите в Теодосиевия кодекс<sup>14</sup>.

**3.** След определяне на границите на *usurae*, е възникнал въпросът как да се овладеят лихвите, които са в нарушение на тези ограничения.

---

<sup>11</sup> В тази връзка SOLIDORO, L. *Sulla disciplina degli interessi convenzionali nell'età imperiale*, cit., p. 187.

<sup>12</sup> Вж. CERVENCA, G. *Sul divieto delle cd. „usurae supra duplum“*, cit.

<sup>13</sup> SOLIDORO, L. „Ultra sortis summam usurae non exiguntur“. – *Labeo*, 28, 1982, p. 164 ss.

<sup>14</sup> Така SOLIDORO, L. *Sulla disciplina degli interessi convenzionali nell'età imperiale*, cit., p. 188 ss.

Уредбата е била трудна за определяне и е представляла различни разрешения.

Според преобладаващата доктрина<sup>15</sup> санкционирането на евентуални стипуляции, които надхвърлят поставените граници, са обявявани за недействителни. В този смисъл е и фрагмент на Улпиан, включен в правната рамка, утвърдена сред юристите от епохата на Северите<sup>16</sup>, където изглежда е посочено по безусловен начин, че лихвите, които са извън установената граница, не могат да бъдат приспаднати в задължение:

D. 12. 6. 26. 1 (Ulp. 26 ad ed.): *Supra duplum autem usurae et usurarum usurae nec in stipulatum deduci nec exigi possunt et solutae repetuntur, quemadmodum futurarum usurarum usurae.*

Други пък са на мнение, че пасажът на Улпиан не потвърждава недействителността на стипуляцията, а позволява събирането на *usurae supra legitimum modum* за част, която съответства на допустимия размер: това е било в приложение на принципа на икономичност, който преобразувал опорочения акт, когато е било възможно той да се прилага поне частично в рамките на критерия *utile per inutile non vitiatur*<sup>17</sup>.

Във всеки случай недействителността на стипулациите, включващи *usurae illicitae*, е била санкционирана през Домината: в тази насока е и една конституция от 439 г., в която изрично е посочено “... *Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsequutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente*”<sup>18</sup>.

В юриспруденцията от епохата на Северите има ясни насоки по отношение на „неправомерно платените лихви, които трябва да се начисляват върху

---

<sup>15</sup> CERVENCA, G. *Sul divieto delle cd. „usurae supra duplum“*. – *Index 2*, 1971, p. 291 ss.

<sup>16</sup> В тази връзка вж. FASOLINO, F. *Studi sulle usurae, cit.*, p. 40, 52 s.

<sup>17</sup> L. SOLIDORO. *Sulla disciplina degli interessi convenzionali nell'età imperiale, cit.*, p. 197 ss. F. FASOLINO. *Studi sulle usurae, cit.*, p. 57 ss., както и п. 106.

<sup>18</sup> CJ. 1. 14. 5., *Theod. et Valent. AA. Florentio PP.: Non dubium est in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem: nec poenas insertas legibus evitabit, qui se contra iuris sententiam scaeva praerogativa verborum fraudulenter excusat. Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsequutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente.*

главницата и след нейното изчерпване да бъдат върнати на длъжника<sup>19</sup>. В подкрепа на това е това е и казаното от самия Улпиан по отношение във фрагмента от D. 12. 6. 26. 1, както и в Pauli Sententiae:

D. 12. 6. 26. pr. (Ulp. 26 ad ed.): *Si non sortem quis, sed usuras indebitas solvit, repetere non poterit, si sortis debitae solvit: sed si supra legitimum modum solvit, divus Severus rescripsit quo iure utimur repeti quidem non posse, sed sorti imputandum et, si postea sortem solvit, sortem quasi indebitam repeti posse. Proinde et si ante sors fuerit soluta, usurae supra legitimum modum solutae quasi sors indebita repetuntur. Quid si simul solverit? Poterit dici et tunc repetitionem locum habere.*

PS. 2. 14. 2: *Usurae supra centesimam solutae sortem minuunt, consumpta sorte repeti possunt.*

От източниците от Принципата е видна тенденцията да се запазват стипулациите в частта, в която не надвишават определената граница за лихвите. В тази връзка има много свидетелства, като започнем от Папиниан:

D. 22. 1. 9. pr. (Pap. 11 resp.): *Pecuniae faenebris, intra diem certum debito non soluto, dupli stipulatum in altero tanto supra modum legitimae usurae respondi non tenere: quare pro modo cuiuscumque temporis superfluo detracto stipulatio vires habebit.*

D. 22. 1. 17. pr. (Paul. l.s. de usur.): *Cum quidam cavisset se quotannis quincunces usuras praestaturum et, si quo anno non solvisset, tunc totius pecuniae ex die qua mutuatus est semisses soluturum, et redditus per aliquot annos usuris mox stipulatio commissa esset, divus Marcus Fortunato ita rescripsit: "praesidem provinciae adi, qui stipulationem, de cuius iniquitate questus est, ad modum iustae exactionis rediget". Haec constitutio ad finitum modum excedit: quid ergo? Sic temperanda res est, ut in futurum dumtaxat ex die cessationis crescat usura.*

D. 22. 1. 20 (Paul. 12 ad Sab.): *Usuras illicitas sorti mixtas ipsas tantum non deberi constat, ceterum sortem non vitiare.*

D. 22. 1. 29 (Marcian. 14 inst.): *Placuit, sive supra statutum modum quis usuras stipulatus fuerit sive usurarum usuras, quod illicite adiectum est pro non adiecto haberi et licitas peti posse.*

---

<sup>19</sup> SOLIDORO, L. *Sulla disciplina degli interessi convenzionali nell'età imperiale*, cit., p. 198 ss.



Пасажите изглеждат недвусмислени<sup>20</sup>. Папиниан и Марциан потвърждават недействителността на стипулацията за *usurae supra modum* само за частта, в която се превишава разрешеният размер. Марциан уточнява, че принципът е бил относим и за анатоцизма. Паул изглежда се колебае по отношение на оспорването на валидността на договор, който е включвал неправомерни лихви, така че да бъде разрешено събирането само на главницата и признаването на договора в онази му част, в която лихвите са в рамките на допустимото, в съответствие с един рескрипт на Марк Аврелий. Очевидното несъответствие в труда на севериановия юрист може да бъде обяснено с това, че съответните твърдения са включени в различни произведения, които е възможно и да са отразявали различни нормативни предписания във времето.

Пълната нищожност на договор, съдържащ лихви *supra modum* е била включена в коментара по цивилното право (*libri ad Sabinum*) и е възможно да е била отражение на позицията на *ius civile*, за който се говори в коментара. Впоследствие положението може и да се е променило, давайки живот на едно по-добре формулирано решение - признаване на частичната действителност на договора (включващ *usure* над установения размер), би било допустимо в частта от лихвата, която попада в законоустановените граници. Това решение би се утвърдило в *cognitio extra ordinem*, където е било възможно даването на указания на съдията, както се разкрива от рескрипта на Марк Аврелий, повторено и в монографията на Паул по отношение на лихвите, където ясно е предвидена извънредна процедура а не *ordo*, за който се е споменава в коментара на Сабин, а после и от самия Паул. Това ме навежда на мисълта, че сме изправени пред еволюция. Сабин, за който Паул пише в D. 22. 1. 20, е възможно да е заемал по-крайна позиция, като отрича изискуемостта на всички лихви *supra modum*; впоследствие (както се вижда от пасажите на севериановите юристи), позовавайки се на по-голяма гъвкавост, е било възможно събирането на лихви, които са били в рамките на разрешените граници.

---

<sup>20</sup> На тях и по-скорошната библиография се позовава FASOLINO, F. *Studi sulle usurae, cit.*, p. 56 ss.

Това решение трябва да е надделяло - окончателно е потвърдено от рескрипта на Диоклециан<sup>21</sup>:

CJ. 4. 2. 8 (Imp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. Proculo): *Si pro mutua pecunia, quam a creditore poscebas, argentum vel iumenta vel alias species utriusque consensu aestimatas accepisti, dato auro pignori, licet ultra unam centesimam usuras stipulanti spondisti, tamen sors, quae aestimatione partium placito definita est, et usurarum titulo legitima tantum recte petitur. nec quicquam tibi prodesse potest, quod minoris esse pretii pignus quod dedisti proponis, quominus huius quantitatis solutioni pareas.*

4. Наред с лихвите е било сметено за необходимо да се обърне внимание и на общия размер на задължението на длъжника и така се е установил принципът, според който общият размер на дълга, заедно с лихвите, не може да бъде повече от два пъти над главницата.

Началото на ограничението, наравно с тавана от 12%, може да се датира със сигурност в периода между 72 г. и 70 г. пр. Хр. Всъщност, изглежда е било прилагано между 72 г. и 70 г. пр. Хр.<sup>22</sup>, вече в края на Републиканския период, в едикта на Лукул, докато в Рим не може да бъде датирано точно<sup>23</sup>. За сметка на това се знае, че се е прилагало през Принципата, тъй като в юриспруденцията то

---

<sup>21</sup> По отношение на обсега на конституцията на Диоклециан, доктрината я свързва с налагането на *infamia*, предвидена от самия император в една от конституциите от 290 г.: CJ. 2. 11. 20, *Imp. Diocl. et Maxim. AA. Fortunato: Improbum fenus exercentibus et usuras usurarum illicite exigentibus infamiae macula inroganda est*, вж. FASOLINO, F. *Studi sulle usurae*, cit., p. 61 ss.

<sup>22</sup> Вж. CERVENCA, G. *Sul divieto delle cd. „usurae supra duplum“*, cit., p. 300, n. 3, който припомня, че Плутарх говори за разпоредбата на Лукул (*Luc. 20.3*) като намеса за облекчаване на положението на живущите в Мала Азия „подтиснати от исканията на лихварите“, която е трябвало да се затвърди в правото на провинциите, за което Диодор Сицилийски споменава за прецедент в древноегипетското право от VIII в. пр.Хр.

<sup>23</sup> В тази връзка MOMMSEN, T. *Römische Geschichte*. T. III<sup>8</sup>, 1856, p. 537, предполага, че е въведено в Рим чрез разпоредба на Цезар, за което обаче липсват доказателства: вж. разсъжденията в SOLIDORO. *Sulla disciplina degli interessi convenzionali nell'età imperiale*, cit., където се позовава на PIAZZA, P. „*Tabulae novae*“. *Osservazioni sul problema dei debiti negli ultimi decenni della Repubblica*. Atti del II Sem. rom. Gardesano, 1980, p. 39 ss., и по-специално p. 91 ss. За въвеждането му в Рим от значение е разпореждането на Лукул, въпреки че не е безспорно дали забраната за двойното надвишаване на главницата е въведено в Рим в резултат от практиката в провинциите или по-скоро е станало обратното, а именно, „че Лукул се е вдъхновил от римска норма“: по този въпрос вж. SOLIDORO, L. „*Ultra sortis summam usurae non exiguntur*“, cit., p. 169, n. 29.

се споменава много пъти, приемайки го като вече установено<sup>24</sup>. Това се потвърждава и от някои императорски конституции, вдъхновени от юристите от императорската канцелария<sup>25</sup>. Следователно изглежда основателно да се направи

---

<sup>24</sup> За пълната документация се препраща към горепосочените трудове на Cervenca и Solidoro, както и към друга литература, спомената от тях. Напомням, че фундаментално значение има цитираният фрагмент на Улпиан от D. 12. 6. 26. 1. Обхватът на забраната, която първоначално е трябвало да бъде по отношение на законните *usurae* според Cervenca, по времето на Улпиан е била санкционирана всяка стипулация над двойния размер на дълга, докато според Solidoro е водело до пълна недействителност на договора за лихвите, които са надвишавали размера на главницата. И двамата автори обаче се обединяват около мнението, че от IV в. със сигурност лихвата над законоустановената граница е била недействителна. По отношение на произхода на забраната в SOLIDORO. „*Ultra sortis summam usurae non exiguntur*“, cit., p. 172 и p. 179, се твърди, че Улпиан е трябвало да се позовава на вече съществуваща забрана, произтичаща от *lex imperfecta* или от текст, излъчен от Сената или по-вероятно от императорска конституция. Той обаче се корени в юридическата практика от епохата на Северите, както е видно от цитираните пасажи на Папиниан D. 22.1.9 и се потвърждава от многобройни препратки към *modus usurarum*, многократно споменаван в източниците, което изразява стремежа да се защитат правата на длъжниците: вж. TALAMANCA, M. *Istituzioni di diritto romano*. Milano, 1990, p. 545 ss.; MARRONE, M. *Istituzioni di diritto romano*. Palermo, 194, p. 459 (и събраните източници от Solidoro, alle locc. cit.). Според CERVENCA, G. *Sul divieto delle cd. „usurae supra duplum“*, cit., p. 297, през цялата класическа епоха забраната за *usurae ultra duplum* се е отнасяла само по отношение на договорната лихва и така до Юстиниан, който първи я е разширил до законовата лихва.

<sup>25</sup> Намесата на императорите, като започнем с конституцията на Антонин Каракала (CJ. 4, 32, 10 Imp. Ant. a. *Crato et Donato militi: Usurae per tempora solutae non proficiunt ad dupli computationem. tunc enim ultra sortis summam usurae non exiguntur, quotiens tempore solutionis summa usurarum excedit eam computationem*), разкрива постоянни опити за ограничаване на лихвите, вж. CERVENCA, G. *Sul divieto delle cd. „usurae supra duplum“*, cit., p. 292 ss. и SOLIDORO, L. *Ultra sortis summam usurae non exiguntur*, cit., p. 164 ss. Още в Кодекса на Теодосий се наблюдава стремеж към ограничаване на дълга до не повече от двойния размер, като в него се съдържа конституция от изключителна важност от 380 г., която носи името на императорите Грациан, Валентиниан II и Теодосий I: CTh. 4.19.1 Imp Grat. Val. et Theod. AAA. *Eutropio pp.: ... Distinguendum vero hoc quoque arbitrati sumus, ut, si contractus debiti ex stipulatione descendit et casu usurae per annorum curricula summam capitibus impleverint, scilicet ut quantitas sortis quantitati fenoris adaequetur, post sententiam usurae duplices non utriusque debiti currant, sed capitibus quidem duplae, usurarum vero simplae*. Идеята в конституцията от IV в., която вероятно е била издадена единствено от Теодосий в Солун (срв. CERVENCA, G. *Sul divieto delle cd. „usurae supra duplum“*, cit., 301<sup>9</sup>, който се води от възгледите на Mommsen-Meyer, Seek и Dominicus) е била с изключителна строгост, както доказва *interpretatio visigotica: Int. CTh. 4.19.1: ... Hoc quoque praecipimus observari, ut, si debitoris cautio cum omni firmitate proferantur et usurae per annos plures cum capitali debito se aequaverint, a debitore amplius non petatur. Sane post iudicium duplam centesimam, quam reddi iussimus, de illud vero, quod in usuris ante iudicium crevit, simpla tantum centesima detur*. *Interpretatio visigotica* изяснява обхвата на конституцията, като предполага съществуването на забрана за лихвите *ultra duplum*. Въсъщност *interpretatio visigotica* не се ограничава само до преразказване на конституцията, а „открито прокламира принцип, който не е включен в коментираната конституция“, както забелязва CERVENCA, G. *Sul divieto delle cd. „usurae*

извод, че в римското право стремежът е бил към това да не се обременява длъжникът с лихви, надхвърлящи двойно уговорения дълг.

Това важно ограничение е приложено отново и през 529 г. от Юстиниан в една от конституциите му, включени в *Codex* и следователно е било предопределено да има важно значение през епохата на Юстиниан, както и в следващите епохи:

CJ. 4. 32. 27. (Imp. Justin.) 1. *Cursus insuper usurarum ultra duplum minime procedere concedimus, nec si pignora quaedam pro debito creditori data sint, quorum occasione quaedam veteres leges et ultra duplum usuras exigi permittebant.*

2. *Quod et in bonae fidei iudiciis ceterisque omnibus in quibus usurae exiguntur servari censemus.*

Конституцията<sup>26</sup> е повече от категорична - не са били допустими изключения от правилото, че дългът с лихвите не може да надвишава двойния размер. Разпоредбата на Юстиниан е била задължителна и максимално разширена - отнасяла се е до „т.нар. законни лихви“, за които самата забрана никога дотогава не е била формулирана изрично от източниците<sup>27</sup> и договорните лихви, като е засегнала широката автономия на съда в *iudicia bonae fidei* (за които чрез *officium iudicis* е била увеличена предвидената обща сума на лихвите<sup>28</sup>).

Тя дава отговор на проблемите, с които императорът се е сблъскал през предходната 528 г., когато е бил належащ въпросът за обща рамка за размера на лихвата:

CJ. 4. 32. 26. 1. *Super usurarum vero quantitate etiam generalem sanctionem facere necessarium esse duximus, veterem duram et gravissimam earum molem ad mediocritatem deducentes.*

---

*supra duplum*“, *cit.*, p. 293; към когото, както към цитирания труд на Solidoro, се препраща за други разпоредби, свързани с изброените и тяхното значение. Трябва да се отбележи, че множеството военни и политически събития от горепосочените години, трудно биха породили новаторски разпоредби, чието съдържание да не се знае вече от съвременниците и да не е преработено от юристите по онова време, най-вече от императорската канцелария.

<sup>26</sup> Срв. FASOLINO, F. *Studi sulle usurae*, *cit.*, p. 71, p. 74, p. 108 ss.

CERVENCA, <sup>27</sup> G. *Sul divieto delle cd. „usurae supra duplum*“, *cit.*, p. 297.

<sup>28</sup> По този въпрос се препраща към CERVENCA, G. *Sul divieto delle cd. „usurae supra duplum*“, *cit.*, p. 296 s. и по-специално n. 29 и n. 30, където се препраща към предходна библиография, най-вече към Fadda и Carcaterra.

Конституцията<sup>29</sup> изразява убеждението за необходимост от намеса за създаване на общо регулиране и ограничаване на лихвите. Целта е била намаляването на лихвите до минимални размери, намесвайки се както по отношение на техния размер, така и по отношение на условията. Причината за драстичните промени в лихвите се е дължала на наличието на различни изключения, което е довело до пролуки в законодателството, въведени от *veteres leges*<sup>30</sup>.

5. Намесата е била резултат от една по-обширна цел, която е била усъвършенствана чрез предприемането на мерки в различни ситуации, между които и по отношение на лихвите. Така, в крайна сметка през 531 г. с обща разпоредба, която е могла да бъде приложена при всяка една хипотеза и да наложи ограниченията на *duplum*, се намаляват драстично вземанията на кредиторите.

Става въпрос за една конституция, която сама по себе си представлява целия титул IV (*De sententiis, quae pro eo quod interest proferuntur*) в книга VII на Юстиниановия кодекс:

CJ. 7. 47. 1. (Imp. Justin.) pr. *Cum pro eo quod interest dubitationes antiquae in infinitum productae sunt, melius nobis visum est huiusmodi prolixitatem prout possibile est in angustum coartare.*

---

<sup>29</sup> Срв. FASOLINO, F. *Studi sulle usurae, cit.*, p. 71 s.

<sup>30</sup> Императорът не пояснява кои са споменатите *quaedam veteres leges*, защото е искал да избегне объркването с казуистика, която може да се окаже твърде лаконична. С избраното споменаване нито едно от предходните изключения не може да се приеме. Включително и тези, свързани с морските заеми и местните обичаи, които са били допустими през Принципата, както Юстиниан и други класически юристи потвърждават: *Inst. I. 4.6.33c: ... sed et pecuniae numeratae non in omnibus regionibus sub isdem usuris fenerantur* (вж. SOLIDORO, L. *Sulla disciplina degli interessi convenzionali nell'età imperiale cit.*, p. 177 ss., където са изредени приложените лихвени проценти от Гай, Квинт Цервидий Сцевола, Папиниан, Паул и Улпиан). Именно тези изключения, които преди това са били много често практикувани, са били забранени от Юстиниан още година по-рано: CJ. 4.32.26.2-3: *Ideoque iubemus illustribus quidem personis sive eas praecedentibus minime licere ultra tertiam partem centesimae usurarum in quocumque contractu vili vel maximo stipulari: illos vero, qui ergasteriis praesunt vel aliquam licitam negotiationem gerunt, usque ad bessem centesimae suam stipulationem moderari: in traiecticiis autem contractibus vel specierum fenori dationibus usque ad centesimam tantummodo licere stipulari nec eam excedere, licet veteribus legibus hoc erat concessum: ceteros autem omnes homines dimidiam tantummodo centesimae usurarum posse stipulari et eam quantitatem usurarum etiam in aliis omnibus casibus nullo modo ampliari, in quibus citra stipulationem usurae exigi solent. 3 Nec liceat iudici memoratam augere taxationem occasione consuetudinis in regione obtinentis.*

1. *Sancimus itaque in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, quod hoc interest dupli quantitatem minime excedere: in aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, iudices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut, quod re vera inducitur damnum, hoc reddatur et non ex quibusdam machinationibus et immodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur, ne, dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat, cum scimus esse naturae congruum eas tantummodo poenas exigere, quae cum competenti moderatione proferuntur vel a legibus certo fine conclusae statuuntur.*

2. *Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio, quia et ex eo veteres quod interest statuerunt: et sit omnibus, secundum quod dictum est, finis antiquae prolixitatis huius constitutionis recitatio.*

Конституцията умишлено е отделена в специален титул и придобива голямо значение, като поставя крайната точка на политиката в полза на длъжниците. Тя не само определя тавана на лихвите, а също и отбелязва, че независимо от причините, които кредиторът сочи, длъжникът при никакви обстоятелства не може да бъде осъден да заплати повече от двойния размер на първоначалния дълг.

По този начин защитата на длъжника е реализирана както по отношение на увеличаването на дълга, поради размера на лихвите, така и по отношение на различните хипотези, при които кредиторът може да иска обезщетение. Така, ограничението пряко засяга “съдията”, като ограничава правомощията, които той може да упражни.

Може да се каже, че конституцията от CJ. 7. 47. 1 е била логическият изход на вече формулираната идея, насочена към облекчаване на дълговете. Възвърната е идеята, въз основа на конституцията от 528 г. (CJ. 4. 32. 26; 1): това се вижда и от съвпадението в терминологията, употребена и в двете конституции: *veterem duram et gravissimam earum molem* отговаря на опасенията че *ex quibusdam machinationibus et immodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur, ne, dum in infinitum computatio reducitur* и намерението да върне “*ad mediocritatem*” отговаря на “*et sit omnibus, secundum quod dictum est, finis antiquae prolixitatis huius constitutionis recitatio*”.

Очевидна е константата в Юстиниановото законодателство, изразена в различни разпоредби, но със сходни термини: ограничаване на дълговете, налагане на ограничения на *duplum* или във всеки случай драстичното им намаляване, което би спомогнало да ги направи поносими, и да намали до минимум дългите пресмятания и спорове, белязвали ги до онзи момент.

В основата на това се забелязва широко- обхватната интуиция и отличната правна изтънченост: осъзнаването, че прекомерната тежест на дълговете не само води до унижение, често и до разоряване на длъжниците, и обратното на това, което изглежда, води и до отпадане на дълга. Юстиниан е осъзнал, че прекомерната тежест, надвишаваща определен лимит, не е била в полза на кредитора, а в негов ущърб, защото вместо да стабилизира позицията му, тя я е отслабвала, водейки към прекратяване на задълженията. Императорът е смятал, че в интерес на кредиторите преди всичко са били сигурността и платежоспособността на длъжниците. За да отговарят на тези условия, дълговете не трябвало да бъдат прекомерни и да водят до прекомерни и обвързани изчисления и дискусии.

Конституцията от CJ. 4. 7. 1 е плод на политическото съзряване на Юстиниан. По отношение на дълговете тя има за цел да избегне потискането на длъжниците и най-вече да постави условия за действителното, а не фиктивното развитие на търговския оборот.

Това заключение поставя Юстиниановото законодателство в челните редици на съвременната законодателна политика, защото открива и установява общ принцип, чието действие надхвърля времето на императора и до ден днешен представлява сполучлива уредба, която със сигурност може да бъде полезна при съвременните размисли по отношение на дълговете и лихвите.

Тя надхвърля полето на задълженията и се вкоренява като общ критерий на законодателна политика по отношение на всяка област от правото, за която принципът е приложим. В действителност е възможно да бъде получено само това, което е установено с подходяща умереност: „*scimus esse naturae congruum eas tantummodo poenas exigi, quae cum competenti moderatione proferuntur*“.

От изключително значение е фактът, че Юстиниан обосновава посочения критерий чрез препратка към материята на санкциите (*poenae*). В действителност,

може да се вярва, че Юстиниан се е стремил към безспорен и утвърден принцип, който да се прилага отвъд рамките на *roenae*, за които е установен, и по отношение на всички искания за обезщетяване на вреди: по този начин Юстиниан използва безспорен принцип в полза на критерия, който въвежда и окончателно санкционира.

Що се отнася до използването на термина *roena*, все още е необходимо изясняване, защото смисълът, в който го използва императорът не е съвсем ясен. В Кодекса терминът има множество значения: вариетат от наказание, като предмет на задължението *ex delicto*, договорна санкция<sup>31</sup> и наказание за престъпление<sup>32</sup>, но е използван и за обозначаване на неблагоприятните последици, които една страна може да понесе, а именно последиците от загубата на делото<sup>33</sup>. Склонен съм да вярвам, че в конституцията терминът е използван в общ смисъл. Най-вероятно умишлено е употребен по двусмислен начин, за да може да се приложи във всяка една ситуация, която е неблагоприятна и би могла да доведе до осъдително решение.

По този начин се е потвърждавала необходимостта от намаляване на *roenae*, въз основа на вкоренени в правната мисъл тенденции<sup>34</sup>. Така това позоваване,

---

<sup>31</sup> Така TALAMANCA, M. *Pena privata (dir. rom.)*. – *In: ED*, т. XXXII, 1982, р. 732, п. 173 показва двойствената употреба на термина *roena* за „обозначаване както на договорно наказание, така и наказание, предмет на *obligationes ex delicto* и на *actiones poenales*“ чак до времето на Северите от страна на Папиниан.

<sup>32</sup> От тук, както и от *iudicia bonae fidei*, изглежда е заимствано позоваването на съдиите, сезирани, за да оценят по разумен и умерен начин всяко отправено до тях искане: в тази връзка трябва да се взема предвид преценката на съдиите, призовани да наложат наказание, но с чести препратки от страна на императорите да бъдат благоразумни и умерени в своите решения: срв. DE ROBERTIS, F. M. *Arbitrium iudicantis e statuizioni imperiali. Pena discrezionale e pena fissa nella cognitio extra ordinem*. ZSS IX, 1939, p. 219 ss.; LEVY, E. *Gesetz und Richter im kaiserlichen Strafrecht*. I. – *BIDR*, 45, 1938, p. 95 ss.; SANTALUCIA, B. B. *ED XXXII*, 1982, v. *Pena criminale (dir. rom.)*, p. 738 ss.

<sup>33</sup> Между примерите, които могат да се цитират, ще се огранича около тези, които по мое мнение са по-важни - CJ. 2. 25. 5 e 6, CJ. 3. 7. 13. 2b, 2c e 6, CJ. 4. 21. 21.3, CJ. 4. 34. 12, CJ. 5. 17. 1b, CJ. 5. 51. 13. 3, CJ. 6. 29. 4. 1, CJ. 6. 40. 2, CJ. 6. 41. 1. pr., CJ. 8. 36. 5. 2, 8. 37. 12, CJ. 8. 40. 26. 1, 3, 5, 6, 7. Разбира се, би бил много полезен един анализ на термина *roena*, за да се отрази многообразието в употребата му през Принципата, но това е предмет на самостоятелно изследване.

<sup>34</sup> Още Папиниан заявява, че не може да се дава принудително онова, което е отвъд лихвите, утвърждавайки тенденция за ограничаване на „наказанието“ дотолкова, доколкото се е смятало за необходимо: D. 18. 7. 7 (Pap. 10 *quaest.*): *Servus ea lege veniit, ne in Italia esset: quod si aliter factum esset, convenit citra stipulationem, ut poenam praestaret emptor. Vix est, ut eo nomine vindictae ratione venditor agere possit, acturus utiliter, si non servata lege in poenam quam alii promisit inciderit. Huic consequens erit, ut hactenus agere possit, quatenus alii*



използвано по общ начин при осъждането в производства за обезщетения, се е разпростирало върху всички решения и във всякакви ситуации, а междувременно е било приложимо и в други области.

Крайният резултат е едно съществено ограничаване на тежестта, която длъжниците носят - или трябва да върнат главница и лихвите, или са били призовани да дадат *id quod interest* или да платят *poenae*, но при всички случаи не могат да бъдат осъдени да заплатят повече от двойния размер на първоначалния дълг: има се предвид, в случаите, в които това е установимо (*in omnibus casibus qui certam habent quantitatem*). В останалите случаи се е разчитало на разума на съдиите.

В заключение императорът максимално обобщава изложеното правило, което да се прилага както за вреди, така и за искове за обезщетение за изгубената печалба.

Обхватът на разпоредбата е бил такъв, че всеки дълг да не може да се надвишава двойно.

По този начин, политиката, която се е следвала по отношение на лихвите, е била приложима във всяка една ситуация с дългове, съгласно прогресивната и дългосрочна политика на Юстиниан.

**6.** Възприетото от Юстиниан решение по темата и до ден днешен ни предупреждава за това колко сложни, често и продължителни и лесно заобиколими са ограниченията по отношение на размера на лихвите.

Доказателство за това е неефикасността на отделните малки закони, насочени към ограничаване на лихвените проценти и борбата с разпространеното явление лихварство.

По-ефективно се оказва ограничаването на дълга в неговата цялост и приспособяването му към промени в баланса и взаимните изгоди, които в основата

---

*praestare cogitur: quidquid enim excedit, poena, non rei persecutio est. Quod si, ne poenae causa exportaretur, convenit, etiam affectionis ratione recte agetur. Nec videntur haec inter se contraria esse, cum beneficio adfici hominem intersit hominis: enimvero poenae non inrogatae indignatio solam duritiam continet.*

на всяко облигационно отношение често не зависят и от самите страни, въз основа на които кредиторът се ползва от предимства, които не са справедливи.

Също така, особено в днешно време, е необходимо законодателство като Юстиниановото, за да се възстанови справедливостта в облигационните отношения и да се възвърне съдържанието, с което тези отношения са създадени въз основа на реципрочността на лихвите. За да бъде постигнат този резултат, е необходимо да се преразгледа дефиницията на облигацията и да се тълкува договорът по различен метод.

Въпросът отдавна се дебатира в доктрината, а понякога и между съдиите и в дневния ред на парламентите. Въпреки това резултатите имат ниска ефективност както на международно (по отношение на външния дълг, който буквално “убива” населението на някои държави), така и на национално ниво.

7. За въвеждането на изравняващи и балансиращи елементи от полза се оказва критерият за обективната добросъвестност. Може да се каже, че във всички държави има тълкуватели, които са отдали нужното значение на добросъвестността в кодексите (по-специално държавите с „латински“ корени)<sup>35</sup>, за да се постигне баланс в престациите между контрагентите. Трябва да се прави разлика между заблудата при субективната преценката на обстоятелствата, довела до договарянето, която се отнася само до началния момент<sup>36</sup>, и обективните положения, които се основават на равнопоставеността на позициите на страните. Това е конфигурирано по такъв начин, че при загуби или сериозните промени да се породи възможност за преразглеждане на договора. Има се предвид, че промяната до такава степен води до неравнопоставеност, че е толкова невъзможно да се изпълни договорът, колкото и невъзможно да се постигне и крайната цел на

---

<sup>35</sup> Например в Испанския граждански кодекс чл. 7. 1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. Накрая подчертавам наличието на добросъвестност, което дава Чилийският граждански кодекс, който в чл. 1546 казва: „Los contratos deben ejecutarse de buena fe por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley o la costumbre pertenecen a ella“; за Италианския граждански кодекс вж. п. 52.

<sup>36</sup> Заблуда в обстоятелствата, които първоначално са довели до сключване на договор, според чл. 1266 от Испанския граждански кодекс.

договора, а именно общият интерес на страните. С други думи, сам по себе си договорът трябва да бъде преразгледан добросъвестно при наличие на такова разминаване в престациите - когато престацията на една от страните е толкова голяма, че тази на контрагента вече да не може да се счита за „съответна насрещна престация“. Така отпада общият интерес към момента на изпълнение на договора и се превръща в интерес само на едната от двете страни<sup>37</sup>.

Във всеки случай досега доктрината е установила едно ограничение, което изглежда непреодолимо по отношение на договора в първоначалния му вид и последващо регулиране на облигационните отношения<sup>38</sup> и то не може да бъде заличено.

Наскоро в новия Полски граждански кодекс бе изпробвано едно радикално решение - в случай на значителна промяна в покупателната способност за облигационни отношения в парични суми се предоставя правото на съда да променя размера на дължимата сума, дори и когато тя е определена в съдебно решение или договор, или по-общо, признава се правото на съда да възстанови равновесието на престациите, когато някоя от тях води до прекомерни загуби<sup>39</sup>. В тези случаи съдът

---

<sup>37</sup> Вж. LARENZ. *Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos*. Tr. Española. Madrid, 1956.

<sup>38</sup> Вж. CERVINI, A. *Mutui in valuta e rischio di cambio fra realtà e presupposizione*. – *Riv. Giust. Civ.*, 1996, II, p. 328 ss. Целта на доктрината е перфектно обобщена в BORDA. *Tratado de derecho civil, obligaciones* I<sup>o</sup> p. 135 ss.: Nuevamente la teoría de la imprevisión cobró vigencia, no sin vencer resistencias. Éstas han provenido sobre todo de los juristas de cuño liberal, cuyas objeciones pueden sintetizarse de la siguiente manera: a) El contrato es, sobre todo, un acto de previsión; quien celebra un contrato de tracto sucesivo o de ejecución diferida se propone precisamente asegurarse contra todo cambio; y resulta que esta previsión, que ha estado en el alm del contrato, y en la intención de las partes, quedaría luego frustrada por la aplicación de esta teoría; b) Los pactos se hacen para ser cumplidos; toda teoría que conduzca a apartarse de esta regla introduce un factor de inseguridad e inestabilidad en las relaciones jurídicas; c) En el cumplimiento estricto de los contratos no hay solamente una cuestión jurídica, sino también moral; el respeto de la palabra empeñada es una cuestión de honor; d) La teoría de la imprevisión otorga al juez facultades exclusivas y peligrosas y abre las puerta a un intervencionismo estatal que debilita progresivamente el principio de la autonomía de la voluntad.

<sup>39</sup> Новият чл. 358 от Гражданския кодекс (изм. в Гражданския кодекс от 28 юли 1990 - *Dziennik Ustaw, Gazzeta Ufficiale* 1990, N° 55, 321. Измененията през следващите години коренно променят Гражданския кодекс от 1964 г.) въвежда следните принципи:

§1. Ако обект на облигационното правоотношение към момента на установяването му е парична сума, престацията се изпълнява след плащане на номиналната сума, освен ако законът не предвижда друго.

§2. Страните могат да уговорят в договора, че размерът на паричното обезщетение ще се определя според стойност, различна от пари.

има много широка дискреционна власт. Той прави изменения под призива за спазване на принципа за спокойното обществено съжителство, който обаче може да има широки и неопределени граници. При прилагането им обаче тези норми предизвикват известно объркване и вече има предложения за радикална промяна или отменянето им, за да се гарантира сигурността на облигационните отношения.

Малко по-късно примерът е последван и от Нидерландия. През 1992 г. е изменен чл. 258 от Книга VI от Гражданския кодекс на Нидерландия, като се предвижда възможността за изменение или пълно или частично прекратяване на договор от съда, когато една от страните докаже, че непредвидени обстоятелства са нарушили равновесието в неин ущърб и че не е справедливо другата страна да извлича ползи от настъпилата промяна<sup>40</sup>. Нидерландският законодател е целял да

---

§3. В случай на значителна промяна в покупателната стойност след възникване на облигационното правоотношение, съдът може, след претегляне на интересите на страните, спазвайки принципите за социално съжителство, да промени размера или начина на осъществяване на паричната престация, дори когато то е уредено от закона или договора.

§4. Необходимостта от промяна в сумата или начина на осъществяване на паричната престация не може да се иска от страна, която управлява бизнес, ако престацията е свързана именно с управлението на този бизнес.

§5. Правилата на §§ 1 2 и 3 не противоречат на разпоредбите, които регулират размера на цените и други парични престации

§6 Ако след промяна на правоотношението се усложни положението на едната страна, без страните да са го предвидили при сключване на договора, съдът може, вземайки предвид интересите на страните, позовавайки се на принципите за социално съжителство, да определи начинът, по който да се изпълни задължението, размера му, както и да развали договора. Разваляйки договора, съдът може да се произнесе в съответствие с гореспоменатите принципи (преводът на италиански е на автора- б. ред.).

<sup>40</sup> Art. 6:258 : 1. De rechter kan op verlangen van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Aan de wijziging of ontbinding kan terugwerkende kracht worden verleend. 2. Een wijziging of ontbinding wordt niet uitgesproken, veer zover de omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening komen van degene die zich erop beroept. 3. Voor de toepassing van dit artikel staat degene op wie een recht of een verplichting uit een overeenkomst is overgegaan, met een partij bij die overeenkomst gelijk.

(В превод: 1. Съдът, по желание на една от страните, може да измени или разреши изцяло или частично последиците от даден договор, поради настъпили непредвидени обстоятелства, които са такива, че контрагентът, според правилата за разум и равенство, не може да очаква договорът да се запази непроменен. Изменението или решението може да има действие с обратна сила. 2. Изменението или решението не може да бъде отказано, дори когато обстоятелствата според характера на договора попадат в обхвата на страната, която иска изменение или решение на договора. 3. За целите на прилагането на този член

се вземе предвид искането на страната, независимо в каква форма е направено то<sup>41</sup>, и да бъде относимо към всяко, непредвидено в договора обстоятелство<sup>42</sup>, при което би било несправедливо да се запази предвиденото облигационно отношение в неговата цялост<sup>43</sup>.

Цитираната разпоредба от Нидерландския кодекс има общ характер, тъй като за разлика от чл. 1467 от Италианския кодекс, не е относима само за договори с продължително изпълнение или изпълнение под отлагателно условие, а за всеки един договор, за който има коригираща, ограничаваща и дерогативна функция и това не е включено като допълнителна клауза в договора.

Разпоредбата в Нидерландския кодекс също дава голяма власт на съда и съдържа същите затруднения като в полската практика.

Опитът в иновативните разпоредби в Полския и Нидерландския кодекс ме навежда на мисълта, че поне засега законодателният път не изглежда задоволителен. Законодателят рискува да остане дезинформиран по отношение на задълженията, като оставя цялостната преценка на съда.

Фактът, че деликатният и сложен характер на проблемите, породени от неравенството в престациите, изисква решения въз основа на критерии, които да съхранят договора, в смисъл, че каквото и да е крайното решение, то да бъде свързано с конкретното договаряне.

Нормата е в основата на договора и трябва да бъде възприета от всички тълкуватели, независимо дали са самите страни, или съдията, а още повече доктрината.

Струва ми се, че това е посоката, в която трябва да се движим.

В тази насока се ориентира и Публий Салвий Юлиан. Занимавайки се с ограничаването на съдебно решение по отношение на длъжник, задължен за

---

лицето, на което е прехвърлено право или задължение е еквивалентно на страна по договора).

<sup>41</sup> Изразът трябва да се разбира в този смисъл „по желание на една от двете страни“.

<sup>42</sup> Трябва да се разбира под „непредвидени“ обстоятелства, „обстоятелства, които не са посочени или предвидени в договора“.

<sup>43</sup> Изразът „запазва се непроменен“ наподобява немското *Zumutbarkeit*.

обезщетение при евикция, във фрагмент, който вече съм засягал<sup>44</sup>, той поддържа идеята за ограничаване на задължението на длъжника в рамките на това, което е могло да се предвиди. Според юриста подобно ограничение произтича от общ принцип, който трябвало винаги да се взема предвид от тълкуващия при решението на спора. Според Юлиан договарянето винаги трябвало да бъде отправна точка, по динамичен начин, с оглед на това, което би могло да бъде договорено, ако бяха налице новите обстоятелства и как те биха се взели предвид от контрагентите. С други думи, това означава, че диспозитивното правомощие (т.е. обхватът на договорната автономия, предоставена на страните по договора) на контрагентите действа и се основава на новите обстоятелства, което би довело до промяна в структурата на взаимните интереси и те биха били с такъв характер, че тяхното знание не би довело до сключване на договора при тези условия.

Предимството на установения от Публий Салвий Юлиан принцип, който (за да се даде някакво наименование за по-непосредствен подход към него) нарекох *cogitatio*, е че за да се възстанови балансът, не е необходимо да са налице непредвидени обстоятелства (като при непредсказуемостта) и не се стига до прекратяване на договора при липса на съгласие от другата страна. Това е нежелателно от „по-слабата“ страна, която, например, има ипотека, и поради липса на средства или ликвидност със сигурност не е в състояние да изплати получените суми, а често като последица и не може да се възползва от правото си на промяна на условията поради непредвидени обстоятелства.

Наскоро, като решение бе предложено “предоговарянето”, приложимо например в случаите, когато уговореният лихвен процент е прекалено висок в сравнение с последващите стойности на “пазара”. Предложението има един недостатък - изравняването зависи от съгласието на кредитора, който, както вече видяхме, в по-голямата си част изисква допълнителни и необосновани плащания (например, заплащане на евентуални санкции за прекратяване на предходно

---

<sup>44</sup> *Buona fede ed equilibrio degli interessi nei contratti, in Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea.* – In: *Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese.* III. Padova, 2003, p. 567 - 608.

правоотношение); това обикновено се прилага за бъдещи дългове, а не за стари такива, и все пак включва прекратяване на предходно задължение и създаването на ново такова, което не е изключено да се превърне в неравноправно.

*Cogitatio* предлага трайно решение, приложимо през цялото съществуване на правоотношението, изисквайки постоянно поддържане на равновесие на лихвите, договорени от насрещните страни. Отличава се по това, че при прилагането на критерия за “обективна добросъвестност” не се засяга въпросът кой от контрагентите, в случай, че са свободни да го направят, може да води преговори, знаейки за новите непредвидими обстоятелства.

Всъщност, въпросът е дали въз основа на *cogitatio* не следва да се приеме нова посока на тълкуване на договорите, успоредно с общоприетото по отношение на закона, а именно че тълкуването не трябва да е непременно свързано с началния момент, а може да се променя във времето в зависимост от обстоятелствата и преследваните цели. С други думи: договорът е облигационно правоотношение и произтичащото от него задължение трябва да се тълкува по еволюционен начин.

Към днешна дата ми се струва, че тази насока трябва да бъде спешно предложена. Това не е само теза в доктрината, тъй като изглежда се приема както от разпоредбите на Полския законодател, така и от Гражданския кодекс на Нидерландия.

Това ми се струва като логическа последица, предвид факта, че в днешно време основният нормативен източник на отношенията и обмена се намира в договорите. Оставам с впечатлението, че формулировките, въведени в различните кодекси<sup>45</sup> по отношение на „законовия“ характер (за контрагентите) на договора, са използвани единствено с цел обвързване на страните към началния момент на сключване на договора, а не и за да се прилагат в тълкувателни техники, разработени в закона, включително и такива в еволютивен план, които да доведат до признаване на липсващо или непредвидено към момента на създаването на акта съдържание. Считаю, напротив, че трябва да се последва докрай паралелизмът със закона, като се прехвърлят в договорната материя

---

<sup>45</sup> Виж по-горе бел. 43.

тълкувателните техники, създадени по отношение на законите, включително и еволютивните.

Струва ми се, че е настъпил моментът да се създаде пространство на еволюционното тълкуване също и за договорите, целящо да поддържа баланс между волята на страните и крайната им цел, която преследват, във връзка с взаимните ползи, които имат.

Разбира се, трябва да бъдем предпазливи, за да избегнем, поради невъзможност да се предвиди какво би се случило в бъдеще, преговорите да останат в застой, имайки предвид, че страната трябва да може да разчита на договореното. За тази цел принципът на Юлиан изглежда адекватен, тъй като се отнася само до непредвидени събития, дори и да не са извънредни или изключителни, но обективно да се явяват непоносими за длъжника.

Следва да се подчертае, че приемането на този принцип предполага важна роля на доктрината и съдебната практика, които да следят промените, които изискват възстановяване на баланса на престациите, като се избягва излишно неоснователно обогатяване на една от страните, поради събития, по отношение на които облагодетелстваната страна не може да изтъкне “причини” да се възползва от по-голяма печалба, без страната в неравностойно положение да е виновна за утежняване на дълга.

И се питам дали не е дошъл моментът изрично да се заяви обобщението, че цялото право е в полза на човека, така, както е било направено от римските юристи и както е кодифицирано от Юстиниан.



## ОТНОВО ЗА АТИПИЧНИТЕ СИНАЛАГМАТИЧНИ СЪГЛАШЕНИЯ В МИСЛЕНЕТО НА КЛАСИЧЕСКИТЕ ЮРИСТИ\* (НА БЪЛГАРСКИ ЕЗИК)

**Проф. д-р Луиджи Гарофало**

Университет в Падуа, Италия

**Резюме:** От Лабеон до Паул не малко римски юристи са се спирали на ненаименованите синалагматични съглашения, обсъждайки по-специално изискванията, на които те трябва да отговарят, за да бъдат защитени от съдилищата, и чрез какви действия може да бъде предоставена такава защита. Фокусът на статията е именно да се възстановят техните разнообразни становища, с известно отклонение от предложената от Carlo Augusto Cannata реконструкция, който в много свои произведения изследва теориите на римската юриспруденция в материята на договорите.

**Ключови думи:** задължения; източници; наименовани договори; синалагматични съглашения *sine nomine*; изисквания; правни действия.

---

\* Статията със заглавие „Ancora sulle convenzioni sinallagmatiche atipiche nel pensiero dei giuristi classici“ е публикувана в *STUDI IN RICORDO DI CARLO AUGUSTO CANNATA*, Napoli, 2021, p. 399- 438 и с някои съкращения е предоставена за превод и публикуване на български език с изричното съгласие на автора и издателя.

## ON THE ATYPICAL SYNALLAGMATIC CONVENTIONS IN THE THOUGHT OF CLASSICAL JURISTS (BULGARIAN LANGUAGE)

**Prof. Luigi Garofalo, PhD**

University of Padua, Italy

**Abstract:** From Labeo to Paul, not a few Roman jurists dwelt on innominate synallagmatic agreements, discussing in particular the requirements they had to meet in order to be protected by the courts and through which actions such protection could be granted. The focus of the essay is precisely the reconstruction of their varied thought, sometimes diverging from that proposed by Carlo Augusto Cannata, who in many works explored the theories of the prudentes in contractual matters.

**Keywords:** Obligations; Sources; Nominated contracts; Synallagmatic conventions sine nomine; Requirements; Legal actions.

## 1. Въведение

Carlo Augusto Cannata в заключението си на едно от последните си съчинения относно доктрината на класическата римска юриспруденция по темата за договора<sup>1</sup> пише, че едва Паул в D. 19.5.5, чиято „догматична основа“ се открива в един друг текст на същия юрист, включен в D. 19.4.1, приема, че изпълнението на една престация се счита за изискване за допустимостта на цивилна защита (пълна) на атипичните договорни съглашения<sup>2</sup>.

Нито Лабеон, както смятам и аз, нито Педий, Аристон, Маврициан и Улпиан са поставяли това изискване с цел приложимостта на *actio praescriptis verbis*: От друга страна, аз самият съм убеден, че тези четиримата юристи, а също и Паул, го изискват и вярвам, че с това няма да разочаровам своя Учител професор Cannata, който винаги е бил готов да изслуша мнението на другите, ако на страниците, с които възнамерявам да уважа неговата памет, аз сравнявам моята собствена и неговата реконструкция на размислите на тези и на другите *prudentes* - очевидно включително Лабеон и Паул, които разсъждават по-задълбочено върху юридическия статус на атипичните синалагматични съглашения, без да се пропуска и Гай, който предлага и своите идеи за договора.

Като отново се обръщам към тезата, която вече съм изложил в някои предходни изследвания от 2006 г. насетне, годината на публикуване на *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*<sup>3</sup>, тук ще представя моята гледна точка за

---

<sup>1</sup> Имам предвид *LABEONE. Aristone e il sinallagma* (от 2010 г.), включена и в CANNATA, C. A. *Scritti scelti di diritto romano*, a cura di L. VACCA. III. Torino, 2014, p. 57 ss.

<sup>2</sup> Срв. CANNATA, C. A. *Labeone. Aristone e il sinallagma, cit.*, p. 112.

<sup>3</sup> Може да се прочете на р. 337 ss. На книгата, озаглавена *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, издадена в Падуа под ръководствата на A. Burdese. По-късните изследвания на които се позовавам, са следните: *Gratuità e responsabilità contrattuale*. – In: *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, a cura di L. GAROFALO. Padova, 2011, p. 1 ss.; *Teoriche sul contratto nella giurisprudenza classica*, in *Diritto romano fra tradizione e modernità. Atti del Convegno internazionale di Shanghai (13-15 novembre 2014)*, a cura di L. GAROFALO e L. Zhang. Pisa, 2017, p. 205 ss.; *Sulle origini del contratto e sulla sua conformazione nel diritto positivo italiano*. – In: *'Ius civile europaeum'. Libertà e responsabilità contrattuale* (Winter School dell'Università di Padova, 22-26 febbraio 2016). *Lezioni e Ricerche*, a cura di G. AMADIO e L. GAROFALO. Pisa, 2017, p. 3 ss. Точно върху структурата на това последно изследване ще се спра, както направих и в *Contratto e causa*. – In: *800 años de historia a través del derecho romano*, a cura di A. CASTRESANA, SALAMANCA, 2018, p. 156 ss.

приноса на отделните вече споменати и изследвани юристи и същевременно ще обобща някои тълкувателни предложения на Санапа, особено когато те се разминават.

## 2. Правен акт, договор и действие според Лабен

В текста, с който ще започнем, в D. 50.16.19, се припомня изричното становище на Лабен по повод на правния акт, договора и действието. Той произхожда от Улпиан и е формулиран така:

*D. 50.16.19. Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam 'agantur', quaedam 'gerantur', quaedam 'contrahantur': et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci synállagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.*

Няколко причини, на които няма да се спирам сега, ме навеждат на мисълта, че Лабен, коментирайки клаузата на едикта на градския претор, известен като *edictum de pactis*, където той изразява своята позиция относно правновалидното съгласие, е предложил вътрешно тройно разделение в рамките на групата на сделките с облигационен ефект, за които съгласението е от съществено значение: което обяснява защо това не изглежда изрично посочено във връзка с една или повече от трите правни фигури, посочени от юриста. Всъщност, тъй като съгласението е общо при всички, би било излишно да се повтори, че то се отнася за всяка от тях, но се различава от другите на основата на *quid pluris*, което трябва да се съдържа в съгласието, за да се създадат споделените от страните облигационни последици.

Чрез свързване на правния акт с *verbis* и *re agere*, за което се дават като примери *stipulatio* и *numeratio* - тоест заема (*mutuum*) и може би, но ако това не е по погрешен начин, както го виждаме разбрано и подчертано от Гай, и *solutio indebiti*,

---

Лабенон иска да акцентира, че в посочената категория се включва всяка облигационна връзка, породена от съглашение и притежаваща правна сила, следователно да я включи изцяло в правния свят било с произнасянето на *verba*, било с предоставянето на *res* или също с използването на *litterae* (като се имат предвид аргументите, с които авторът добавя *verbis* и *re agere* и *litteris agere* и които изчезват и не се споменават поради съкращаване от компилаторите на Дигестите). Като обвързва с договора с *ultra citroque obligatio, quod Graeci synállagma vocant*, разпознаваема в *emptio venditio*, в *locatio conductio* и в *societas*, той възнамерява вместо това да уточни, че терминът контракт (*contractus*) е адаптиран към двустранно или дори многостранно облигационно отношение, което се развива от споразумение и има белег за правомерност като *ultro citroque obligatio*, тоест размяна на престации в широк сисъл (който присъства при *societas*, тъй като престациите на отделните страни с оглед постигането на общото социално намерение са всъщност в полза на другите, но липсва при мандата, който напълно последователно не се открива да се отнася до трите споменати случая). И накрая, в действието на *res sine verbis facta* юристът вероятно иска да посочи, че в тази фигура е налице облигационно отношение върху консенсуална матрица, която обаче има правно значение само поради вида дейност, материална или правна, която дължи едната страна (*res facta* според цитирания по-горе фрагмент) от момента, в който правната уредба не изисква нито предаването на вещь (*res*), напълно не на място в такава хипотеза до такава степен, че дори не се обмисля тя изрично да се изключи, нито с произнасянето на *verba* или използването на *litterae* (и в този случай обаче презумирано в оригинала и евентуално отпаднало, както посочих по-горе).

От това следва, че по този начин се смята, че Лабенон квалифицира мандата като действие, всъщност като сделка без признак, с който да се обвърже принадлежността ѝ към съглашенията, каквато е неговата същност, като се позовава на задължението на мандатаря за материални или правни действия за сметка на манданта. Дори може да се предположи, че Лабенон, в стремежа си да изясни различните сфери на *agere*, *gerere* и *contrahere*, не е спазил тази последователност, поставяйки договора преди третирането на действието поради

по-очевидния момент при създаване на правната уредба независимо, че би следвало програмно да е на трето и последно място.

И докато категориите на правния акт и на правното действие имат предимно дескриптивно и класификационно значение, то тази на договора има по-голям потенциал. Създадено чрез абстрахирането от типичните фигури на *emptio venditio*, *locatio conductio* и *societas* с общия елемент при тях (като допълнение към съглашението), или *ultra citroque obligatio* без по-нататъшни специфики, се очертава споразумението, по силата на което страните поемат реципрочната тежест на престацията, независимо дали е включена или не в една от гореспоменатите фигури. Привлечено по този начин в орбитата на договора и следователно чрез него в сферата на правото, съглашение от такъв род, което обаче не може да се определи като *emptio venditio*, *locatio conductio* или *societas*, поради съображения за присъща систематика и съгласуваност изисква от правната система с оглед на присъщата ѝ цялост, която да е съответна по същество на трите цитирани разновидности. Това е проблем, на който Лабеон се отдава изцяло, което е видно и от други текстове, на които обаче не мога сега да се спра по-подробно. Но той е считал, или по-скоро е приемал, че трябва да потърси опора в *ius civile* за всяка от страните, които са постигнали такова споразумение, да могат да предявят в съда неизпълнението на насрещната престация чрез общия иск *actio praescriptis verbis*, като по този начин подкрепя специфичните процесуални средства на преторския едикт, използвани от страните по *emptio venditio*, *locatio conductio* или *societas* и изпълняващи същата функция.

В източниците се среща различно определяне на този иск - *actio in factum civilis* или *actio civilis* или *actio incerti* или *actio civilis incerti*. Според реконструкцията, която ми се струва най-адекватна, искът е имал *demonstratio*, в която се индивидуализира конкретният вид съглашение, от което произтича облигационното отношение, представено пред съда (откъдето идва и наименоването му *actio in factum*), и се съдържа *praescripta* в самата *intentio in ius concepta*, наред с *intentio civilis incerta* във формулите, използвани при спорове, възникнали от покупко-продажба, наем или дружество (*quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona*).

Несъмнено може да се каже, че Лабен в своето съчинение изцяло формулира логическите пътища, лежащи в основата на лаконичното определение на договора, което Улпиан му приписва в D. 50.16.19. Всъщност може да се каже, че е налице една атипична фигура, различна от трите споменати от Лабен, една *ultra citroque obligatio*, която на първо място трябва да се определи като договор. Само така чрез използването на термина *ultra citroque obligatio* може да произтече придобитият консенсуален характер, при който всяка от страните следва да има определено поведение в полза на другата. Но ако това е така, не може да се изключи, че Лабен развива много отчетливо своята аргументация: индивидуализирайки елемента, който заедно със съгласието, което първоначално се свързва с *emptio venditio*, *locatio conductio* и *societas*, като *ultra citroque obligatio*, той твърди, че всеки път, когато страните са се обвързвали естествено със споразумение, с взаимно задължаване да имат определено поведение, абстрактно съответстващо на *ultra citroque obligatio*, то това е било по силата на договор и следователно това обвързване конкретно е приличало на една *ultra citroque obligatio*.

Всъщност трябва да уточним, че и преди Лабен практиката отбелязва сключването на съглашения, които водят до реципрочно обвързване на страните за изпълнението на определена престация и които не се вписват в типичните признати от правото схеми и следователно защитени от предоставените от магистратите, натоварени с правораздаване, искове. В тези случаи обаче закрилата на субектите, участващи в такива отношения, е била ограничена. Ако и двамата спазят съдържанието и осъществят дължимото според съгласението поведение, то новите имуществени отношения стават недосегаеми. Преторът, като има предвид *edictum de pactis* (*'pacta conventa ... servabo'*, казва той, както четем в D. 2.14.7.7), не може да позволи на едната или на другата страна да предявят иск за връщане на даденото или на неговата равностойност, нито пък еквивалентната стойност на дължимото действие: в частност срещу прехвърлянето на собственост чрез *datio*, на отчуждителя не се предоставя *condictio*, която да е основана на *ius civile* (или пък ответникът би могъл да се защити с възражение). Ако никоя от страните не е изпълнила обещаното, и двете нямат никаква процесуална защита.

А ако само една от страните предостави дължимата престация, трябва да се направи разграничение.

Ако страната е задължена за *dare* и е изпълнила своята престация, може да използва *condictio ob rem dati re non secuta* срещу насрещната неизправна страна, за да получи обратно предоставената в собственост вещь или нейната равностойност, изчислена въз основа на критерия *quanti ea res est* (определената от съдията сума, включена в кондемнацията, трябва да съответства на пазарната стойност на вещта в момента на *litis contestatio*, с която завършва фазата *in iure* и се преминава към разглеждане на делото пред съдията във формуларния процес). Но с това не се отчита интересът на *dans* от изпълнението, а по-скоро позитивният интерес, който представлява мярка за обезщетение в случая на успешно упражняване на *actio praescriptis verbis* (изчислена чрез сравняване на имуществената ситуация, в която ищецът би се оказал, ако ответникът беше извършил дължимата престация, и тази, в която е в резултат на неизпълнението ѝ, за да се отчетат претърпените загуби и пропуснатите печалби).

Различна е ситуацията, когато едната страна дължи *facere*, което е изпълнено и която може да предяви срещу неизправната насрещна страна, макар и не винаги, а в определени особени хипотези, индивидуализирани от юриспруденцията, *actio de dolo* - един арбитражен иск, насочен към обезщетение под формата на имуществена санкция, определено според критерия на отрицателния интерес (следователно равно на претърпените щети, оценени чрез сравняване на имуществената ситуация, в която се е намирал ищецът при сключването на съглашението и неговото изпълнение на престацията и тази, в която той се е бил, ако е нямало споразумение и изпълнение, като преценката също се извършва към момента на *litis contestatio*).

### 3. Договорът на Лабен според *Cannata*

Въздържам се да обобщавам многото страници, които *Cannata* е написал относно идеята за договор, представена от Лабен, тъй като самият автор предлага ефективно резюме на една страница от гореспоменатото изследване. Там четем:



„Лабеон открива едно общо определение за договора (*ultra citroque obligari, synállagma*) като акт на взаимно обвързване и иск за санкциониране на тази облигационна структура (*actio in factum civilis*, наричана още *actio praescriptis verbis* или *actio civilis incert<sup>4</sup>*), който се явява общ договорен иск, но субсидиарен по отношение на типичните договорни искове“<sup>5</sup>.

В тези редове може да се открие съзвучие между Cannata и мен, което в действителност съществува само частично, макар и да не напуска сферата на договора, очертана от Лабеон. Ако искаме да излезем извън нея, ще констатираме, че за Cannata *gerere* в D. 50.16.19 е „управлението на чужди дела или защита“<sup>6</sup>, а не мандат, както аз предполагам. Спорът се отнася предимно за задълженията, които произтичат от договора според Лабеон. Ако за мен те се пораждат, при това от самото начало и за всички страни, то за Cannata не е така. Така всъщност по този повод той предполага, подобно и на мене, че уредбата е формулирана в *edictum de pactis* според D. 50.16.19<sup>7</sup> (и в нея, както той подчертава, се съдържат трите *genera* съглашения, от които първият е определен като *verbum generale*, защото е единствен, който след това има подразделения на *species*<sup>8</sup>). Според Cannata „трябва непременно...да се излезе от дилемата, върху която отдавна е раздразнена романистичната доктрина, дискутирайки дали *ultra citroque obligatio* означава „акт в резултат на декларациите на двете страни“ или „акт, който създава задължения за двете страни“, защото разглежданият израз със сигурност наемква - както би било според първата теза, за характер на сключване на договора, а също така - както би било според втората теза, разглежда ефектите от акта, но неговият

---

<sup>4</sup> Този иск е разглеждан обширно CANNATA, C. A. *L'actio in factum civilis'* (del 2009), също и в ID. *Scritti scelti, cit.*, III, p. 23 ss.

<sup>5</sup> Срв. CANNATA, C. A. *Labeone. Aristone e il sinallagma, cit.*, p. 111.

<sup>6</sup> Срв. CANNATA, C. A. *La nozione di contratto nella giurisprudenza romana dell'epoca classica* (del 2009), ora in ID. *Scritti scelti, cit.*, III, 11 s.

<sup>7</sup> Срв. CANNATA, C. A. *La nozione di contratto, cit.*, p. 4 ss. Ето началните думи, които се отнасят до становището на Лабеон: „Фигурата на договора се е смятала от юристите като особена проява на съгласието, така че за тях теорията на договора се поставя в контекста на теорията на споразумението, тоест проявата на съгласието на страните, насочено към сделка. В своите произведения юристите разглеждат споразумението с позоваване на *edictum de pactis* и следователно естественото място на тяхната дискусия е в *libri ad edictum* и по-специално към началото на тези, където е коментиран *edictum de pactis*“.

<sup>8</sup> Срв. CANNATA, C. A. *La nozione di contratto, cit.*, p. 11.

смисъл не е единият, нито другият от така предложените. Лабеон описва договора като акт, който страните сключват с намерението и двете да се ангажират с осъществяването на определена дейност и заявяват своята готовност да приемат всякакви функционални задължения за реализирането ѝ<sup>9</sup>. Задълженията, които след това конкретно произтичат, могат да се отнасят и за двете страни или само за едната от тях или пък за едната страна да произтичат от самото сключване на договора, а за другата евентуално да възникнат в хода на изпълнението, във връзка с определени факти, които договорът превръща в задължителна програма. Така според Лабеон договорът, обобщено, се приема като задължаващ акт, отворен за същинска двустранност. Разбира се, за перфектната облигационна двустранност трябва да се добавят последващи разяснения с примерите за покупко-продажбата, наема и дружеството, но примерът, който със сигурност не е задължителен, може би е избран чрез посочване на по-ясните видове договори, за да илюстрира концепцията, без да е необходимо да се правят допълнителни разяснителни отклонения<sup>10</sup>.

Така според Cannata мандатът, заемът за послужване, влогът и залогът в концепцията на Лабеон се проявяват като *species* на общия *genus* на определения по този начин от него договор, като аз лично считам, че тези фигури са свързани с различни видове действия (мандата) или действия с реален характер (при другите договори). Ако за Лабеон е изглеждало очевидно, уточнява Cannata с препращане към заема за послужване (а *mutatis mutandis* това се отнася и за влога и залога), че „задължителните ефекти на тази сделка се появяват от момента, в който комодатарят получи дадената за послужване вещ“, тъй като не се иска комодантът да е натоварен със задължение да предостави вещта на комодатаря. Това означава, добавя Cannata, че „изискването за предаването на вещта със

---

<sup>9</sup> Come „начин на реципрочно задължаване“ се приема от CANNATA, C. A. *Corso di istituzioni di diritto romano*. II.2. Torino, 2017, p. 172, по-очевидно изразено на p. 175 s., което е сходно с това, което съм цитирал в текста, и в съответствие с позицията, макар и все още недоразвита от него в *Labeone e il contratto* (del 1993), сега и в CANNATA, C. A. *Scritti scelti di diritto romano*, a cura di L. VACCA. II. Torino, 2012, p. 112 s., и малко по-късно и в *Der Vertrag als zivilrechtlicher Obligerungsgrund in der römischen Jurisprudenz der klassischen Zeit* (del 1995), а също и в *Contratto e causa nel diritto romano* (del 1997), и двете пак там p. 202 ss. и съответно p. 312 ss.

<sup>10</sup> Срв. CANNATA, C. A., *La nozione di contratto*, cit., p.12 ss.

сключването на договора въобще не съответства на специалния характер на разглеждания обвързващ механизъм, който се отличава от консенсуалния механизъм, а само към един аспект от конкретния режим на този вид *contractus*. В заключение комодатарят не е обвързан реално да върне вещта: той е задължен *consensu* за тази престация, както и за останалите, с които е обременен. Факт е, с по-прости думи, че всички задължения, които произтичат от заема за послужване, както са го изградили римските юристи, предполагат, че вещта е предоставена и само това определя специалното правило за неговото сключване<sup>11</sup>.

Според Cannata в орбитата на сделките с реален характер Лабен е считал и обикновения заем (*mutuum*). Това е така, защото в по-общата категория на сделките Лабен е включвал и тези, които предполагат съгласие, но са били в състояние да създадат задължения за една страна само по силата на определен механизъм в допълнение към съгласието, дори да се основават на него, то ест като се имат предвид действията, означавани като *res*, *verba* или *litterae*. Cannata също подчертава, че когато е възможно *agere re in numeratione* и *agere verbis in stipulatione*, Лабен счита, че „*numeratio* на обикновения заем е с относителна облигационна структура на същото ниво, което се предполага използването на *verba* в структурата на *stipulatio*“. Той се изразява в *traditio* на пари, „основано на каузалното съгласие на *causa credendi*“ и създава задължението на заемателя да върне еквивалента на престираната сума, тъй като „заемателят държи... *aes alienum* (дължими другиму пари) в своя патримониум“. Казано по друг начин, в случая е „налице механизмът на *re obligari*“<sup>12</sup>.

#### 4. Трестепенното деление на Лабен в анализа на Педий

Нека сега се спрем на текста, отново на Улпиан, включен в D. 2.14.1.3, в който се споменава едно интересно мнение на Педий - юрист от втората половина на I в. сл. Хр. *Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius*, пише Улпиан, *nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se*

---

<sup>11</sup> Срв. CANNATA, C. A., *La nozione di contratto, cit.*, p. 16 ss.

<sup>12</sup> Срв. CANNATA, C. A., *La nozione di contratto, cit.*, p. 13 ss.

*conventionem, sive re sive verbis* (предполага се, че макар тук да липсва, в оригинала е имало израз *sive litteris*) *fiat; nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.*

Педий не дискутира теорията на Лабен, но сякаш я изяснява, подчертавайки, че няма никакъв договор, нито някакво облигационно отношение, произтичащо от правна сделка или действие според Лабен, което да не е обвързано със съглашение, което съществува като необходимо и тогава, когато се действа *re, verbis* и *litteris*. В резултат на това, счита Педий и самият Улпиан, дори една стипулация при наличието *verba*, но при липсата на съгласие, не се счита за сключена или по-точно - счита се за нищожна. Паул също отбелязва неспособността да създаде задължение и в специфичния казус на *sponsio* със съответните *verba*, които обаче не са основани на споразумение, макар и произнесени *per iocum* или *demonstrandi intellectus causa*, както се твърди в D. 44.7.3.3: *verborum quoque obligatio constat, si inter contrahentes id agatur: nec enim si per iocum puta vel demonstrandi intellectus causa ego tibi dixero 'spondes'? et tu responderis 'spondeo', nascetur obligatio.*

Може да се твърди, основавайки се на приетата от Педий позиция по отношение на ненаименованите договори, че първоначално класическата юриспруденция утвърждава две основни характеристики на правната реалност, в която се намира: консенсуалният поризход на многобройните облигационни отношения и невъзможността те да се създадат само от едно съглашение, а трябва винаги да се придружават от някакъв друг белег, който да им придаде правна тежест под заплахата да се окажат в сферата на оспоримите и невалидни актове. Такъв белег, който е вътрешно присъщ и съдържателен, е размяната, който се съдържа в *emptio venditio, locatio conductio* и *societas*, както и действията за сметка на другата страна при мандата. Той може да е и външен и формален, както например произнасянето на *verba* при *stipulatio*, използването на вписване – *litterae* при *nomen transcripticium*; и също с характер на външен и материален белег като предаването на вещта - при обикновения заем, влога, заема за послужване и залога (не се спирам на фидуцията, при която може и да няма предаване на вещта, но

трябва да се извърши отчуждаване чрез *mancipatio* или *in iure cessio*, като и в двата случая се съдържа външният и материален елемент, за който става въпрос).

Нещо повече, това е реконструктивният резултат, който наследниците на Лабен и Педий възприемат напълно или поне считат за иманентен в правната система, с която работят, въпреки разнообразието от техните тези по отношение на понятието за договор, представено от августовия юрист Лабен и въпреки колебанията и дори погрешните подходи, проявени от Гай, на което по-долу ще се спира по-обстойно.

Може да се мисли (и това го казвам като пример, без да се спирам тук, както направих относно Педий по-горе за становището му относно ненаименованите договори), че Улпиан се ограничава до разширяването на категорията на договорите, като включва в нея, както произтича от D. 2.14.7.1, не само *emptio venditio*, *locatio conductio* и *societas* (които са включени, при това в този ред като примери за договори в систематизацията на Лабен, запазена в D. 50.16.19), но също и *commodatum*, *depositum* и *ceteri similes contractus* (специфично индивидуализирани и защитени от правния ред, включени на основание на началото на D. 2.14.7.1). Това са, както ще повтора по-долу, не само типичните споразумения, характеризирани се с размяна на престации, но и случаите, основани на споразумения, в които е обобщен външен и формален или материален или пък вътрешен и съдържателен индекс за правомерност, които включват типичните фигури, които Лабен третира като актове или действия.

Като включва тези случаи в групата на договорите, Улпиан си присвоява една опция за систематика, която всъщност вече циркулира сред *prudentes*. Тя по-специално е основана на наблюденията на Гай по деликатния проблем за източниците на облигационни отношения. Тази опция изглежда произтича от едно синтезиране, направено от този същия юрист, който, макар и с ограничено внимание към типичните фигури, ги премества от класификацията на Лабен в D. 50.16.19 и от *dictum Pedii* в D. 2.14.1.3, което налага да се задълбочи аргументацията, но само след като се разгледа интерпретацията на *Cannata* по отношение на *dictum*.

## 5. Становището на Педий в D. 2.14.1.3 според прочита на Cannata

За Cannata, както и за мен, като е изключено да сме обединени от хендиадис, облигационното отношение се поражда от договор, като акузативите *contractum* и *obligationem*, които Улпиан приписва на Педий в D. 2.14.1.3<sup>13</sup> и ги определя като елегантни, са по-скоро, както твърди Cannata, повече за „догматична обремененост“, отколкото за придаване на определена форма<sup>14</sup>. Пак за него, както и за мен, остава допълнително включено „споменаването на *stipulatio* в края на § 3, където се казва че тя, независимо че се сключва с произнасяне на соленелни слова (*verbis*), е нищожна, ако липсва съгласие (*nisi habeat consensum, nulla est*), като принадлежащо на Улпиан, а не на Педий“. Но според Cannata става въпрос за малко релевантна проблематична позиция<sup>15</sup>, не само в епохата на Педий, но и винаги, то ест от самото ѝ въвеждане в римското право, т.е. още в епохата на децемвирите, ако се има предвид *sponsio*. Така *stipulatio* „се счита за акт, основан на съгласието между страните, проява на споразумение и като такова тя е уредена от правото“<sup>16</sup>.

В екзегетичен план Cannata предлага да се придаде на думата *obligatio*, която по-горе видяхме използвана в акузатив, значение на „обвързващо действие“, с което общият смисъл на цитирания текст на Улпиан би бил следният: „както елегантно Педий казва, че, не само няма договор, ако няма споразумение, но и без споразумение няма никакъв акт, който да има за цел да създаде облигационно отношение, независимо дали той се осъществява чрез предаване на вещ, изричане на соленелни слова или вписване (*re, verbis* или *litteris*)“<sup>17</sup>. С оглед на това, макар и съмнително то да принадлежи на Педий, „*stipulatio*, която се осъществява *verbis*, е

---

<sup>13</sup> Срв. CANNATA, C. A., *Labeone, Aristone e il sinallagma, cit.*, p. 76.

<sup>14</sup> Срв. CANNATA, C. A., *La nozione di contratto, cit.*, p. 8.

<sup>15</sup> Нещо повече, доколкото разбирам, с приписването на Педий на „бащинството“ на въпросното предположение в CANNATA, C. A., *Corso di istituzioni di diritto romano, cit.*, p. 52 и p. 178 ss.

<sup>16</sup> Срв. CANNATA, C. A., *La nozione di contratto, cit.*, p. 8.

<sup>17</sup> Срв. CANNATA, C. A., *La nozione di contratto, cit.*, p. 9 ss.; in questo senso l'autore si esprimeva già. – In: *La 'distinctio re - verbis - litteris - consensu' et les problèmes de la pratique* (del 1965), ora in ID. *Scritti scelti di diritto romano*, a cura di L. VACCA. I. Torino, 2011, p. 229 s.

нищожна, ако не е основана на съгласие<sup>18</sup>. Така Педий потвърждава становището на Лабен, както обобщава и Cannata, „че актовете, насочени към създаване на облигационно отношение, но които са осъществени с обвързващите механизми на *re obligari, verbis obligari* и *litteris obligari*, всъщност не са *contractus*“, ако не съдържат елемента на съгласието<sup>19</sup>. Този извод не е по-различен от моя, освен по отношение на становището на тези двама юристи по отношение на мандата от една страна (който за Cannata е в сферата на договорите, докато според мен е към действията) и от друга - на заема за послужване и другите близки правни фигури (които според Cannata също се считат за договори, а аз ги определям като реални актове).

## 6. Наименованите договори и източниците на облигационни отношения според Гай

Както вече установихме, според становището на Педий (*dictum Pedij*) всички договори и актове с реален, вербален или литерален характер, за които говори Лабен, както и за мандата, включен в категорията на действията, съдържат в себе си съглашение. Гай, с намерението да сведе до минимум категориите на юридическите факти и по този начин да улесни тяхното рационално господство, приема и взема решение да ги обедини в единство: той счита за достатъчно да прехвърли в сферата на договорите *agere re, verbis* и *litteris*, както и *gerere*. Това всъщност увеличава малко категорията на договорите, докато тези на актовете и действията биха изчезнали.

Всъщност, като се има предвид, че актовете, за разлика от договорите и действията (включени според Лабен в една *conventio* или на една *ultra citroque obligatio* и съответно действие на задълженото лице), не се изчерпват само със съгласие с определено съдържание (което може да е минимално, както е при *stipulatio*), а изискват предаването на вещ, произнасянето на соленелни слова (в случая на *stipulatio*) или литералната форма, Гай се надява да открие и оцени

---

<sup>18</sup> Срв. CANNATA, C. A., *Labeone, Aristone e il sinallagma, cit.*, p. 77; v. anche ID., *La nozione di contratto, cit.*, 14.

<sup>19</sup> Срв. CANNATA, C. A., *La nozione di contratto, cit.*, p. 10.

техните имуществени елементи в сферата на вътрешно разделение в уголемената група на договорите (или, по-точно, в групата на облигационните отношения с договорен характер). Така той определя 5 подкатегории, в които неизменно присъства съглашението, и които имат определено съдържание, *in cinque sottocategorie, a seconda che l'accordo*, като дава живот и на една *ultra citroque obligatio* или на безвъзмездна правна връзка на сътрудничество за определени материални или правни действия, която освен определеното съдържание също може да е придружена с предоставяне на *res*, произнасяне на *verba* или използване на *litterae*.

В светлината на тези разсъждения е обяснимо и защо Гай в своите *Institutiones* (и по-специално в IG 3.88, посветен на *summa divisio* на облигационните отношения, вижда едно неизчерпателно разделение на две големи групи и счита за по-добро и важно да предложи друго: от една страна са задълженията, произтичащи от договор и от всички (типични) фигури, които могат да ги породят на основание на съглашение (като се позовава на Лабен и Педий и на допълнителните подкатегории на актове, договори и действия), а от друга - тези, произтичащи от деликт. *Omnis enim obligatio*, пише юристът, че облигационните отношения - *quarum summa divisio in duas species diducitur, vel ex contractu nascitur vel ex delicto*: то ест всяко облигационно отношение се разпределя само в една от двете категории - на договорите и на деликтите.

Наред с това, отново в *Institutiones*, и в следващия пасаж при определянето на облигационните отношения *quae ex contractu nascuntur* Гай въвежда четиристепенно деление: *aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu*. Както посочих по-горе, в един момент това се оказва погрешно: логическата съгласуваност всъщност принуждава Гай да спомене, заедно с *res*, *verba* и *litterae*, и самото съгласие, но не като елемент, който се съдържа във всяка фигура, включена в сферата на договорите (като имаме предвид и становището на Лабен и Педий за определянето на актове, договори и действия) и който е присъщ и „безцветен“, а като отделен вид договор, основан само на съглашението между двете страни за определено поведение, т.е. съгласие за *ultra citroque obligatio*, ако използваме термина на Лабен, при *emptio venditio, locatio conductio* и *societas* и при



обвързването на мандатаря да извърши определена дейност за сметка на манданта. Това има същия обект, към който е насочено съгласието, или по-точно, за което е постигнато съглашението (съответно при една двустранна връзка за изпълнение на престации или при едностранно обвързване за изпълнение на задължение) и то е на едно и също ниво с предоставянето на вещь, произнасянето на слова или използването на литерална форма, като наред с тези три елемента особено правно значение остава признаването на съществуването на определени *conventiones*.

Ако забравим за перспективата на Лабеон и Педий за правната защита *sub specie iuris* на съглашенията, свързани с изпълнение на една или две престации, Гай в своето четиристепенно разделение на договорите (*res, verba, litterae* и *consensus*), направено с цел да изясни как се пораждат облигационните отношения - с предаването на *res*, произнасянето на *verba*, използването на *litterae* или формирането на съгласие, всъщност се занимава с друга тематика: ако използваме думите на една авторитетна теория, с момента на порождаване на облигационното отношение<sup>20</sup>. Така видовете договори, които създават облигационна връзка, според Гай, са всички, основани на съглашения. По-нататък, от друга страна, се отива към разделението на видовете начини за погасяване на облигационното отношение, както Помпоний го приписва на Квинт Муций в D. 46.3.80: *prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet, verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum solvit quod promisit. aequae cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest*. Ако следваме превода на Filippo Gallo, който се позовава, но и подобрява този на Aldo Schiavone, *dissensu* коректно се противопоставя на *consensu*: „тъй както всяка връзка е сключена, така тя също трябва да бъде прекратена. Така че, когато сме сключили договор чрез предаване на вещь, то той се прекратява също с даване на вещь, така както когато даваме заем, то договорът се прекратява с връщането на съответно същото количество пари. Когато договаряме чрез една вербална

---

<sup>20</sup> Срв. TALAMANCA, M. *Istituzioni di diritto romano*. Milano, 1990, p. 536.

декларация, то тогава за погасяването се използва *acceptilatio* срещу задълженото лице; ако е предадена една вещь, то трябва да се даде това, което е обещано. Също и когато е сключена покупко-продажба или наем, тъй като тези договори са сключени с голото съгласие, със съгласие в обратен смисъл, те могат да бъдат погасени<sup>21</sup>. Точно такива твърдения вероятно са заблудили Гай, което го е довело до онова объркване на нивата, за които той със сигурност носи отговорност. Той вероятно не си давал сметка, че тези юристи са се позовавали на момента на пораждаване на облигационното отношение и с тази цел специфично са определени и начините за погасяване, като например за края на цитирания текст, при договорите, сключени само със съгласие, те утвърждават погасяването на облигационната връзка с просто съгласие за прекратяване.

Така ако игнорираме грешката при прословутото четиристепенно деление на договорите, при което към *res, verba* и *litterae* се добавя простото съгласие, всъщност става въпрос за първично съглашение за установяване на двустранна връзка за изпълнение на престации или едностранна връзка за изпълнение на задължения. Гай се опитва да отстрани тази грешка в *Institutiones* 3.135-137 в изложението относно *obligationes consensu contractae*. Тук той напълно логично отбелязва, че *consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis*; и добавя: *ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quia neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos qui negotium gerunt consensisse. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam aut per internuntium; cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit.*

Така за по-точното определяне на договорните типове, които създават задължения, каквито са *emptio venditio, locatio conductio, societas* и *mandatum*, Гай отбелязва, че за тях е достатъчно простото съгласие на страните и правният ред не изисква нито определени вербални или писмени изявления. Той счита, че договори от този тип могат да се сключват и между отсъстващи, например чрез

---

<sup>21</sup> Срв. GALLO, F. 'Synallagma' e 'conventio' nel contratto. *Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di Diritto romano*. I. Torino, 1992, 24, n. 7.

писмо или пратеник, докато обратното - при вербалните договори непроизнасянето на *verba* би довело до нищожност на договора. Но след като отново се позовава на разграничението на *res, verba, litterae* и простото съгласие, Гай се съсредоточава върху имуществения обект на съгласието и заявява: *item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet; cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur*. В споменатите видове договори, отбелязва юристът, страните реципрочно се задължават и това, което е уговорено, трябва да се престира, тъй като то е добро и справедливо, то ест което е съответно на добросъвестността според друга използвана от него терминология. Тя именно е включена в *intentio* на исковете, с които се търси изпълнение, докато при вербалните договори едната страна стипулира или обещава на другата, а при литералните договори страната се задължава чрез вписване на дълга в касовите книги на кредитора<sup>22</sup>.

Можем да споделим това твърдение, когато то се отнася до *emptio venditio, locatio conductio* и *societas*, които са включени в категорията на договорите от Лабен в D. 50.16.19: не е по-различно и по отношение на *mandatum*, който се включва в същата категория, макар и да се сключва само с просто съгласие, и не произлиза от *ultra citroque obligatio*, макар че *obligatio* е предимно за мандатара и само евентуално и последващо възниква втора *obligatio* за манданта. Това е основанието Лабен, както знаем, да не го включва в определението за договор. Но по този повод имаме предвид същинския основен труд на Гай, който е принуден да включи мандата в типовете договори, сключвани с просто съгласие, като така го моделира отново, като предлага идеята, че при него се поражда спонтанно и по необходимост реципрочна обвързаност между страните за изпълнението на съответните престации. В съответния текст на *Institutiones*, в който е въведено това понятие (IG 3.155), четем: *mandatum consistit, sive nostra gratia mandemus sive aliena. Itaque sive ut mea negotia geras, sive ut alterius, mandaverim, contrahitur mandati obligatio, et invicem alter alteri tenebimur in id, quod vel me tibi vel te mihi bona fide*

---

<sup>22</sup> Следвам превода на IG 3.137 от *Istituzioni di Gaio*, a cura di M. BALZARINI, Torino, 1998, p. 143.

*praestare oportet*. Така че според Гай е налице мандат, когато се създава задължение в наш или в чужд интерес. Но ако аз те натоваря да управляваш моите или на друго лице дела, се сключва мандат, като всеки от нас извършва престация на основата на добросъвестността<sup>23</sup>.

Частично по вина на юриста не изглежда приемливо да се придаде правно значение на съглашението, с което се създава задължение за действие и което се изпълнява безвъзмездно. По-точно казано, той заради правното определяне на мандата, при който има безвъзмездно сътрудничество между страните, развива идеята да го включи в сферата на договорите според Лабен: постигането на съгласие за обвързване на страните всяка да осъществи някаква престация спрямо другата. Следователно съглашението веднага създава за манданта задължение да овъзмезди направените разноси от мандатаря, докато мандатарят пък веднага поема задължения да изпълни поръчаното от манданта. Макар че в тази връзка можем да добавим една критика на Гай, че е възможна асиметрия от момента, в който мандатарят все още не е направил никакви разходи или пък не е претърпял щети.

В момента на създаването на *quattuor genera* на *obligationes ex contractu* на Гай може да се прости създаването на повече родове в рамките на даден вид и повече видове в рамките на даден род. Той добавя към *obligationes re contractae* още и *solutio indebiti*, то ест плащането на недължимо, което поражда по отношение на получателя, който е получил погрешно плащане и е добросъвестен (две изисквания, на които ще се спра по-долу) задължение да върне полученото, което се санкционира с *condictio*. В *Institutiones* след като разглежда обикновения заем (в IG 3.90, където в началото е написано, че *re contrahitur obligatio veluti mutui datione*)ке преминава направо към *solutio indebiti* и в началото на IG 3.91 четем: *is quoque, qui non debitum accepit ab eo qui per errorem solvit, re obligatur: nam proinde ei condici potest 'si paret eum dare oportere', ac si mutuum accepisset*. Налице е разширяване на сферата на договорите, като се включват всички актове, създаващи задължения и основани на съглашения, които имаг функцията да

---

<sup>23</sup> В този каус препращам към превода на текста в *Antologia delle Istituzioni di Gaio*, a cura di B. SANTALUCIA, Bologna, 2005, p. 131.

организирант такива последици, макар че Лабенон ги разпределя в категориите на актове, договори и действия. Гай не би трябвало да включва в *quattuor genera* отношения, произтичащи от източници, при които няма съглашение от този общ тип: не само задълженията, отнасящи се например към *negotiorum gestio*, настойничеството, легатите *per damnationem* и *sinendi modo*, но и тези, породени от плащане на недължимото, макар и те да пораждат задължения.

Ако може да се намери основание за това критикувано приобщаване на недължимо платеното към заема, то трябва да се разгледа D. 50.16.19: като пример за *agere re* Лабенон определя *numeratio*, вероятно възприемана като *traditio nummorum*, чрез която се осъществява даването на заема, но не е изключено юристът да открива идентична *traditio* при недължимо платеното, като смесва ролята на съгласието при тази фигура, която не е свързана с пораждането, а с погасяването на облигационното отношение. Много по-вероятно е обаче, че Гай счита *traditio nummorum* погасителна цел, макар и това да е прочит, който не е съгласуван с *dictum Pedii*, където, ако следваме буквата на препратката, е ясно, че е необходима *conventio* за всички облигационни отношения, произтичащи от *agere re*: така в тях се включват и тези, произтичащи от недължимо платеното, за които вероятно Педий въобще не е мислел, доколкото е считал *numeratio* на Лабенон само като *traditio nummorum*, включена в даването на заем.

Впрочем в този случай Гай прави опит да поправи грешката, като предлага едно адекватно практическо решение на проблема. В *Institutiones* (3.91) се поставя въпрос дали непълнолетен или жена, които са получили плащане на недължимо *sine tutoris auctoritate*, трябва или не трябва да го върнат. Ако това плащане се уподобява на плащането на заем, то трябва да се насочим към втората хипотеза, защото *tutoris auctoritas* е абсолютно необходима за недееспособните лица, които вземат пари на заем. Така според Гай *quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri condictione, non magis quam mutui datione*: Всъщност някои юристи обмислят дали непълнолетният или жената, на които погрешно е платено недължимо без *auctoritas* на настойника, не могат да бъдат призовани на съд чрез *condictio* така както ако са получили сума пари в заем. Гай не е твърде убеден в правилността на това разрешение и го

дискутира на основата на аргумент, който е имплицитен и за становището на Лабеев и на Педий: задължението за връщане, произтичащо от *solutio indebiti* не може да се определи като *obligatio ex contractu*, тъй като волята на двете страни не е насочена към създаването, а към погасяването на облигационна връзка. Именно това и четем наред с IG 3.91: *sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is, qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere*. Според интерпретацията на текста от Mario Talamanca „тази фигура на облигационно отношение не се поражда от договор, защото който прехвърля собствеността на една вещь за изпълнение на задължение, иска повече да се освободи от обвързаността, отколкото да създаде нова в своя полза“<sup>24</sup>. Така Гай очевидно основно критикува своя собствен избор да включи връщането на даденото при *solutio* на недължимото в категорията на облигационните отношения, произтичащи от договори, при които е необходимо предаване на вещь, без обаче да преодолее противоречията при развитието на своето становище.

Всъщност той все пак отстранява това противоречие в *Res cottidianae* (или *Aurea*), което според съвременното най-разпространено мнение е една преработка на *Institutiones* от самия Гай. Така като резултат от обширен преглед на твърдяното в D. 44.7.1 и D. 44.7.5 той предлага тристепенно разграничаване на източниците на облигационни отношения, според която те се пораждат *ex contractu*, *ex maleficio* или *ex variis causarum figuris* (*obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*, четем в D. 44.7.1 pr.). В последната подкатегория, която е с остатъчен характер, са включени всички облигационни отношения, които не се отнасят до първите две категории, както например произтичащите от недължимо плащане (това е видно в D. 44.7.5.3: *is quoque, qui non debitum accipit per errorem solventis, obligatur quidem quasi ex mutui datione et eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus: sed non potest intellegi is, qui ex ea causa tenetur, ex contractu obligatus esse: qui enim solvit per errorem, magis distrahendae obligationis animo quam contrahendae dare videtur*). Пак в *Res cottidianae* за отношенията *ex contractu* юристът поддържа четиристепенното деление, включено в *Institutiones*, макар че на две места в Дигестите се открива и

---

<sup>24</sup> Срв. TALAMANCA, M. *Istituzioni di diritto romano, cit.*, p. 510.

тристепенно деление, като е отпаднала подкатегорията на *litteris contractae*, което се предполага, че е в резултат на отстраняване от юстиниановите компилатори (в D. 44.7.1.1 например ясно е казано, че *obligationes ex contractu aut re contrahuntur aut verbis aut consensu*). В типологията на облигационните отношения *re contractae*, в които се включват и *solutiones indebiti*, има позоваване на *ius gentium*, което обаче липсва в първоначалното четиристепенно деление, включващо влога, заема за послужване и залога, които всъщност са защитени с преторски искове на добросъвестността с *formulae in factum conceptae* (ако следва от D. 44.7.1.2-6). И накрая, отново в *Res cottidianae*, Гай споменава само облигационните отношения по *ius civile* (които единствени са разглеждани в *Institutiones*), но и тези по *ius honorarium*, при това свързани изключително с *variae causarum figurae*.

## 6. Cannata за становището на Гай за договорите

Cannata казва, че в *Institutiones* „се представя на учащите се цялото частно право, като ги счита за начинаещи, но все пак юристи“, за което се използва един постоянен правотехнически език, свързан с целта на Гай да им даде „основна, но и най-изчерпателна информация за това ниво“ и да подреди материята по „ясен начин, с което да улесни и запомнянето ѝ, като използва систематика, основана на „концептуалните решетки“, макар и те да не са твърде издържани догматично. Cannata описва така „първата операция“, осъществена от автора на прословутия учебник относно включеното в IG 3.88-89 и 3.91: „той тръгва от становището на Педий, който обаче различава *obligatio* като волеви акт, насочен към създаване на облигационно отношение, и *contractus*, който е акт, създаващ задължения само с просто съгласие. Гай използва това, че за Педий понятието за *obligatio* е понятие за *contractus*, а изразите *re obligari*, *verbis obligari*, *litteris obligari* и *consensu obligari* се отнасят до начините за сключване на договори. Следователно също и заема, *stipulatio* и *expensilatio* за него също са *contractus*, за разлика от *solutio indebiti*, която обаче се причислява към „актовете, пораждащи задължения, но които не се читат

за *contrahere negotium*<sup>25</sup>. Обобщено, понятието за *contractus*, което Гай включва в своята *divisio obligationum* се определя като съглашение между страните, насочено към създаване на облигационно отношение<sup>26</sup>.

От това, което е включено в IG 3.135-137 Cannata счита, че Гай „е имал предвид да противопостави консенсуалните договори на всички предходни три вида договори, а не както е направил - само на двата вида формални договори *verbis* и *litteris*“ в IG 3.136, където изключва за консенсуалните договори необходимостта от *verba* или специфична *scriptura*, но пропуска предаването на *res*. Според Cannata, макар и консенсуалните договори да се противопоставят на заема (към който Гай се въздържа да приравни заема за послужване, влога и залога<sup>27</sup>), „при които облигационното отношение се формира *re* и затова е необходима *datio* (което обаче не е едно просто предаване на вещь), но е твърде трудно това да се обясни в традиционен учебник, защото *re obligari* е един особен облигационен механизъм, който не може да се сведе до един начин на сключване на облигационен акт“. По въпроса може да се направи заключение, че „едва в *Aurea* като парафраза на Институциите (видно от D. 44.7.1.2-6) е включена *divisio gaiana*, за да се открие място на заема за послужване, влога и залога, които се поставят до обикновения заем с една новаторска догматична операция, макар че така е налице отклонение от класическото понятие за *re obligari*, а се създава едно модерно понятие за реални договори. Но Гай добре познава смисъла на *re obligari* и той съвсем не приема създаването на родово понятие<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> Срв. CANNATA, C. A., *La nozione di contratto*, cit., p. 19 ss.; v. anche ID. *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo*. II. Torino, 2008, p. 81 ss.

<sup>26</sup> Срв. CANNATA, C. A., *Corso di istituzioni di diritto romano*, cit., p. 8.

<sup>27</sup> Срв. В същия смисъл CANNATA, C. A., *La classificazione delle fonti delle obbligazioni: vicende di un problema dottrinario e pratico* (del 1974), cetera в ID., *Scritti scelti*, cit., T.I, p. 284; ID., *Sulle fonti delle obbligazioni* (del 2009), cetera в ID., *Scritti scelti*, cit., III, 230; ID., *Corso di istituzioni di diritto romano*, cit., p.180 ss.

<sup>28</sup> Срв. CANNATA, C. A., *La nozione di contratto*, cit., p. 21. В една статия от 1970 със заглавие *Sulla 'divisio obligationum' nel diritto romano repubblicano e classico*, cetera в CANNATA, C. A., *Scritti scelti*, cit., I, p. 237 ss., и по-специално на p. 248 авторът поставя проблема „да се разбере защо Гай не е намерил място в своята класификация на договорите за влога, заема за послужване и фидуцията“. Той счита, че акцентът е в това, че тези договори се защитават с искове, породени *ex conventione*.



Както е видно, не липсват общи сегменти между *Cannata* и мен за начина, по който Гай представя договорите, но очевидно имаме ясно разграничаване по отношение на авторството на *Res cottidianaе*, което аз отдавам на самия Гай, докато според *Cannata* „това въобще не може а е Гай!“<sup>29</sup>.

## 8. Договорите според Улпиан и атипичните синалагматичните съглашения у Педий, Аристон и Маврициан

Според моята реконструкция Улпиан определя категорията на договорите, като се позовава на структурата, която Гай възприема относно източниците на облигационните отношения първо в Институциите, после в *Res cottidianaе*. В нея се включват, както приема Гай, съглашения на обмена, включени в типичните фигури на *emptio venditio*, *locatio conductio* и *societas* според D. 2.14.7.1, и други видове съглашения, които са придружени с външен, материален или формален белег за правна валидност или вътрешен и съществен, които включват типичните фигури според Лабен, потвърдени от Педий, Аристон и Маврициан в сферата на правните актове и действията като *commodatum*, *depositum* и *ceteri similes contractus* според текста на D. 2.14.7.1<sup>30</sup>; както и съглашенията, които не са типичните договорни фигури, но имат за обект реципрочното задължение на страните да изпълнят определена престация и едната от тях вече е изпълнила. Тези съглашения при наличието на това двойно условие Педий и след него Аристон и Маврициан

---

<sup>29</sup> Сrv. CANNATA, C. A., *La nozione di contratto*, cit., p. 16.

<sup>30</sup> В категорията на *ceteri similes contractus* може да се мисли, че Улпиан причислява не само заема, залога и фидуцията, но и *stipulatio* и мандата, като ги оприличава на близки до заема за послужване и влога, които също са резултат от съглашение, но то съдържа различен елемент от *conventio*, която е в основата на покупко-продажбата, наема и дружеството. Не трябва да изключваме тази хипотеза на Улпиан, който говори за останалите подобни договори, като ги доближава до изброените предходно: ако това е така, липсващите реални договори биха били имплицитно споменати като подобни на заема за послужване и влога, докато мандатът тацитно би се поставил отделно към покупко-продажбата, наема и дружеството, както е у Гай. Но със становище по този начин *stipulatio* при всички положения би останала лишена от свое специфично място сред изброените типове договори: дори и Улпиан да не би искал при всички условия да я постави сред *similes contractus*, като приема *stipulatio* за близка до обикновения заем на основата на едностранността на облигационния ефект, не ми изглежда оправдано да предполагаме, че той я е считал за изключена от групата на изброяваните договори.

причисляват в категорията на договорите, като по този начин коригират понятието за договор на Лабен и го разширяват, за да обхванат случаите, в които те обвързват страните, макар и реципрочните задължения да не са напълно изпълнени.

Бих искал да се спра най-вече на становищата на Аристон и Маврициан, защото те най-ясно разкриват значението на темата от гледна точка на правомерното включване на тези съглашения в сферата на договорите, което е и основанието днес в нашата съвременна правна система да се задълбочи аргументацията за тях. Както веднага ще видим, в научното творчество се появява понятието за *causa*, за което романистите продължават да дискутират дали се отнася до структурата или до функционирането на така наречените синалагматични договори, а също и на италианските цивилисти в стремежа им да го определят като елемент, който позитивното право изисква за валидността на договора.

За да се разбере значението на мнението на двамата юристи, трябва да препратим към D. 2.14.7.2 - един концентриран текст, включен в един дълъг фрагмент на Улпиан с аргументация от класическата епоха за тежестта на конститутивните облигационни актове в правната сфера. Още в *principium* на D. 2.14.7, Улпиан се стреми да изясни, че някои от *conventiones* на *ius gentium* пораждаат искиове, а други - възражения (*iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones*). След това, в първия параграф юристът допълва, че *conventiones*, от които произтичат искиове, не са определени с генеричекото си име на *conventiones*, а със специфично наименование за даден контракт (*quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus*), както е *emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus*. Той показва, че следвайки теорията, основана на систематиката на Гай за източниците на облигационни отношения, се дилатира категорията за договорите, развита от Лабен и Педий, като се включват и нови видове договори като заема за послужване и влога, считани от тях в категорията на правните актове и действията (като за тях в текста се използва изразът *ceteri similes contractus*). Във втория параграф Улпиан поставя проблема, вече коментиран от Лабен и Педий и доразвит от Аристон и Марциан, за условията, при които се придава правно

значение и процесуална защита на съглашенията, съдържащи задължение за едната или и за двете страни да изпълнят престация в полза на другата страна и които не се включват към типичните фигури, определени от правния ред като създаващи облигационноправни последици и защитавани от съответните облигационни искове. Този проблем Улпиан разрешава, като се основава на концепцията, развита от Аристон и Маврициан.

Поради голямото значение нека отново, преди да анализираме, прочетем D. 2.14.7.2: *sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc synállagma esse et hinc nasci civilem obligationem. et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo synállagma dicit, unde haec nascitur actio.*

За Аристон, който така отговаря на Целз, и който е автор на една по-различна теза, на която отделно ще се спра, правно значение има да определи наличието на два елемента при договорите, за които говори: обвързване на страните с размяна на две престации и частичното им изпълнение, като една от страните следва да изпълни обещаното поведение. Както и в двете хипотези, при които *dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias* се изисква *causa*, то на същото основание могат да се причислят и други споразумения към изброените (*do ut des, do ut facias*), като е вероятно включването и на *facio ut des* и *facio ut facias* в категорията на договорите. Това е видно при последния ни анализ за основанието, което характеризира обвързването с определена престация, което се включва в термина *obligatio* (... *subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem*). Без него, както Улпиан повтаря в друг абзац на същия фрагмент, *obligatio* не се превръща в задължението, консенсуално поето от едната или от всяка от страните (и непринадлежащо само към даден вид договор), да изпълни определена престация: *sed cum nulla subest causa – четем в D. 2.14.7.4 – propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.*

Ако липсата на *causa*, включена по посочения начин в атипичното съглашение, без значение дали е синалагматично или не, а някои от престациите не е изпълнена, то не може да се породи облигация, съответно и никакъв иск. Неговото съдържание, ако го оприличим на голия пакт, може да бъде защитено само чрез възражение в евентуален процес: но тогава във фазата *in iure* може да се иска от магистрата да включи във формулата възражението само по отношение на съдържанието, но не и за основанието, *exceptio pacti*, за да може то да се разглежда подобно на пакта във следващата процесуална фаза - *apud iudicem* е в процесите на добросъвестността. Би могло също ищецът да поиска иск за добавъчен пакт към договор *in continenti*, то ест когато е сключен консенсуален договор, който се отнася до визираното съдържание и то не е извън присъщото на този договор съдържание - както се разбира от твърдението на Улпиан в D. 2.14.7.5: *quin immo interdum format ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis: solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis. sed hoc sic accipiendum est, ut si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint: si ex intervallo, non inerunt, nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur. ... ea enim pacta insunt, quae legem contractui dant, id est quae in ingressu contractus facta sunt. idem responsum scio a Papiniano, et si post emptionem ex intervallo aliquid extra naturam contractus conveniat, ob hanc causam agi ex empto non posse propter eandem regulam, ne ex pacto actio nascatur. quod et in omnibus bonae fidei iudiciis erit dicendum. sed ex parte rei locum habebit pactum, quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur, parere exceptiones.*

За размяната да уговорените престации между страните не е достатъчно в тяхното атипично съглашение да се съдържа *causa*. Според Аристон става въпрос за ненаименовани договори, при които има твърда позиция: не могат да се извършват операции, независимо че са обект на съглашение, ако липсва реципрочното обвързване. Ще видим по-долу как Лабен приема даването на *actio praescriptis verbis* в случая набезвъзмездно предаване на недвижима вещ, което обаче не се приема в един текст на Помпоний и отчасти в становището на Улпиан. Така в D. 19.5.16.1 се разглежда следната хипотеза: ти си ми позволил да засея в твоя земя и да оберя плодовете, аз съм засял, но ти не ми позволяяш да събера реколтата. За Аристон, твърди Помпоний, ти не би имал никакъв граждански иск,

следователно и *actio praescriptis verbis*, която се дава на страната по едно атипично синалагматично съглашение, тъй като липсва *causa* (или, което е същото, липсва ненаименован договор за страната, която трябва да изпълни задължението). За Помпоний и вероятно и за Аристон би могло, макар и спорно, да се предяви преторски или императорски иск - *actio in factum* или *actio doli* (който може да е е само преторски или императорски, но и субсидиарен, което обаче не е приемливо, ако безспорно или спорно, но би могъл да се даде друг иск, както счита Лабенон в D. 4.3.7.3, а Улпиан счита, че е възможен само един иск в аналогичната хипотеза, описана в D. 4.3.34). В друг пасаж, в D. 39.5.18 пр., Улпиан пише: *Aristo ait, cum mixtum sit negotium cum donatione, obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est, et ita et Pomponius eum existimare refert*. Според Аристон, при смесена сделка с дарение, когато безвъзмездността преобладава пред размяната на престации, не се поражда облигационно отношение, независимо че има изпълнение от едната страна на споразумението. По тази причина неизпълнената уговорка, именно защото няма *obligatio*, не може да се санкционира чрез *actio praescriptis verbis*.

В следващия пасаж Улпиан припомня, че Аристон разглежда хипотезата на даване на роб с уговорка приобретателят му да го освободи след пет години. Преди изтичането на този срок отчуждителят не може да предявява иск, *quia donatio aliqua inesse videtur* (всъщност обаче може да уточним, че работата на роба в рамките на този срок се счита като имуществена придобивка за приобретателя). Но вероятно мнението на Аристон (което обаче не е дадено от Улпиан) е, че може да се даде иск, но е малко произволно да се твърди че това е точно *actio praescriptis verbis*. За иск говори Аристон и в следващия казус в същия текст, при който отчуждаването на роба е направено с уговорка за незабавното му освобождаване от приобретателя - той твърди, че *nec donationi locum esse et ideo esse obligationem*.

Така в проследеното становище на Аристон не изглежда сигурно придържането към теорията за договора на Лабенон, според която за договор се счита всяко споразумение, при което страните поемат реципрочно задължение да изпълнят престации (или по-точно да имат поведение, определяемо като престации, които имат всички изискуеми от правото белези), дори и то да не може да се отнесе към типичните правни фигури на *emptio venditio*, *locatio conductio* и

*societas* и макар и да е характеризирано с безвъзмездност, на всяка от страните би могло да се предостави общия иск *actio praescriptis verbis*, ако е налице неизпълнение от другата страна, което да се търси по съдебен ред или пък да се търси пълно обезщетяване на претърпени вреди. По-скоро у Аристон може да се открие зрялата идея на Педий по отношение на ненаименованите договори и по-специално мнението ми за замяната (*permutatio*).

Наистина в D. 19.4.1.3 Паул се позовава на Педий за едно значимо уточнение за замяната, която е много прилагана в търговската практика, но не е включена в типологията на договорите в класическата епоха и е лишена и от преторска защита. Това е теза, развита от школата на Сабинианците, която се стреми да привлече замяната към покупко-продажбата, за да могат да се използват специфичните за нея искове. Така в цитирания пасаж четем: *ideoque Pedius ait alienam rem dantem nullam contrahere permutationem*. Макар и да е включен в един твърде многословен текст, този фрагмент ясно показва, че Педий изключва да приравни на договор съгласението за замяна, с което всяка от страните трябва да осъществи *datio* на *res*, то ест прехвърляне на една вещь в собственост в полза на другата страна, която обаче не е извършила някаква *datio*, както е например в случая, когато е извършено (единствено или реципрочно) материално предаване на вещта, но не и на собствеността, когато тя принадлежи на едно трето лице. Може да се твърди, че за Педий съгласението, свързано със замяна на вещи може да се определи като договор, когато в изпълнение поне едната от страните по него е осъществила очакваната от нея *datio*.

Това е мнението на юриста и то е потвърдено, когато можем да предпологаме, че Паул в началото на предходния параграф и малко след цитирания вече, в D. 19.4.1.2 е изцяло повлиян от становището на Педий и отбелязва: *emptio ac venditio nuda consentientium voluntate contrahitur, permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet*. Според тълкуването на Гай Gallo<sup>31</sup> „покупко-продажбата се сключва с волеизявление на страните, докато замяната

---

<sup>31</sup> В *'Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae'*. Testo e traduzione, III, a cura di S. SCHIPANI, Milano, 2007, p. 459.

създава облигационно отношение с предаването на вещта“, то ест с прехвърлянето на собствеността. Интересно е и продължението на текста, което в италианската версия на интерпретацията на Гай гласи: „обратното, ако вещта не е все още предоставена“, а е необходима *traditio* за прехвърляне на собствеността, „трябва да кажем, че облигационното отношение се поражда от простото съгласие, което е прието като същност на сделката само за договорите, които имат собствено име като покупко-продажбата, наема и мандата“.

Впрочем вероятно Педий не би пропуснал да обясни, че ако *datio* е резултат на споразумението за замяна, основана на прехвърляне на собственост на две вещи, но е предадена само едната от тях, то изпълнителята своята престация страна може да се позове на договор и при липсата на специално преторско средство може да се защити срещу неизправната страна с *actio praescriptis verbis*. Наред с това този иск се дава на *id quod interest*, както твърди Паул и очевидно препраща към становището на Педий в следващия след гореспоменатия параграф, то ест в D. 19.4.1.4: *igitur ex altera parte traditione facta si alter rem nolit tradere, non in hoc agemus ut res tradita nobis reddatur, sed in id quod interest nostra illam rem accepisse, de qua convenit: sed ut res contra nobis reddatur, condictioni locus est quasi re non secuta*.

В този текст се вижда, че Паул, чрез думата *igitur* в началото, се присъединява към цитирането на становището на Педий в D. 19.4.1.3 (*ideoque Pedius ait alienam rem dantem nullam contrahere permutationem*) и твърди, че в хипотезата на извършена *datio* от една от страните и непоследвана от *datio* на другата страна може да се предяви *condictio*, или иск от типа на „*id quod interest*“ с цел да се постигне цялостно имуществено възстановяване или, макар и да не е казано изрично, да предяви *actio praescriptis verbis*. Този иск би трябвало да се предпочита пред преторската *actio in factum*, която е визирана в първия параграф на същия фрагмент, който се предполага, че е на Юлиан, и която би се погасила, ако се направи евикция на една от двете вече разменени вещи. Това твърдение произтича и съответства на думите на самия Педий. А ето и преводът на пасажа от Gallo<sup>32</sup>: „така ако след като една от страните е изпълнила предоставянето <с транслативен ефект>, а другата не иска да изпълни своето, няма да предявяваме

---

<sup>32</sup> Също в *‘Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae’*, cit., p. 459.

иск, за да се реституира предоставената вещ, а ще искаме сума, равна на размера на нашия интерес да получим дължимата вещ; обратното, за да се върне дадената вещ, се прилага искът <за повторение> чрез известяване, ако не е получена контрапрестацията“.

От тази гледна точка можем да се запитаме защо Педий се дистанцира от Лабен по отношение на ненаименованите договори. Отговорът, който би трябвало да търсим в научен план, ми изглежда следният. На Педий не му е убягнало, че категорията на договора, както се схваща от Лабен, е създадена чрез екстраполиране от типичните фигури на *emptio venditio*, *locatio conductio* и *societas* на това, което е общо за всички - съглашението, включително и за *ultra citroque obligatio* – като това има отчасти деструктивен ефект, като се допускат и други съпътстващи съглашения от момента, в който се оценява основанието за *agere re*. Така деструктурирани, тези фигури имат два елемента: съглашение между страните, включващо задължението на едната да извърши предоставянето на една вещ (например на неконсумируема вещ с цел ползване, както е в случая на заема за послужване) и задължение на другата страна да има, повече или по-малко сложно, поведение, неизменно разширено до връщането на предоставената *res*, а заедно с това и изпълнението на първото задължение. Следователно само при наличието на тези два елемента съглашението може да се включи в правната сфера, съответно да е защитено с икове (например, ако се вземе хипотезата на заема за послужване, да се предяви от комоданта *actio commodati directa*, и обратно, *actio commodati contraria* от комодатаря). Обратното - съглашението нямаше да има правна релевантност. Това се отнася и до случаите според гледната точка на самия Лабен, когато са налице реквизитите на съдържанието, присъщи за фигурата на договора и защитата чрез *actio praescriptis verbis* (като предвидено специфично процесуално средство). В резултат на това *agere re*, доколкото е свързано със съглашенията, включени в категорията на договорите, губи своята полезност. И точно за да възпре неумолимия ѝ упадък, Педий трябва да предефинира тази категория, като я ограничи до съглашенията, които обвързват всяка страна с изпълнението на определена престация и които като типове са признати от правния ред, следователно и защитени с преторски икове (както са



съглашенията, които включват *emptio venditio*, *locatio conductio* и *societas*) или до тези, които не са били включени в нея, но са били също свързани с изпълнение на определена престация, съответно защитавани с *actio praescriptis verbis*, дадена само на страната, която е изправна с изпълнението. Като се преопределя така фигурата на контраста, *agere re* би могло да се запази, защото съглашенията, с които е свързано и които изискват едната страна да предостави вещь, а другата да има определено поведение, включващо и реституирането на вещта, след като е осъществено това предаване (по необходимост предхождащо другата престация), макар и да не са включени в категорията на договорите, а по-скоро са към актовете с реален характер, също предвидени в правния ред (като например заема, заема за послужване, влога и залога), като такива имат преторска защита. С други думи, тези съглашения, свързани с предаването на вещь, макар и включени в друга типология, снабдени със считана за адекватна, но разнородна правна защита, са включени в позитивното право като *agere re* и следователно може да се отхвърли дублираната и свръхструктурална конфигурация за тях в категорията на договорите. И това не е само поради факта, че заради присъщите за заема за послужване, влога, залога и фидуцията преки и обратни иски се дава почти еднаква по интензивност правна защита с тези, които те имат с *actio praescriptis verbis*, но и защото най-вече тази конструкция произволно би променила първоначалния характер на особените елементи на различните сделки, обединени в *agere re*.

Във връзка с току-що казаното не е маловажно това, което може да се изведе от D. 13.6.1.1 на Улпиан, а именно, че Лабен в случая на безвъзмездно предаване на недвижим имот вероятно е предоставил на страните *actio praescriptis verbis*, като по този начин признава съглашението между тях, състоящо се в една двойна обвързаност (за предаване на вещь и за реституирането ѝ), а не *actio commodati*, което според него може да се упражнява само когато се предоставя движима вещь. Но в текста четем: *huius edicti* – то ест клаузата в преторския едикт, припомнена от Улпиан, която е формулирана така: *‘quod quis commodasse dicitur, de eo iudicium dabo’ – interpretatio non est difficilis. unum solummodo notandum, quod qui edictum concepit commodati fecit mentionem, cum Paconius utendi fecit mentionem. inter*

*commodatum autem et utendum datum Labeo quidem ait tantum interesse, quantum inter genus et speciem: commodari enim rem mobilem, non etiam soli, utendam dari etiam soli. sed ut apparet, proprie commodata res dicitur et quae soli est, idque et Cassius existimat. Vivianus amplius etiam habitationem commodari posse ait.* Ето и преводът на Pierluigi Zannini, който се отнася и до *principium* на фрагмента<sup>33</sup>: Преторът постановява: „От момента, в който се казва, че едно лице е дало в заем за послужване, ще дам иск“. Тълкуването на този едикт не е трудно. Но трябва да се отбележи, че този, който е формулирал едикта, споменава заем за послужване (*commodatum*), докато Паконий споменава „ползване“. Всъщност Лабейон твърди, че между заема за послужване и даването за ползване има същата разлика, каквато има и между род и вид: така в заем за послужване се дава движима вещ, а не недвижимост, докато за ползване се предоставя и недвижима вещ. Но се казва също, че в заем за послужване може да се даде и недвижимост, както твърди Касий. Вивиан по-нататък счита, че в заем за послужване може да се даде и право на обитаване на жилище“. И Cannata подчертава, че според Лабейон между *commodatum* и *utendum datum* съществува отношение на *genus* и *species*, и очевидно, въпреки поредността на думите в текста, родовото понятие (*genus*) е *utendum datum*, докато видовото (*species*) е *commodatum*., което се потвърждава и от следващите пояснения в текста: *utendam dari etiam soli* е *commodari rem mobilem, non etiam soli*. От това се прави извод, че за Лабейон заемът за послужване на недвижимост остава извън сферата на прилагане на *actio commodati*. И по-нататък спокойно може да се предположи, че този юрист твърди, че защитата на заем за послужване на недвижимост се осъществява с *actio praescriptis verbis*. Що се отнася до Касий, той пък очевидно включва в сферата на *actio commodati* защитата на безвъзмездното предоставяне на недвижимост - той твърди, че *proprie commodata res dicitur et quae soli est*. Становищата на Вивиан и на Улпиан обаче съдържат някои съмнения. Наистина, в D. 13.6.1.1 Улпиан предава идеята на Касий (*proprie commodata res dicitur et quae soli est*), като продължава в същата връзка с мнението на Вивиан, *amplius etiam habitationem commodari posse*<sup>34</sup>. Но в D. 19.5.17 пр. същият

---

<sup>33</sup> In 'Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae', cit., p. 100 s.

<sup>34</sup> Срв. CANNATA, C. A., *Contratto e causa*, cit., p. 318.

Улпиан поставя въпрос и дава отново отговора на Вивиан: *si gratuitam tibi habitationem dedero, an commodati agere possim? et Vivianus ait posse: sed est tutius praescriptis verbis agere*. Както твърди Cannata по отношение на безвъзмездно предаденото право на обитаване на жилище, Вивиан първоначално приема защитата с *actio commodati* и това се одобрява сякаш от Улпиан, който обаче по-късно е убеден, че е по-разумно да се предостави *actio praescriptis verbis*, защото дори да се намери правораздавателен орган, който да приеме съществуването на заем за послужване върху недвижимата вещь според становищата на Касий и Улпиан, то едва ли би възприел този вид заем за обитаването на жилище. Упражняването на *actio praescriptis verbis* за безвъзмездното предоставяне на право на обитаване би могло да се приеме и като остатък от защитата с *actio praescriptis verbis* на заема за послужване на недвижимост, както е считал Лабеон<sup>35</sup>. Улпиан, бих добавил, въпреки че е открил индикацията на Лабеон, я е преработил според насоките на мисълта на Педий, според който се създава задължение, санкционирано с *actio praescriptis verbis*, когато е налице съглашение (извън типичните схеми), което възлага на всяка една от страните изпълнението на определена престация и съответно тя е изпълнена само от едната страна. Това може да се каже за казуса, в който е предоставено безвъзмездно правото на обитаване на жилище, както се разглежда от Улпиан в D. 19.5.17 pr. Юристът счита, че не е сигурно квалифицирането на казуса с термините за заема за послужване, а по-скоро със съглашение, което обвързва двете страни с определени престации и е изпълнена само едната от тях. Наистина, Улпиан предлага разрешение в текста (*sed est tutius praescriptis verbis agere*), като приема използването на *actio praescriptis verbis* в хипотезата, която, макар и частично, не е в сферата на безвъзмездността, като в случая игнорира презумираното становището на Аристон, че приложението на този иск е изключено при съглашения с двустранно обвързване, дори ако има преобладаваща безвъзмездност при извършването на действията по него.

Нека отново съсредоточим вниманието си върху D. 2.14.7.2 относно становището на Аристон. Има основание да се смята, че точно за да се подчертае недостатъчността на теорията на Лабеон по отношение на договорите и по-

---

<sup>35</sup> Срв. CANNATA, C. A., *Contratto e causa, cit.*, p. 318 s.

специално за атипичните съглашения, той веднага след акцентирането на казусите в които *dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias*, твърди, че *hoc synállagma esse et hinc nasci civilem obligationem*. Това означава, че изключително в тези видове от рода, в който се откриват двата елемента, които представляват *causa* на *conventio* (а не обратното, както счита Лабенон, за всички видове, включително и атипичните, в които няма нищо повече от консенсуално поети задължения на страните да си разменят престации), е налице *synállagma* и може да се породят *obligatio*, при това само една *obligatio* за страната, която не е изпълнила своята престация (или както твърди Лабенон, *ultra citroque obligatio*, то ест *obligatio* за всяка от страните по съглашението). В разглеждания текст обаче това не е видно с добавянето на *obligatio civilis*, която според Аристон е санкционирана с *actio praescriptis verbis*. Определянето на вида защита при неизпълнение затваря възможността за предявяване на *condictio* за безполезното даване на *datum*, като Улпиан се позовава на Маврициан в D. 2.14.7.2.

Мнението на този юрист, който следва идеите на Педий по отношение на ненаименованите договори, всъщност допълва становището на Аристон (позоваването на което в дадения текст изглежда съкратено, а не само обобщено). Ако за Аристон, както вече видяхме, се приема, че задължението на всяка от страните е да изпълни определена престация спрямо другата, породено от *conventio*, то ако няма изпълнение, позовавайки се на *causa*, може да се търси това изпълнение като съответна *obligatio*. За Маврициан това е значимо указание за наличието на процесуално средство за санкциониране на неизпълнението. По негово мнение в хипотезата, когато едната страна, изцяло в своя полза получила *datio* на роб, за да освободи друг роб, ако първият (даденият) роб е евинциран (*dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus*), то може да се използва *actio praescriptis verbis* (както твърди Марциан *ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere*). Обратното, Според Юлиан се използва преторски *in factum* (*Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam*), което обаче не е приемливо според Улпиан (... *puto recte Iulianum a Mauricio reprehensum in hoc ...*).

Тук можем да проследим континуитета в становищата на Педий, Аристон и Маврициан. И за тримата съглашенията, с които се създават задължения за изпълнение на определена престация, дори и да не са включени в типизираната правна уредба и следователно да нямат преторска защита, все пак се включват в категорията на договорите, макар и да има изпълнение само от едната страна - тогава именно защитата се осигурява чрез *actio praescriptis verbis*. Това убеждение по-нататък се затвърждава с думите на Маврициан за процесуалното средство в казуса, който вече разгледахме като пример: той казва, че в него е налице договор (... *esse enim contractum*), който Аристон, коригирайки по въпроса Лабеон, нарича *synállagma* и използвайки едно допълнително поясняване за по-лесно възприемане, уточнява: *synállagma* според гърците (*quod Aristo synállagma dicit*). Това е основанието, за да се приложи специфичният иск - *actio praescriptis verbis* (*unde haec nascitur actio*). С това уточнение концепцията е, че там, където има договор, както в описания от Маврициан вид, съответната процесуална защита не произтича от *ius civile*, където са описани видовете договори и където тя е прилагана автоматично, а се осигурява от преторските иски или от общия *actio praescriptis verbis*. Това изключва из основа необходимостта за всеки казус да се сезира претора, да се преценява съществуването или автентичния характер на съответната фигура и предоставянето на иск да е основано на неговата дискреционна власт. Това е тази *actio in factum*, за която говори Юлиан, който със сигурност има предвид, че *dans* не е знаел за принадлежността на друго лице на предоставената по договора вещ, както ще видим по-долу. Това е основание за критиката на Маврициан, като може би се разширява относно кондемнацията, свързана с негативния интерес на ищеца, и така да обхване, в хипотезата *do ut facias*, обсъждана във въпросния текст, направеното напразно *facere* поради последвалата евикция на полученото в изпълнение на престацията, която е извършена първа.

Ако полемиката между Маврициан и Юлиан има достатъчно ясни позиции, не бихме могли да кажем същото за тази между Аристон и Целз, спомената от Улпиан в началото на D. 2.14.7.2, която не е развита по-нататък в пасажа, в който авторът се концентрира върху тезата на Аристон, оставяйки замъглено мнението

на Целз. Какво е било то, маже да се предполага от текста на Целз, споменат и в превода на Franco Gnoli<sup>36</sup>: *dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? In quod proclivior sum: et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. Finge alienum esse Stichum, sed te tamen eum tradidisse: repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris: et rursus, si tuus est Stichus et pro evictione eius promittere non vis, non liberaberis, quo minus a te pecuniam repetere possim.* На италиански това изглежда така: „ Аз ти дадох сума пари, за да ми прехвърлиш собствеността <а не само спокойното ползване на роба> Стих: може би този вид договор в известна степен е покупко-продажба или тук няма друго задължение освен това <което произтича> от даденото заради получаване на един резултат, който обаче не е последвал? По-склонен съм да мисля това; следователно ако Стих умре, мога да ти поискам това, което съм ти дал, за да ми прехвърлиш собствеността на Стих. <Но> предположи, че Стих е <собственост> на друго, но въпреки това ти си ми го предал: мога да поискам от теб парите, защото робът не е станал собственост на получателя на парите; и, от друга страна, ако робът е твой и не искаш да обещаеш със стипуляция гарантиране на отношенията ни при евикцията му, няма да бъдеш освободен с факта, че мога да си поискам от теб парите“ Независимо от многото въпроси, които поставя фрагментът, можем със сигурност да заключим, че Целз, повтарящ случая, в който *dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares*, включен в по-широката категория на *do ut des*, разглеждана от Аристон, за разлика от него не предоставя *actio praescriptis verbis* на неудовлетворения *dans*. Той впрочем го счита легитимиран само за *condictio* с цел връщане на дадените пари, с предположението, че насрещната страна има единствено (цивилното) задължение за реституиране чрез реализиране на *dare ob rem re non secuta*. Остава спорно това, че Целз не счита, че има договор в разгледаната от него хипотеза, макар и да е лишен от пълна защита на процедурно ниво. Мотивите му обаче се основават на волята на страните: ако те са се договорили в смисъл, че *datio* на парите от едната страна е предпоставка за *datio* на *res* на другата, което означава да остане извън сферата на покупко-

---

<sup>36</sup> В: *'Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae'*, cit., p. 50 s.

продажбата, която не съдържа задължение за продавачът да прехвърли собствеността на продадената вещь, то тогава би било нелогично да се осигури на този, който е платил парите, същата защита - позволяваща му да упражни *actio praescriptis verbis* – която той би имал, ако беше сключил покупко-продажба.

### 9. Становището на Cannata към проблемите на договорите у Улпиан, Аристон и Маврициан

Далеч от мисълта, за разлика от мен, че по отношение на категорията на договора Улпиан е последовател на Гай, Cannata дори стига до това драстично заключение: „за да се придобие представа за римската концепция за договора, не би трябвало да се отдава никакво значение на теорията на Гай. Тя може да се счита като продукт на лошо разбрано дидактично усилие на един посредствен юрист“<sup>37</sup>. Убеждението на учения по отношение на Улпиан е, че той присвоява предложеното от Лабенон понятие за договора и приема без корекции не само от Педий, но и от Аристон (който по-добре обосновава това понятие на основата на дихотомията между размяната и безвъзмездността) и от Маврициан, макар и тяхното внимание да е насочено предимно към атипичните синалагматични съглашения и съответната им процесуална защита. Не е случайно, твърди Cannata, че в D. 2.14.1.4 (*sed conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt: veluti in emptionem, in locationem, in pignus vel in stipulationem*) самият Улпиан да показва, че за него е валидно противопоставянето, направено още от Лабенон и от другите споменати в текста *prudentes* „между *contractus* и другите облигационни актове, като не са *contractus*“ от момента, в който той отделя с едно *vel* самата *stipulatio*, която е правен акт от друг тип от трите основни типа договори - *emptio, locatio, pignus*, които са изброени без добавяне на други<sup>38</sup>. Показателен за Cannata е и друг текст също на Улпиан - D. 2.14.7 pr.-1 (*iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones. quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas,*

<sup>37</sup> Срв. CANNATA, C. A., *La nozione di contratto, cit.*, p. 22.

<sup>38</sup> Срв. CANNATA, C. A., *Labeone, Aristone e il sinallagma, cit.*, p. 77 ss.

*commodatum, depositum et ceteri similes contractus*), в който той подчертава своята гледна точка: „*Conventiones iuris gentium*, за които говори Улпиан, са неформални съглашения и измежду тях тези, които са договори, са снабдени с иск: по-точно *contractus* според Педий и Лабен, тоест облигационните актове, които поражда задължения направо със съглашението между страните. Днес, като четем по-старата или новата романистична литература или само говорим с колегите, много често се среща някой, който е изненадан от факта, че Улпиан в примера, който дава в пассажа, споменава, наред с продажбата, отдаването под наем и дружеството и заема за послужване и влога: защото те не са консенсуални договори като първите три, а реални договори, за сключването на които не е достатъчно съгласието, а е необходимо и предаването на вещта, която е обект на договора и следователно облигационното отношение е поражда *re*, а не *consensu*. Но този начин на разбиране на нещата е абсолютно погрешен, доколкото се отнася до концепцията на класическата римска юриспруденция. Идеята за реалния договор, дори да идва от една небрежност на Гай, е напълно чужда на класическата юриспруденция: тя е конструирана от автора на *Res cottidianae* ... в следкласическата епоха и е възприета в Институциите на Юстиниан. За класическите юристи, както видяхме за Лабен и Педий, към които се присъединява и Улпиан, облигационното отношение се формира реално (*re*), когато е резултат от обвързващия механизъм, който видяхме при обикновения заем, но който е извън сферата на *contractus*. При договорите обаче оперативният механизъм е само в съгласието между страните и задължението да се върне вещта, получена за послужване или като влог се поражда *consensu*, а не *re*<sup>39</sup>.

В сферата на контрактите, както е определена от Улпиан под влияние на Лабен и Педий, според Cannata, както вече отбелязах, се включват атипичните синалагматични съглашения, защитени според едно неоспоримо твърдение на самия Лабен с *actio praescriptis verbis*, упражнена независимо от състоянието на тяхното изпълнение. Естествено Cannata подкрепя това свое виждане според D. 2.14.7.2, където Улпиан се позовава на Аристон и Маврициан, за да уточни своето становище по отношение на ненаименованите договори. Това са крайъгълните

---

<sup>39</sup> Срв. CANNATA, C. A., *La nozione di contratto*, cit., p. 16.



камъни на разсъжденията на учения, които се разгръщат, като се започне от подновеното наблюдение, че Лабен, доколкото е видно в D. 50.16.19, смята гръцкия термин *synállagma*, познат от прочита на Аристотел, за семантичен еквивалент на латинския термин „*contractus*“, разбиран като „реципрочен ангажимент за размяна“<sup>40</sup>.

От D. 12.4.16 узнаваме, че критиката на Аристон към Целз води до извода, че тя се отнася до казуса, в който *dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares* (когато получилият парите е пропуснал насрещната *datio* на роба, като *dans* може само да се получи *condictio* за връщане на пари<sup>41</sup>). Според това, което твърди Улпиан в началото на D. 2.14.7.2 разбираме, че за Аристон съглашението, което се определя като „акт с облигационен ефект с цивилно значение“ на основание на принципа, произтичащ от думите на този юрист: „(a) *subsistit tamen causa*; (b) *hoc synállagma esse et hinc nasci civilem obligationem*; (c) *esse enim contractum, quod Aristo synállagma dicit, unde haec nascitur actio (civilis incerti actio, id est praescriptis verbis)*. Докато фразата в частта (a) и тази в (b) се приписват на Аристон според Улпиан, то тази в част (c), предадена от Марциан, най-вече от „*id est praescriptis verbis*“ е от самия Улпиан. Принципът на Аристон впрочем може да се реституира така: „ако неформално съглашение не може да се идентифицира като ненаименован договор, но е налице определено основание, става въпрос за *synállagma* и това поражда цивилно задължение, санкционирано с *actio civilis incerti (praescriptis verbis)*“. При това Аристон, ако това са думите му, предадени от авора, говори за *synállagma* без въобще да споменава за *contractus* и нищо не навежда на мисълта, че първият термин се използва в различен смисъл от този на втория, ако се има предвид и

---

<sup>40</sup> Срв. CANNATA, C. A., *Labeone, Aristone e il sinallagma, cit.*, p. 65 ss., in particolare p. 71 ss.

<sup>41</sup> Срв. CANNATA, C. A., *Labeone, Aristone e il sinallagma, cit.*, p. 104 (на задълбочената екзегеза на този фрагмент са посветени p. 59 ss.). Вж. и ID., *Contratto e causa, cit.*, p. 314, n. 19, където авторът във връзка с D. 12.4.16 пише: „текстът не трябва да се поставя във връзка с дискусията между Целз и Аристон, отразена от Улпиан в D. 2.14.7.2“, защото „възможността да се определи *datio ob rem* като типичен договор“ и обект на разсъжденията на Целз „е съвсем различен проблем от този за неговото тълкуване като атипичен консенсуален договор“. Това не отменя обаче факта, че Cannata в текста на цитираната страница твърди, че Целз по отношение на хипотезите, представени от Аристон (*do ut des* и *do ut facias*), „не признава връзката с лабеоновата *synállagma*“ – обратното на това, което твърди самият Аристон.

трестепенното разделение у Лабеон. Така може със сигурност да се твърди, че „Аристон се изразява така, че да може непосредствено да се направи връзката с лабеоновото понятие за договор: като се използва терминът, който има своя прецедент в понтието за контракт, определено от Лабеон, Аристон подчертава по същия начин, че договорът е „реципрочно обвързване при направена размяна“. Това служи на Аристон да се позове на характеристиката (*subsit causa*), че неформалното ненаименовано съглашение може да се счита за цивилна сделка, защитена с общ договорен иск. Различното у Аристон спрямо Лабеон е определението на контракта на латински: за Лабеон контрактът е *synállagma*, като и за двамата това е реципрочно задължение към една размяна, но докато Лабеон изразява тази идея с израза *ultra citroque obligatio*, Аристон предпочита за говори за съглашение, за което *subest causa*, разглеждана следователно като основание за размяната<sup>42</sup>. Както по-нататък счита и Улпиан, чието становище е включено в D. 2.14.7.4: но за *Cannata causa* означава само основание за размяната, като в противен случай текстът (отново го цитирам: *sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*) „не би имал смисъл: един „гол“ пакт например няма кауза и поражда само възражение в хода на процеса, защото неговото основание не е във връзка с размяната“<sup>43</sup>.

Че такава причина, тоест размяна, според мнението на Аристон не е достатъчна, за да има интегриране на *synállagma* и последващо упражняване на *actio praescriptis verbis*, тъй като за тази цел размяната трябва да бъде допълнително квалифицирана чрез изпълнението на една от договорените престации, както считат повечето романисти и аз самия. Но *Cannata* категорично я

---

<sup>42</sup> Срв. CANNATA, C. A., *Labeone, Aristone e il sinallagma, cit.*, p. 72 ss.; Вж. също ID., *Corso di istituzioni di diritto romano, cit.*, p. 201: поради въвеждането на понятието за *causa*, „цялата Лабеонова теория, която Аристон тълкува, е предадена по прост и точен начин, който можем да обобщим по следния начин. Всички консенсуални договори са каузални договори, тоест те пораждат своето задължително действие както и от съгласието на страните, така и от тяхната кауза, а не от механизми като тези, изразени с фразите *re, verbis* и *litteris*. За типичните (именувани) договори каузата също е типична (т.е. предвидена от правната система в един от нейните източници), за нетипичните договори каузата се състои в техния характер на *synállagma*, тоест във факта, че те са насочени към реализиране сделка за размяна“.

<sup>43</sup> Срв. CANNATA, C. A., *Labeone, Aristone e il sinallagma, cit.*, p. 106.

изключва, когато повтаря, „че Аристон се е придържал изцяло към Лабеоновата концепция за договора, предпочитайки само да го усъвършенства чрез въвеждане на понятието договорна кауза като основание за размяната и използването за нейното изразяване на обикновения термин *causa*“<sup>44</sup>. Но това би било валидно, ако разгледаме разсъжденията на Аристон, произтичащи от други текстове на Дигестите, като изключим от обхвата на действие на *actio praescriptis verbis* атипичните съглашения, дори ако се приложи само от една от страните, обвързани предимно с елемент на безвъзмездност, което пък е несъвместимо с правилното разбиране на оборота<sup>45</sup> (това, върху което Лабео не се е фокусирал<sup>46</sup>). Разглеждането на примерите, предложени от Аристон, съвсем не кара Cannata да промени заключението си: те, пише ученият, са по-скоро свързани с „две съгласия, схващани като контекстуално придружени от *datio* на една вещ, но това само казва, че проблемът [дискутиран] е поставен по отношение на тези случаи и нищо друго“. Тези примери, с други думи, са за постигнато съгласие и с изпълнение на дадената престация, „но това обстоятелство съвсем не се отнася до концептуалния модел, който обосновава изводите по този въпрос“. Ако се чете добре Улпиан, става ясно, че той разсъждава така. „Ако не става въпрос за типичен контракт, но има *causa*, както Аристон се противопоставя на Целз, се поражда цивилно задължение: например от типовете *do ut des, do ut facias*; те представляват една *synállagma* (постигнато съгласие за сделка на размяна) и (то ест, понеже има *causa* за това) се поражда цивилно облигационно отношение“<sup>47</sup>. Дори анализът на казуса, върху който Улпиан споменава за противоречие между Юлиан и Маврициан, не предизвиква съмнения у Cannata. За него Маврициан, следвайки Аристон, в този случай отграничава цялостното съглашение със *synállagma* като такова, защитено от общия договорен иск, като така заслужава одобрението на Улпиан. „Става въпрос за *synállagma*“, твърди Cannata, „защото обектът на постигнатото съгласие е от интерес и за двете страни и те сключват договора с намерението всяка от тях да се задължи за това, в което се състои същността на сделката; съгласието, с

---

<sup>44</sup> Срв. CANNATA, C. A., *Labeone, Aristone e il sinallagma, cit.*, p. 75.

<sup>45</sup> Срв. CANNATA, C. A., *Labeone, Aristone e il sinallagma, cit.*, p. 111.

<sup>46</sup> Срв. CANNATA, C. A., *Contratto e causa, cit.*, p. 317 ss.

<sup>47</sup> Срв. CANNATA, C. A., *Labeone, Aristone e il sinallagma, cit.*, 88 ss.

други думи е съгласие за размяна: собственикът на роба Стих е заинтересуван собственикът на роба Памфил да го освободи, а собственикът на Памфил е заинтересуван собственикът на Стих да му предаде собствеността върху Стих“. Фактът, че собственикът на Стих със своя транслативен акт не е прехвърлил правото на собственост означава само, че този контрагент не е изпълнил първата от договорените престации. Но липсата на изпълнението ѝ „не влияе върху валидността и действието на съглашението“, като не е последвало изпълнението на втората от договорените престации. Според Юлиан, обратното, разглежданото съглашение, предполагащо *do* във функцията на *facias*, изисква предварителното изпълнение на *dare*, като в противен случай няма да произведе никакъв обвързващ ефект: и Cannata твърди, „че това е защото задължението за *dare* на собственика на Стих не е самостоятелно желаното от страните, а задължението за освобождаване на Памфил не може да се породи за другата страна, защото страните са се договорили тя да е обвързана само ако в изпълнение на сделката е получила собствеността върху Стих“. Като се изключи използването на иск, основан на съгласието на страните, но при липсата на предпоставящата *dati*, Юлиан защитава собственика на Памфил, който се е доверил, че е извършена редовна *datio* и е освободил роба си с неотменим акт: проблемът, който разрешава юристът, а с предоставянето на *actio in factum* за обезщетяването на вредата за него. Но не бихме могли да кажем, че това е едно пълно разрешение, за което Cannata мълчи<sup>48</sup>.

## 10. Атипичните синалагматични съглашения според Юлиан и Паул

Юлиан също, както вече посочихме, се занимава със съглашенията, предвиждащи размяна на престации и излизащи извън моделите, снабдени със защита по преторския едикт, като за тези от тях, при които има двойно задължение за *dare* или за *dare* срещу задължение за *facere* и когато едната от страните е изпълнила своето задължение предлага различни форми за защита, които обаче

---

<sup>48</sup> Срв. CANNATA, C. A., *Labeone, Aristone e il sinallagma, cit.*, p. 89 ss.

не включват упражняването на *actio praescriptis verbis*. Тяхната догматична основа, от момента, в който юристът не включва операциите от посочения тип в макар и разнородно определения от Лабеон и не единен периметър на сферата на договорите, е много изменчива и от време на време се използват различни типове искове.

Като алтернатива на *condictio ob rem dati re non secuta* той предоставя на неудовлетворения *dans* един преторски иск - *actio in factum* за обезщетяване на вредите, но не знаем дали той е основан на мярката на позитивния или негативния интерес на увредената страна. Неговото упражняване при всички случаи води до присъждане на по-висока стойност от тази, която осигурява *condictio*, защото тя е определена според пазарната стойност на вещта към момента на *litis contestatio*, която следователно е по-ниска от санкционирането въз основа на отрицателния интерес на ищеца, количествено измерен с оглед на общото обедняване, което той е претърпял поради неизпълнението на синалагматичното съглашение *sine nomine*. Насоки в този смисъл ни дава текстът на D. 19.4.1.1, който вече разгледахме, в който има неизпълнение от една от страните при договор от типа *do ut des*. В него в §4 Паул дава единствено на изпълнилата своето задължение страна по замяната *actio praescriptis verbis* в конкуренция с *condictio*, като припомня, че по въпроса има и друга теза, поддържана вероятно от Юлиан, според която в този случай се дава *actio in factum* вместо *actio praescriptis verbis*. С добавката в последната част на *principium* в италианската версия на Gallo по този въпрос, първоначално на латински, а след това и на италиански четем следния превод на самия Gallo<sup>49</sup>: „но тъй като <в продажбата> трябва да има и вещ, и цена, замяната не може да бъде продажба, тъй като не е възможно да се определи коя е стоката и коя е цената, нито да се определи причината, поради която една и съща вещ едновременно е и обект на продажба, и цена на покупка“. *Unde si ea res, quam acceperim vel dederim, postea evincatur, in factum dandam actionem respondetur*. Тоест: „то произтича от това, че ако вещта, която съм получил или дал, впоследствие бъде евинцирана, се дава отговор, според който трябва да се предостави иск, моделиран върху фактите“.

---

<sup>49</sup> В: *'Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae'*, cit., 2007, p. 459.

Наред с това, като разглежда хипотезата на *do ut facias*, Юлиан признава на страната, задължена за действие (*facere*), с което е изпълнено, възможността да предяви *actio de dolo* или един преторски иск - *actio in factum*, срещу страната, която трябва да извърши *datio* и не е прехвърлила собствеността върху вещта поради принадлежността на тази вещ на едно трето лице, което успешно я е ревандикирало. По-точно изборът би трябвало да бъде върху *actio de dolo*, когато *dans* е недобросъвестен и знае, че не е собственик на вещта, и върху *actio in factum* ако *dans* не е знаел, че вещта принадлежи другиму. Това се потвърждава в D. 19.5.5.2 и във вече разгледания текст на D. 2.14.7.2. В първия текст Паул представя така мнението на Юлиан: *sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manumisisti et is quem dedi evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Iulianus scribit, si ignorans, in factum civilem*. В съответствие с абсолютно преобладаващото мнение в доктрината е изключено, че първоначално текстът е завършвал с прилагателното *civilem*, което е напълно странично: следователно то е плод на юстиниановите компилатори. Но е мислимо и друго манипулиране на оригинала на този текст, като след израза *si ignorans, in factum* е имало друг текст, в който Паул излага своята гледна точка, поддържайки, че при неизпълнение на *dans*, независимо дали е недобросъвестен или добросъвестен, винаги трябва да се предоставя *actio in factum civilis*, то ест *actio praescriptis verbis*. Предположението на Cannata също изглежда правдоподобно, като той не вменява нищо на съставителите на Дигестите, а счита, че това е пропусната фраза от преписвача на Флорентинският ръкопис на Дигестите, като предлага следната реконструкция на автентичния текст на D. 19.5.5.2: *si ignorans, in factum <: sed ego puto omnimodo tibi competere in factum> civilem*<sup>50</sup>.

Що се отнася до D. 2.14.7.2, знаем, че в него се разглежда идентичен казус: на извършената *datio* срещу задължение за *facere*, което също е извършено, но е последвала евикция на неправомерно отчуждената вещ. Обаче тук е изразено друго разрешение от Маврициан и от Юлиан: докато единият дава на страната, която е изпълнила задължението си, *actio praescriptis verbis*, то ест *actio civilis*, то другият, очевидно поради предполагаема добросъвестност на *dans*, предоставя

---

<sup>50</sup> Срв. CANNATA, C. A., *Corso di istituzioni di diritto romano, cit.*, 202.

преторския иск *actio in factum*. Това би осигурило обезщетение за вредите, определени въз основа на отрицателния интерес и съвсем не е изключено, както и аз предполагам по-горе. Ако всъщност се предяви *actio de dolo* срещу недобросъвестния *dans*, с него се търси възстановяване на претърпените вреди в границите на негативния интерес и не би било много справедливо добросъвестният *dans* да се подложи на по-висока санкция, свързана с положителния интерес. Не трябва да се предизвиква и инфамиращата последица на *actio de dolo* и според Юлиан трябва да се разграничи *in peius* третирането на недобросъвестния *dans* от добросъвестния *dans*, който не бива да се поставя в по-тежко икономическо положение.

По-пълното разглеждане на материята на атипичните синалагматични съглашения се дължи на Паул, който тръгва от предположението, споделяно от голяма част от римската юриспруденция, че тяхната защита чрез различни иски е била винаги подчинена на едно добре познато обстоятелство: изпълнението на задължението от една от страните. Така се определят и различните договорни типове за тези съглашения: *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des* и *facio ut facias*, като той предлага за всеки от тях съответните характеристики и процесуални средства в защита на изправната страна, без да се задълбочава особено във въпросите относно догматичната рамка. Но това не ни пречи да мислим, че с изключение на третия тип (вероятно защото се среща рядко, както някой внушава, без обаче да дава обяснение на тази загадка), в сферата на ненаименованите договори, очертана от Педий и допълнена от Аристон и Маврициан, е налице обвързване с цивилно задължение за всяка от страните и тази, която не го изпълни, е санкционирана с *actio praescriptis verbis*.

Като разглеждаме дългия и сложен за разбиране текст на D. 19.5.5, можем да приемем, че Паул в случая на *do ut des*, и по-точно на *rem do, ut rem accipiam*, доколкото *dubium non est nasci civilem obligationem*, приема, че срещу неизправната страна може да се предяви *actio praescriptis verbis* и *condictio*, като с втората се цели обезщетяване на вредата, причинена от неизпълнението на контрапрестацията или при закъсняло изпълнение, като следва реституиране на отчуждената вещь или плащане на нейната стойност (в §1). В случая на *do ut facias* се дават същите

искове, като страната, която трябва да извърши *facere*, може да предяви *actio praescriptis verbis*, ако е претърпяла евикция на дадения ѝ роб. Тъй като предаването на роба е направено с цел тази страна да освободи свой роб и манумисията е извършена и необратима, то единствената възможност според Юлиан е за преторска намеса с *actio in factum* или *actio de dolo* в зависимост от субективния статус на *dans* – при недобросъвестност или добросъвестност (§ 2). В случая с *facio ut des* единствено е възможна *actio de dolo* според Юлиан (§ 3), а в случая на *facio ut facias* - само *actio praescriptis verbis* (§ 4 и § 5).

### 11. Становището на Cannata относно атипичните синалагматични съглашения според Юлиан и Паул

Юлиан и Паул, според Cannata, имат „едно твърде различно виждане по проблемите на атипичните съглашения от това, окето може да се проследи, като се тръгне от Лабеон и се премине през Аристон, Маврициан и Улпиан“. Те двамата издигат като основно изискване за пълната защита на тези договори изпълнението на едната от престациите, дължима по силата на постигнатото съгласие<sup>51</sup>.

За позицията на Юлиан, изведена според Cannata от D. 2.14.7.2, вече знаем: „атипичното съглашение от типа *do ut facias* Юлиан счита за нищожно поради липса на *datio*, и с *actio in factum* разрешава затрудненията, произтичащи от евикцията, доколкото изпълнението на *facere* изисква да се държи сметка все пак за каузата на съглашението“<sup>52</sup>.

Следвайки виждането на своя велик предшественик, Паул в един фрагмент от неговия коментар към преторския едикт, включен в D. 19.4.1, се разглежда темата за замяната - но в контекста на нейната връзка с покупко-продажбата, и той се произнася „в смисъл за необходимост от изпълнение на престацията, защото атипичното съглашение е създадо облигационно отношение“. Логиката на юриста, пише Cannata, е, „че като се има предвид, че замяната не е продажба, ако се стигне

---

<sup>51</sup> Срв. CANNATA, C. A., *Labeone, Aristone e il sinallagma, cit.*, p. 93 ss.

<sup>52</sup> Срв. CANNATA, C. A., *Labeone, Aristone e il sinallagma, cit.*, p. 96.



до процес, не могат да се приложат *actio empti* и *actio venditi*, следователно преторът дава *actio factum*»: този иск служи било в случая, когато една от страните по замяната е подложена на евикция на вещта, което е уредено в § 1, било в хипотезата по § 4, „когато едната от страните е дала съответната вещ, а другата отказва да даде своята, както е постигнато съгласието между тях“. Тогава искът, който се дава в конкуренция с *condictio*, е „за обезщетяване на вредата (*id quod interest*)“, претърпяна от ищеца поради неизпълнението на ответника<sup>53</sup>.

По-специално в § 2 и § 3, пише също Cannata, „е ясно, че за Паул споразумението за замяна е само по себе си голо съглашение, тоест *nudum pactum*, подчинено на стриктното правило, че не може да поражда иск, дори и *actio in factum*“. Цитирането на становището на Педий в § 3, продължава ученият, не оставя място за съмнение по въпроса: „ако в резултат на договор за замяна страната, която изпълнява първа, извърши транслативен акт на чужда вещ, замяната не се счита за валидно сключена“ за да бъде „облечена“, както би казал един средновековен юрист, голият пакт за замяна трябва да има най-вече ефективна *datio*“. Но още в § 2 Паул обявява този извод, като го формулира с общи термини: „голото съгласие може да породи облигационно отношение, ако има *nomen suum*, то ест ако има преторски иск, който изрично е предвиден с правнотехническо собствено название на дадения тип договор. Извън тези случаи е възможно да се предяви иск само ако пактът не е „гол“, то ест ако е приел съответна договорна форма (за която Паул не говори защото в хипотези като замяната (*permutatio*) не съществува такава специфична форма) или ако е завършен чрез една *datio*<sup>54</sup>.

По-нататък Cannata отбелязва, че Паул се отдалечава от позицията на Юлиан, характеризираща се с твърдото отричане на *actio praescriptis verbis* в

---

<sup>53</sup> Naturalmente, troviamo precisato in CANNATA, C. A., *Corso di istituzioni di diritto romano, cit.*, 207, la formula dell'*actio in factum* dei paragrafi primo e quarto sarebbe stata diversamente composta, in quanto la relativa *intentio* avrebbe recato la descrizione dei concreti fatti da sottoporre alla valutazione del giudice: in un caso l'evizione e nell'altro la mancata controprestazione. Se Paolo avesse concesso al permutante di litigare con l'*actio in factum civilis*, essa avrebbe invece mantenuto inalterato il tenore della formula, grazie a „un'*intentio* che richiamava in genere il criterio ermeneutico della buona fede ed una *demonstratio* che come *factum* descriveva tutto l'affare concluso dalle parti, qualunque fosse poi lo specifico punto che sarebbe dovuto essere dibattuto nel processo“.

<sup>54</sup> Cfr. CANNATA, C. A., *Labeone, Aristone e il sinallagma, cit.*, p. 93 ss.

*tractatus* за *datum ob rem*, който е включен в книгата му с *quaestiones* - произведение, за което не знаем дали е след или преди коментара му върху преторския едикт, и което е отразено в D. 19.5.5, от който текст се извежда типологията на ненаименованите договори: *do ut des, do ut facias, facio ut des* и *facio ut facias*. Така в първия параграф (*et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est: sin autem rem do, ut rem accipiam, quia non placet permutationem rerum emptionem esse, dubium non est nasci civilem obligationem, in qua actione id veniet, non ut reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea illud de quo convenit accipere: vel si meum recipere velim, repetatur quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta. sed si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit ac tu dumtaxat culpam praestare debes. explicitus est articulus ille do ut des*) „се твърди ясно, че при замяната, когато е изпълнена първата престация, но не и втората, се поражда цивилно задължение, за което след това искът с *id quod interest* срещу неизправната страна несъмнено е общ договорен иск“. Макар и да не е лесно да се предполага изменение на оригиналния текст, за да се хармонизира със становището на Юлиан, трябва да се каже, че „*dubium non est in factum dandam actionem, in qua id veniet ...*“. Ако се добави, във втория параграф (*at cum do ut facias, si tale sit factum, quod locari solet, puta ut tabulam pingas, pecunia data locatio erit, sicut superiore casu emptio: si rem do, non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc quod mea interest vel ad repetendum conditio. quod si tale est factum, quod locari non possit, puta ut servum manumittas, sive certum tempus adiectum est, intra quod manumittatur idque, cum potuisset manumitti, vivo servo transierit, sive finitum non fuit et tantum temporis consumptum sit, ut potuerit debueritque manumitti, condici ei potest vel praescriptis verbis agi: quod his quae diximus convenit. sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manumisisti et is quem dedi evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Iulianus scribit, si ignorans, in factum civilem*), където се има предвид *do ut facias*, може да се открие „поставянето на този тип договор в сферата на... *locatio* и след това определянето на тези съглашения като атипични договори, този път не само с несъмненото утвърждаване на тяхната действителност от позицията на *ius civile*, но и със защитата им с общ договорен иск“. В края на параграфа отново се срещаме с казуса, описан във финалната част на D. 2.14.7.2

и вероятно разрешен от Паул, ако възстановим автентичната му мисъл, запазена от съставителите на Дигестите, да се предостави на неудовлетворената страна по сделката *actio praescriptis verbis*. Така всъщност биха звучали за Cannata последните думи от текста на Паул в D. 19.5.5.2 въз основа на хипотеза, която не е нова за нас, че преписвачът на Дигестите, по причина на *omoioteleuton* е пропусна един ред": *sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manumisisti et is quem dedi evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Iulianus scribit, si ignorans, in factum <: sed ego puto omnimodo dandam in factum> civilem*<sup>55</sup>.

Ако преминем набързо през §3 (който впрочем е кратък: *quod si faciam ut des et posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur*), а след това и през § 4 и § 5, където се анализират *facio ut des* и съответно *facio ut facias*, считани за не толкова показателни от Cannata, може да се повтори заключението, което се отнася до фрагмента на Паул в D. 19.4.1. Така тук, както и в *tractatus* според D. 19.5.5 „ненаименованият договор“, или по-скоро определянето му като синалагматично съглашение *sine nomine*, за да могат да се обединят двата фрагмента, което тълкуване се прави за първи път от този учен, „се приема валидност само ако едната от договорените престации е изпълнена“<sup>56</sup>.

Но все пак Cannata се съмнява, че „Паул, а явно и за Юлиан, проблемът не се поставя за атипичните съглашения, а за добавянето на защитата чрез преките искове за обезщетяване на вреди поради неизпълнение на насрещната престация към *condictio* с реституционно действие, която се дава при *dationes ob rem*. По тази причина Паул не признава договорната защита на съглашенията от типа *facio ut des*; защото там няма нищо за *condicere*. Но ако това е така, не би могла да се разбере защитата на *facio ut facias* с общия договорен иск, за който се говори в §5 [*si ergo haec sunt, ubi de faciendo ab utroque convenit, et in proposita quaestione* – и

---

<sup>55</sup> Но „тази добавка със сигурност би трябвало да е написана по друг начин“, се казва в CANNATA, C. A., *Labeone, Aristone e il sinallagma, cit.*, p. 99, n. 130. Една леко по-различна формулировка откриваме в CANNATA, C. A., *Corso di istituzioni di diritto romano, cit.*, p. 202: ... *si ignorans, in factum <: sed ego puto omnimodo tibi competere in factum> civilem*. Идентична на тази, която е посочена в текста е корекцията, която предлага авторът в: *Der Vertrag, cit.*, p. 236, n. 35.

<sup>56</sup> Срв. CANNATA, C. A., *Labeone, Aristone e il sinallagma, cit.*, p. 96 ss.

ако се съпостави с *principium* на фрагмента<sup>57</sup> – *idem dici potest et necessario sequitur, ut eius fiat condemnatio, quanti interest mea servum habere quem manumis]* и който е напълно обвързан със заключението в §4 [*sed tutius erit et in insulis fabricandis et in debitoribus exigendis praescriptis verbis dari actionem, quae actio similis erit mandati actioni, quemadmodum in superioribus casibus locationi et emptioni]*<sup>58</sup>.

Може да се приеме, като се присъединим към приетото от Cannata развитие на концепциите за ненаименованите договори, че унитарната линия на разсъжденията на римските юристи по въпроса, която започва от Лабен, преминава през Аристон, Маврициан и достига кулминация при Улпиан, принадлежи на Целз. На виждането на Аристон за разширяване на защитата с общ договорен иск по отношение на *dationes ob rem* се противопоставя Юлиан, който е враждебно настроен към използването на *actio praescriptis verbis* и се стреми „да ограничи цивилноравната защита само за типичните контракти, като за различните други съглашения предлага използването на реституционната *condictio* или за някои проблеми - и преторската защита чрез *actiones in factum* и субсидиарно преторската *actio de dolo*“, но само при условие, че една от реципрочно дължимите престации от страните е изпълнена, като по този начин съглашението остава извън сферата на голите пактове. Подобна позиция, произтичаща или поне повлияна от идеите на Юлиан според Cannata се приема и от Паул по отношение на замяната, който в един свой труд се съгласява изцяло с Юлиан, но в друг пък приема „с истинско нежелание“ използването на общия договорен иск в поредица от случаи от вида на *do ut des, do ut facias, facio u facias*, като във всеки от тях предполага частичното изпълнение на атипичното съглашение, точно както Юлиан приема с цел отхвърляне на квалификацията му като на гол пакт<sup>59</sup>. Обобщено: Юлиан

---

<sup>57</sup> Това е изразено по следния начин: *naturalis meus filius servit tibi et tuus filius mihi: convenit inter nos, ut et tu meum manumitteres et ego tuum: ego manumisi, tu non manumisisti: qua actione mihi teneris, quaesitum est*. Преводът в CANNATA, С. А., *Corso di istituzioni di diritto romano, cit.*, p. 209 е: „мой незаконен син е твой роб и твой син е мой роб: между нас е постигнато споразумение в смисъл ти да освободиш моя син и аз твоя; аз съм извършил освобождаването, а ти не си: въпросът (*quaestio*), който се дискутира е: какъв иск ти имаш срещу мен“.

<sup>58</sup> Срв. CANNATA, С. А., *Labeone, Aristone e il sinallagma, cit.*, p. 100 ss.

<sup>59</sup> Срв. също CANNATA, С. А., *Corso di istituzioni di diritto romano, cit.*, p. 207: ако се разгледа D. 19.5.5, се разбира, че Паул „споделя теоретичната основа на разсъжденията на Юлиан (която основно...той излага в D. 19.4.1), и всъщност вижда едно чисто съглашение,

напълно отхвърля „цивилните последици от атипичните съглашения и позволява тяхната защита само с инструментите на *ius honorarium*“. Това виждане се подкрепя и от Гай, сабинианец като него, ако искаме да придадем тежест на факта, че нито в неговите Институции, нито, доколкото ни е известно, другаде има следа от използване на общ договорен иск при атипичните сналагматични съглашения. Единствено Паул, и то единствено в *tractatus*, споменат в D. 19.5.5 разглежда като изключение съглашението от типа *facio ut des* като ненаименован договор, защитен от *actio praescriptis verbis*, но при условие освен че е уговорена размяната на престации едната от тях е изпълнена<sup>60</sup>.

Последната характеристика, чието въвеждане ми се струва свързано с Педий, който по тази причина считам за интелигентен новатор в теорията на договора, разработена от Лабеон, следва развитието на концепциите на Аристон, Маврициан, Улпиан и Паул. Неговото мнение по въпроса за замяната, за което четем в D. 19.4.1.3 (*ideoque Pedius ait alienam rem dantem nullam contrahere permutationem*), очевидно казва много повече от това, което счита Cannata.

---

макар и за размяна на престации, един гол пакт“. За него, както и за Юлиан, „сферата на съглашенията с размяна на престации, защитени с иск, е ограничена в смисъл, че тези съглашения могат да породят задължения само ако една от предвидените престации е изпълнена; обаче той приема като изключение от лабеоно-аристоновата традиция, приета за защита на тези съглашения (синтезирани в типологията *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*), използването на общ договорен иск“, най-малкото тенденциозно. И по този начин той признава огледално тяхната „принадлежност към *ius civile* и следователно създаването на правни последици в тази област“. След това ученият уточнява на стр. 212, че от гледна точка на Паул, „ако споразумението не е било подсилено чрез изпълнението на едната престация, то във всеки случай остава без защита с граждански иск: следователно, ако тази липса на защита поражда конкретни проблеми при един евентуален съдебен процес, съответният иск може да бъде само в сферата на преторското право“.

<sup>60</sup> Срв. CANNATA, C. A., *Labeone, Aristone e il sinallagma, cit.*, p.107 и p. 110 ss.

## НАБЛЮДЕНИЯ ВЪРХУ ПОСТКЛАСИЧЕСКАТА СИСТЕМА ЗА ГАРАНЦИИ ЗА НЕДОСТАТЪЦИ В РИМСКАТА ТЪРГОВИЯ (НА ИТАЛИАНСКИ ЕЗИК)

**Проф. д-р Габор Хамза**

Университет „Йотвош Лоран“, Будапеща, Унгария

**Резюме:** Гаранцията за скрити недостатъци означава отговорност на продавача за качествата, установени в закона или в договора и отнасящи се до продадената вещ. Същността на гаранцията е, че продавачът носи отговорност за недостатъците на вещта, които вече е имал към момента на *traditio*. Това задължение е насочено не толкова към отговорността, колкото към перфектното изпълнение на задължението. Правилата на гаранцията, разработени в класическата епоха в Рим, остават предимно непроменени дори в посткласическата епоха и по този начин са включени в кодифицираната материя. Значителна част от тази уредба все още води началото си от едикта на курулните едили, които са изпълнявали функциите на магистрати за регулиране на търговските отношения.

**Ключови думи:** гаранция за скрити недостатъци; отговорност на продавача; едикт на курулните едили; *stipulatio*.

## OBSERVATIONS ON THE POSTCLASSICAL SYSTEM OF GUARANTEES FOR DEFECTS IN ROMAN TRADING (ITALIAN LANGUAGE)

**Prof. Gabor Hamza, PhD**

Eötvös Loránd University, Budapest, Hungary

**Abstract:** The guarantee for hidden defects means the seller's responsibility for the qualities established by law or in the contract and relating to the sold item. The essence of the guarantee is that the seller is responsible for the defects of the item, which he already had at the time of traditio. This obligation is focused not so much on responsibility as on the perfect fulfillment of the obligation. The rules of guarantee developed in the classical era in Rome remain largely unchanged even in the postclassical era and are thus incorporated into codified matter. A significant part of this regulation still originates from the edict of the aediles curules, who acted as magistrates for the regulation of trade relations.

**Keywords:** guarantee for hidden defects; seller's responsibility; edict of aediles curules; stipulatio.

## OSSERVAZIONI SUL SISTEMA POSTCLASSICO DELLA GARANZIA DEI VIZI NELLA COMPRAVENDITA ROMANA

**Prof. Gabor Hamza, PhD**

Università Eötvös Loránd, Ungheria

**Sintesi:** La garanzia dei vizi occulti significa la responsabilità del venditore per le qualità fissate nella legge o nel contratto relativo alla cosa venduta. L'essenza della garanzia è che l'obbligato è responsabile per i vizi della cosa, i quali essa aveva già al tempo della tradizione. Tale obbligo prendeva di mira non tanto la responsabilità, ma l'adempimento perfetto dell'obbligazione. Le norme della garanzia sviluppate nell'epoca classica a Roma rimanevano preponderantemente immutate anche nell'epoca postclassica e così furono inserite alla materia codificata. Una parte notevole di questo materiale tira le sue origini ancora dall'editto degli edili curuli che facevano la funzione del magistrato di mercato.

**Parole chiave:** garanzia dei vizi; responsabilità del venditore; editto degli edili; curulia stipulatio.



**I.**

Sin dagli anni Sessanta del secolo XIX fino ai primi tre decenni del secolo XX era il metodo interpolazionalistico che si faceva valere sempre più nelle ricerche scientifiche di diritto romano.<sup>1</sup> Tale metodo — com'è ben noto — per svelamento dei ritocchi eseguiti sulle fonti originali specialmente in occasione della codificazione (compilazione) giustiniana, ma forse anche già prima, voleva dar luce sulle tesi di diritto in vigore nel periodo classico, sullo sviluppo postclassico e sulla formazione del materiale che si presenta nella codificazione (compilazione) di Giustiniano I (527-568).

Le differenti e qualche volta anche opposte costatazioni interpolazionalistiche erano talvolta sconcertanti e suscitavano dubbi.<sup>2</sup> In quel disordine causato per i sospetti d'interpolazione era Riccobono che desiderava di dare in modo particolare un indirizzo per il proseguimento delle indagini. Secondo lui il diritto romano classico in seguito allo sviluppo postclassico andava a semplificarsi grado per grado, le rigide formalità orali e scritte erano messe a parte ed in luogo di queste veniva posta in preminenza la volontà delle parti. Il sistema del diritto romano non era, però, cambiato. Le costituzioni imperiali che significavano le modifiche del diritto classico, in realtà avevano quasi tutte le loro radici nell'epoca classica.

I cambiamenti avvenuti nell'epoca postclassica erano tali, in seguito ai quali in parecchie relazioni si produceva una mancanza di sicurezza giuridica. La soppressione di questa precarietà era anche uno scopo della codificazione. La materia codificata venne basata sui principi sviluppati ancora nell'epoca classica e così il diritto giustiniano in realtà non era che il diritto romano classico che conteneva i cambiamenti avvenuti nell'epoca postclassica.<sup>3</sup> Le interpolazioni avvenute in occasione della codificazione

---

\* Статията със заглавие „*Osservazioni sul sistema postclassico della garanzia dei vizi nella compravendita romana*“ е публикувана в *Acta Facultatis Politico-Iuridicae Universitatis Budapestinensis de Rolando Eötvös nominatae*, 34, 1993-1994, p. 23-38 и предоставена за публикуване в списанието от автора със съгласието на издателя.

<sup>1</sup> Sulle figure prominenti del metodo interpolazionalistico e sulla loro attività ci da una informazione copiosa. WENGER, L. *Die Quellen des römischen Rechts*. Wien, 1953, p. 855-857.

<sup>2</sup> Su questo v. CORNIL, G. „... la critique des sources ... est poussée avec une zèle déconcertante.“ (Ancien droit romain, Bruxelles-Paris, 1930 XIII préface. p. 1.)

<sup>3</sup> „... può dirsi in realtà che il nuovo diritto è in sostanza lo stesso diritto romano, di cui i vari componenti si sono ricomposti, ripresi...“ RICCOBONO, S. *Fasi e fattori dell'evoluzione del diritto romano*. Mélanges G. Cornil, II Grand-Paris, 1926 p. 267.

erano necessarie generalmente a scopo che le massime di diritto oriunde da diverse epoche nelle sfere del „*ius civile*” del „*ius gentium*” e del „*ius honorarium*” siano messe d'accordo.<sup>4</sup>

L'analisi della questione, qual'era la importanza della volontà nei rapporti giuridici, si presenta già nelle fonti dell'epoca repubblicana. Dal tempo di Cicerone si appare già il pensiero che nella pratica vengano esaminati i motivi dell'attività delle parti contraenti e la loro volontà e che le decisioni giudiziali si dirigano secondo questi fattori.<sup>5</sup>

Ora viene posta la questione, quale fosse il cambiamento nella sfera dell'obbligo alle garanzie dei vizi occulti ch'erano avvenute nell'epoca postclassica e come fossero modificate le regole relative del diritto classico.

La garanzia — più precisamente — quella dei vizi occulti significa la responsabilità del venditore per le qualità fissate nella legge o nel contratto relativo alla cosa venduta. In mancanza di queste qualità, in seguito a cui la cosa non è adatta all'utilizzazione secondo la sua destinazione, l'adempimento è vizioso e l'avente diritto può far valere le sue pretese basate sulla garanzia. L'essenza della garanzia è che l'obligato è responsabile per i vizi della cosa, i quali essa aveva già al tempo della tradizione. Tale obbligo prendeva di mira non tanto la responsabilità, ma l'adempimento perfetto dell'obbligazione.

Secondo i diritti moderni positivi le parti generalmente non sono obbligate ad assumere la garanzia. La garanzia si basa, cioè, non solo sulla qualità fissata nella legge, ma anche su quelle pattuite nei singoli contratti. Il suo contenuto può essere oriundo anche dalla convenzione delle parti contraenti.

## II.

Nel mondo romano (*Orbis Romanus*) l'obbligo alla garanzia dei vizi era un'obbligazione contrattuale. L'obbligo alla garanzia, cioè la garanzia che per la cosa

---

<sup>4</sup> RICCOBONO, *Fasi e fattori...*, p. 277.

<sup>5</sup> Riccobono presta interesse particolare alla problematica della volontà contrattuale. Cf RICCOBONO, S. Il domma della volontà nel diritto. Prefazione alla nuova edizione dei „Negozi giuridici” di V. Scialoja, Roma, 1933. L'exceptio doli mezzo di formazione di nuovo diritto e d'attuazione del domma della „volontà”. - *Annali Palermo*, 14, 1930 e *Der Wille als Entwicklungsfaktor im römischen Rechte*. - In: *Miscellanea Academica Berolinensia*, Berlin, 1950.

venduta non istituerà nessuno un processo (*evictio*) venne stabilita da principio per una convenzione speciale, per una stipulazione accessoria. Risultato d'uno sviluppo ulteriore era che il venditore sulla base del contratto di compra-vendita senza qualsiasi convenzione venne obbligato a risarcire il danno del compratore avvenuto per l'evizione della cosa venduta.<sup>6</sup>

Le norme dell'obbligo alla garanzia dei vizi erano sviluppate a Roma per l'opera degli edili curuli che facevano la funzione del magistrato di mercato.

Com'è ben noto, in caso di compravendita il venditore si preoccupa di avere un prezzo quanto più alto per la cosa venduta, il compratore, invece, prende in mira di comprare al miglior prezzo ch'è possibile. Perciò nei tempi anteriori non era escluso che il venditore — riguardo alle qualità della cosa — indusse il compratore in inganno. Solo più tardi, all'ultimo secolo della repubblica il giureconsulto C. Aquilio Gallo ch'era anche pretore<sup>7</sup>, creò uno strumento giuridico a scopo che in casi simili il contratto possa essere annullato.<sup>8</sup> Ma pure in tal caso non fu escluso che il venditore in fine delle trattazioni riesca a persuadere il compratore ad accettare il prezzo richiesto più alto.

**D.4.16.4. (Ulpianus libro XI ad edictum) Idem Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.**

Le parti contraenti l'una l'altra potevano ingannare reciprocamente e tale possibilità esisteva ancora all'epoca di Pomponio, nella metà del II secolo, anzi la situazione non era cambiata nemmeno dopo uno e mezzo secolo, al tempo di Ulpiano. La tesi si esprime — se è possibile — ancor più chiaramente in un frammento di Paolo.

**D.19.2.22.3. (Paulus libro XXXIV ad edictum) Quemadmodum in emendo et in vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere.**

---

<sup>6</sup> D.21.1.28. (Gaio).

<sup>7</sup> SCHULZ, F. *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*. Weimar, 1961 p. 49.

<sup>8</sup> CICERO. *De off.* 3.15.58. (formula de dolo).

Non incontrava, dunque, ostacoli che la cosa sia venduta ad un prezzo più alto o sia comprata a miglior mercato di quello quanto valeva. Il venditore poteva lodare la cosa, il compratore, invece aveva la possibilità di denigrarla. E questo era tanto più naturale, perchè ambedue avevano la via aperta a truffare l'altro.

In un caso concreto si dovette stabilire, quale fosse la volontà del venditore. Ciò si può vedere nel passo seguente.

**D.18.1.42.pr. (Florentinus libri VIII institutionum)** *Ea quae commendandi causa in venditionibus dicuntur, si palam appareant, venditorem non obligant, veluti si dicat servum speciosum, domum bene aedificatam; praestare debet, nam hoc ipso pluris vendit.*

Le dichiarazioni fatte solo „*commendandi causa*” non vincolavano il venditore. Ma se le sue dichiarazioni fossero fatte a scopo di ricevere un prezzo più alto, il venditore avrebbe dovuto rispondere sulla base delle sue asserzioni. C'era, dunque, la possibilità di fare dichiarazioni sulle qualità della cosa venduta, dalle quali non rilevò nessuna obbligazione del venditore.<sup>9</sup>

A tali possibilità mettevano un argine le norme dell'obbligo alle garanzie dei vari vizi formate nella pratica degli edili curuli. Secondo queste norme il venditore era responsabile per tutte le qualità della cosa venduta che erano necessarie all'utilizzazione di quella e che furono promesse dal venditore.

La materia giuridica relativa alle garanzie dei vizi si era sviluppata secondo le esigenze di circolazione delle merci ed all'inizio riguardava ai più importanti mezzi di produzione agraria: agli schiavi ed agli animali da tiro. Pure questa materia diveniva alla fine dell'epoca classica assai notevole. In caso di vendita d'uno schiavo il venditore era obbligato a richiamare l'attenzione del compratore alla malattia od al vizio dello schiavo (*palam et recte pronuntianto*), specialmente ch'egli è fuggitivo, vagabondo, sotto „*nox*”, ha commesso un delitto capitale o tentato un suicidio, ovvero è condannato a morte (*ad*

---

<sup>9</sup> Cfr. IMPALLOMENI, G. *L'editto degli edili curuli*. Padova, 1955 p. 259.

*bestias damnatus*).<sup>10</sup> Doveva essere detto anche la nazione (*natio*), alla quale lo schiavo appartiene,<sup>11</sup> e che sia senza qualsiasi istruzione (*novicius*) o sia già esperto in qualche mestiere (*veterator*).<sup>12</sup> Secondo un'altra norma il venditore era responsabile per tutte le qualità della cosa che furono promesse.<sup>13</sup>

Se la cosa prestata non avesse avuto le qualità promesse, il compratore — entro un termine di due mesi — avrebbe potuto intentare un'azione contro il venditore per l'annullamento del contratto (*actio redhibitoria*), in seguito a cui il venditore avrebbe potuto riavere la cosa, ma da sua parte egli avrebbe dovuto rimborsare il prezzo. Fra un termine di ulteriori quattro mesi, cioè in sei mesi il compratore poteva intentare un'azione per ribassare il prezzo, in seguito a cui — benchè il contratto rimanesse valido — il venditore doveva ripagare al compratore la parte del prezzo che sorpassò — in mancanza delle qualità stipulate — il valore della cosa. Caso simile era, se la cosa venduta avesse qualche imperfezione che fu passata sotto silenzio dal venditore.

Il termine per l'iniziamento dell' „*actio redhibitoria*” all'epoca di Gaio fu scaduto dopo due mesi, come si legge nei frammenti gaiani inseriti al Digesta di Giustiniano,<sup>14</sup> ma più tardi la scadenza di quello fu fissato in sei mesi.<sup>15</sup> L' „*actio redhibitoria*” andava al „*duplum*”, se il venditore non avesse ripagato il prezzo e gli accessori di quello e se egli non avesse soddisfatto neanche agli altri obblighi oriundi dal contratto, al „*simplum*”, invece, in caso che il prezzo e gli accessori fossero rimborsati al compratore.<sup>16</sup> La scadenza del termine

---

<sup>10</sup> D.21.1.1.pr.1. (Ulp.) Cfr. M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, II<sup>2</sup> München, 1971 p. 557-559. La „*nox*” significava — secondo la concezione romana — un vizio fisico. Cfr. PRINGSHEIM, F. *The Greek Law of Sale*. Weimar, 1950 p. 450. Nei casi riferiti lo schiavo poté essere reso al venditore, il prezzo, invece, competè al compratore.

<sup>11</sup> VARRO, *De re rustica* 1.17.5.

<sup>12</sup> D.21.1.37. (Ulp.).

<sup>13</sup> „...*quod dictum promissumve fuerit... praestari oportere...*” (D.21.1.1.1.) Il promesso era originariamente nella stipulazione relativa alla garanzia. Cfr. PÓLAY, E. *Az eladói kellékszavatosság a preklasszikus római jogban (La garanzia dei vizi del venditore nel diritto romano preclassico)*. Szeged, 1964 p. 29.

<sup>14</sup> Ad esempio D.21.1.3. (Ulp.).

<sup>15</sup> Sent Pauli 2.17.6.

<sup>16</sup> D.21.1.45. (Gaio) Intorno la genuinità del testo si è svolta una controversia nella letteratura. Cfr. LENEL, O. *Das Edictum Perpetuum*. Leipzig, 1887, p. 437 id. *Zum Gaius von Oxyrhynchus*. - In: *Studi in onore di P. Bonfante*. Milano, 1931, I, p. 286; KARLOWA, O. *Römische Rechtsgeschichte*. Leipzig, 1885, II, p. 1295 ss.; LEVY, E. *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*. Berlin, 1918, I, p. 130 ss.; GIRARD, P. F. *Manuel élémentaire de droit romain*. Paris, 1908, p. 506.; KASER. *Das römische Privatrecht*. I<sup>2</sup>, p. 559.

dell' „*actio redhibitoria*” venne fissata in due mesi in caso di garanzia di vizi dello strumento per bestie da tiro, ma l'azione per il ribasso di prezzo poté essere intentata entro un anno dal momento, quando il contratto si effettuò.<sup>17</sup>

Il fatto che la condanna del venditore ripudiante i vizi della cosa venduta dava all' „*actio redhibitoria*” un aspetto penale, nonostante ciò che non era tale.<sup>18</sup> L'azione intentata per la riduzione del prezzo (*actio quanti minoris*) era un'azione estimatoria,<sup>19</sup> dato che prima di terminare il processo e pronunciare una sentenza il giudice (*arbiter*) doveva chiarire parecchie questioni ch'erano in connessione col valore della cosa.<sup>20</sup>

Come dappertutto nel mondo, così certamente anche in Roma antica spesso succedeva che il venditore voleva attirare l'attenzione alla cosa destinata a vendere ed in ispecie alle qualità di quella. Sulla base delle dichiarazioni fatte a tale scopo non si producevano generalmente obblighi che incombessero al venditore. La semplice lode della cosa in realtà non serve che ad eccitare ed esaltare la voglia del compratore, senza far nascere, però, conseguenze giuridiche. Ciò è espresso chiaramente già nelle fonti dell'epoca classica.

**D.21.1.9.3. (*Ulpianus libro I ad edictum aedilium curulium*)** Ea autem dicta sive promissa admittenda sunt, quaecumque sic dicuntur, ut praestentur, non ut iacentur.

Quanto alle dichiarazioni fatte dal venditore, di volta in volta si doveva esaminare la sua intenzione, se quella fosse solo un'offerta della cosa senza qualsiasi obbligo.<sup>21</sup> Da quello, cioè, che fu detto solo per richiamare l'attenzione — essendone parole vuote — non nacque nessun obbligo. Di fronte a questo la promessa fu tutt'altra: quella aveva le

---

<sup>17</sup> D.21.1.38.pr. (Ulp.) Cfr. PÓLAY, *op.cit.*, p. 65.

<sup>18</sup> PÓLAY, *op.cit.*, p. 43.

<sup>19</sup> D.21.1.38. (Gai), D.21.1.47. (Paolo) C'è una opinione, secondo la quale l' „*actio quanti minoris*” era di origine postclassica, anzi compilatoria. Cfr. MONIER, R. *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*. Paris, 1930, p. 172 ss.; id. *Manuel élémentaire de droit romain*. Paris, 1948, p. 161. Contro questa opinione v. PRINGSHEIM, F. *Das die Klage von den Kompilatoren auf Justinians Befehl... hineininterpoliert worden sei... scheint widerlegbar*. (Das Alter der aedilischen *actio quanti minoris*. - *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, (Rom. Abt.), 69, 1952, p. 234.

<sup>20</sup> PÓLAY, *op.cit.*, p. 55.

<sup>21</sup> ...*quae commendandi causa in venditionibus dicuntur... Quaedam etiam pollicitationes venditorem non obligant...* (D.19.1.43.pr.-1. - Florentino).

sue conseguenze giuridiche e perciò veniva fatto — secondo il diritto antico — nelle forme della „*stipulatio*”.

**D.21.1.19.2. (Ulpianus libro I ad edictum aedilium curulium)** *Dictum a promisso sic discernitur: dictum accipimus, quod verbo tenus pronuntiatum est nudoque sermone finitur: promissum autem potest referri et ad nudam promissionem sive pollicitationem vel ad sponsum...*

Se la dichiarazione del venditore non fosse fatta in una convenzione separata, sarebbe stato necessario l'esame e la considerazione del suo significato in riguardo alle qualità della cosa venduta.

Anche in questa relazione era valido il principio che la dichiarazione contrattuale dev'essere interpretata secondo la volontà delle parti contraenti. Così si doveva apprezzare, se la dichiarazione del venditore fosse una semplice lode della cosa, ovvero più di quella che doveva essere qualificata come promessa seria.

Su questo ci dà un chiarimento più dettagliato un passo di Ulpiano.

**D.21.1.19.pr. (Ulpianus libro I ad edictum aedilium curulium)** *Sciendum tamen est quaedam et si dixerit praestare eum non debere, scilicet ea, quae ad nudam laudem servi pertinent: veluti si dixerit frugi probum dicto audientem. ut enim Pedius scribit, multum interest, commendandi servi causa quid dixerit, an vero praestaturum se promiserit quod dixit.*

Dunque le dichiarazioni che non significavano che la lode dello schiavo venduto, non erano tali, delle quali si produssero obblighi. Così non incombravano obblighi a lui dalla sua asserzione che lo schiavo fosse bravo ed ubbidiente.<sup>22</sup> Generalmente in ogni caso doveva essere verificato, se il venditore fosse pronto ad adempire tutto ciò che aveva promesso.

---

<sup>22</sup> Dichiarazioni di tal genere non avevano una forza obbligatoria nemmeno secondo la giurisprudenza antica. Cfr. IMPALLOMENEI, *op.cit.*, p. 27.

Il compratore non poteva considerare come promessa solo la dichiarazione del venditore fatta coll'intento ch'egli assume l'obbligo di adempirla. Colui che ha venduto una cosa appartenente alla sfera dell' „*res mancipi*”, doveva garantire che il „*mancipium*” è senza vizio. Le qualità delle quali il venditore fu obbligato a fare dichiarazione, erano enumerate nell'editto degli edili.<sup>23</sup>

C'erano che ritenevano assolutamente vano la promessa, secondo la quale lo schiavo venduto è sano e non è ladro, dato che quello si riferisce ad un'assurdità. Eppure una tale promessa poteva essere giusta ed utile: il venditore poteva essere fatto responsabile per quella.<sup>24</sup> Dunque, se il venditore affermava che lo schiavo non fosse ladro, ma eppure più tardi si sarebbe dimostrato che sia ladro, il venditore dovrebbe essere tenuto responsabile, dato che la sua promessa doveva essere considerata come non mantenuta.<sup>25</sup>

Però, se il venditore avesse affermato che lo schiavo è maestro in qualche cosa, con ciò non avrebbe voluto dire ch'egli è perfetto nel mestiere, ma solo ch'egli n'è pratico in qualche modo.<sup>26</sup> Ma quanto alla pratica, il venditore era responsabile della sua relativa dichiarazione, specialmente in caso che per mezzo di quella voleva ottenere un prezzo più favorevole.<sup>27</sup>

Qualche volta poteva fare delle difficoltà anche la dichiarazione che lo schiavo non è fuggitivo o vagabondo. Queste due qualità, cioè, s'intrecciano. Il vagabondaggio significa un'allontanamento dall'ambiente del padrone senza il suo permesso. Ma il fatto di vagabondaggio non può significare una fuga.<sup>28</sup>

Quando il venditore afferma che lo schiavo è sano o non malato, spesso viene posta la questione, quale sia il caso, nel quale lo schiavo è malato e per conseguenza vizioso. La definizione della malattia fu tentata già da Sabino,<sup>29</sup> ma la giurisprudenza

---

<sup>23</sup> D.21.1.1.2., D.21.2.32.pr. (Ulp.).

<sup>24</sup> D.21.1.31. (Ulp.).

<sup>25</sup> D.21.1.17.2. (Ulp.).

<sup>26</sup> D.21.1.19.4. (Ulp.).

<sup>27</sup> D.18.1.43.pr. (Flor.), Sent. Pauli 2.17.6., D.19.1.13.4. (Ulp.) Cfr. IMPALLOMENI, *op.cit.*, p. 260.

<sup>28</sup> „...*fugitivum magnum erronem esse*” — secondo Labeone. (D.21.1.17.14.) La definizione di Ulpiano è come segue: „... *sed proprie erronem sic definimus: qui non quidem fugit, sed frequenter sine causa vagatur, et temporibus in res nuatorias consumtis serius domum redit.*” (D.21.1.17.14.).

<sup>29</sup> D.21.1.1.7.; Gellius Noctes Atticae 4.2.2.



voleva approssimarsi al concetto di quella per mezzo dell'enumerazione d'una serie di casi pratici. Secondo questo ad esempio lo schiavo che ha la febbre, poi il cieco, il balbettante<sup>30</sup> vennero qualificati malati. Sono considerate come malattie l'eccessiva timidezza, l'avarizia, l'avidità, l'iracondia,<sup>31</sup> la malinconia.<sup>32</sup> Sono qualificati come malati l'insolente, il gobbo, il curvo,<sup>33</sup> il malato del sonno,<sup>34</sup> colui di cui la lingua fu tagliata,<sup>35</sup> di cui mancavano più dita della mano o del piede,<sup>36</sup> il miope,<sup>37</sup> colui che aveva scrofola,<sup>38</sup> il mancino,<sup>39</sup> il tisico, l'epatico, il malato di bocca.<sup>40</sup> Il muto ed il furioso non erano nè a vendere, nè a comprare.<sup>41</sup> Non erano considerate, invece, come malattie ad esempio febbre leggera, la febbre intermittente in quattro giorni, la piccola ferita,<sup>42</sup> il piccolo mal di dente o d'orecchio, la piccola postema,<sup>43</sup> la scabbia,<sup>44</sup> la mancanza di dente,<sup>45</sup> la mascella di misura più grande,<sup>46</sup> lo zoppicamento.<sup>47</sup> Non era malattia, se lo schiavo fosse superstizioso, testardo,<sup>48</sup> giocatore ai dadi, goloso, truffatore, indolente, cavillatore,<sup>49</sup> parlante precipitadamente o difettosamente, loquace.<sup>50</sup>

I difetti mentali (*vitia animi*) d'uno schiavo non erano considerati come vizi, per i quali il venditore doveva rispondere. Il passo relativo del Digesto non rammenta che due eccezioni, e cioè, se lo schiavo fosse fuggitivo (*fugitivus*) o vagabondo (*erro*).

---

<sup>30</sup> D.21.1.1.7. (Ulp.).

<sup>31</sup> D.21.1.11. (Ulp.).

<sup>32</sup> D.21.1.11.2. (Ulp.).

<sup>33</sup> D.21.1.1.3. (Ulp.).

<sup>34</sup> D.21.1.4.5. (Ulp.).

<sup>35</sup> D.21.1.10.1. (Ulp.).

<sup>36</sup> D.21.1.10.2. (Ulp.).

<sup>37</sup> D.21.1.10.3. (Ulp.).

<sup>38</sup> D.21.1.10.12. (Ulp.).

<sup>39</sup> D.21.1.10.3. (Ulp.).

<sup>40</sup> D.21.1.12.4. (Ulp.).

<sup>41</sup> Sent. Pauli 2.17.11.

<sup>42</sup> D.21.1.1.9. (Ulpianus - Vivianus).

<sup>43</sup> D.21.1.4.5. (Ulp.).

<sup>44</sup> D.21.1.6.1. (Ulpianus - Trebatius).

<sup>45</sup> D.21.1.11. (Paulus.).

<sup>46</sup> D.21.1.12.1. (Ulp.).

<sup>47</sup> D.21.1.13. (Gaio.).

<sup>48</sup> D.21.1.1.9. (Ulpianus — Vivianus).

<sup>49</sup> D.21.1.4.2. (Ulpianus — Pomponius).

<sup>50</sup> D.21.1.10.5. (Ulp.).

**D.21.1.4.3. (Ulpianus libro I ad edictum aedilium curulium)...et ideo nominatim de errore et fugitivo excipitur, hoc enim animi vitium est, non corporis...**

Il testo genuino dev'essere modificato ch'è evidente dalle parole „et ideo”, le quali, cioè, generalmente mostrano l'intervento dei compilatori.<sup>51</sup> Pure non sembra verosimile che le espressioni „fugitivus” ed „erro” fossero inserite al cerchio degli „viti animi” solo per lo sviluppo postclassico. I vizi rammentati nel testo sono enumerati già da Labeone, da Celio e da Cassio.<sup>52</sup> Può essere discusso solo, se questi vizi fossero veramente malattie mentali. E' senza dubbio solo che non si tratta di vizi che sono visibili. Non si può poi supporre che all'epoca di Labeone o anche più tardi tali vizi fossero qualificati come vizi corporali. Oggigiorno questi sarebbero qualificati come vizi morali. Quindi, le parole „et ideo” in questione non attestano che la sostanza genuina del brano fosse modificata per l'opera dei compilatori giustiniani.

Certamente è difficile mettere un limite fra la malattia ed il vizio. Uno schiavo malato era ad ogni modo vizioso. Ma ciò non era vero in senso inverso, perchè uno schiavo vizioso non era in ogni caso anche malato.<sup>53</sup>

Ciò che in caso di compravendita d'uno schiavo venne passato per malattia, in caso di compravendita d'un animale non fu considerato sempre la stessa. Ad esempio un mulo castrato non era nè malato vizioso, dato che da questo suo stato nè la sua forza, né la sua efficienza non erano ridotte, altrimenti il mulo non è e non era mai capace a procreare posterità. La castrazione fece un animale vizioso solo in caso che in conseguenza esso diveniva imbecille. Però, se il venditore avesse conosciuto tale stato dello schiavo o dell'animale venduto, ma non lo avesse fatto sapere al compratore, quest'ultimo avrebbe potuto intentare una lite contro di lui.<sup>54</sup>

C'era dubbio, se il mulo fosse sano in caso che non fosse possibile a soggiogarlo. Secondo il parere di Pomponio anche un mulo tale doveva essere considerato sano, dato che la maggior parte della bestie da tiro non si lascia ad essere soggiogata.<sup>55</sup> In caso di

---

<sup>51</sup> Cfr. SCHULZ, F. *Einführung in das Studium der Digesten*. Tübingen, 1916, p. 34. ss.

<sup>52</sup> D.21.1.17.14., D.21.1.17.1-2. (Ulp.).

<sup>53</sup> Gellius Noctes Atticae 4.2.5. Cfr. WATSON, A. *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*. Oxford, 1965, p. 50.

<sup>54</sup> D.21.1.38.7. (Ulp.) Cfr. IMPALLOMENI, *op.cit.*, p. 77.

<sup>55</sup> D.21.1.38.8. (Ulp.).

compravendita d'un tiro di muli, se uno degli animali fosse vizioso, si doveva partire dal punto che il tiro aveva meno valore in conseguenza di vizio d'un animale che apparteneva al tiro.<sup>56</sup> Gli animali venduti a coppia non potevano essere separati, specialmente se appartenessero ad un tiro. Simile era il caso degli animali che appartenevano ad un tiro a quattro. Non potevano essere separati gli istrioni (*tragoedi*) o ballerini (*mimi*) che appartenevano alla stessa compagnia.<sup>57</sup>

Scopo dell'editto edilizio era a difendere i compratori anche contro la leggerezza dei venditori. Ecco, perchè i venditori dovevano adempire ai loro doveri in caso di vizi delle cose vendute che non erano consciuti dai compratori.

**D.19.1.13.3. (Ulpianus libro XXXII ad edictum)** *Quid tamen si ignoravit quidem furem esse, adseveravit autem bonae frugi et fidum et caro vendidit? videamus, an ex empto teneatur, et putem teneri. Atqui ignoravit, sed non debuit facile quae ignorabat adseverare. inter hunc igitur it qui scit praemonere debuit furem esse, hic non debuit facilis esse ad temerariam indicationem.*

Dunque, se il venditore non sapeva che lo schiavo venduto fosse un ladro e lo vendeva come un benevole, sarebbe stato responsabile della sua dichiarazione inconsiderata. Il compratore poteva intentare un' „*actio empti*” contro di lui.<sup>58</sup> E' diversa la situazione, se il venditore consapevolmente avesse detto qualcosa dal carattere dello schiavo che non corrispondeva alla realtà.

**D.19.1.13.4. (Ulpianus libro XXXII ad edictum)** *Si venditor dolo fecerit, ut rem pluris venderet, puta de artificio mentitus est aut de peculio, empti eum iudicio teneri, ut praestaret emptori, quanto pluris servum emisset, si ita peculiatus esset vel et artificio instructus.*

---

<sup>56</sup> D.21.1.30.13. (Ulp.).

<sup>57</sup> D.21.1.38.14. (Ulp.) Cfr. IMPALLOMENEI, *op.cit.*, p. 81.

<sup>58</sup> Cfr. IMPALLOMENEI, *op.cit.*, p. 260-261.; quanto ai sospetti d'interpolazione v. PARTSCH, J. Recensione del libro di HAYMANN, F. *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache. - Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, (Rom. Abt), 33, 1912) „. 611.

Nel caso riferito il venditore a scopo di ottenere un prezzo più alto dello schiavo mentì della sua qualità e sostenne ch'egli fosse esperto in un mestiere, sebbene sapeva che ciò non corrispondeva alla realtà. In questo caso il compratore poteva intentare un' „*actio empti*” contro il venditore ed oltre a questo gli competeva anche un' „*actio de dolo*”.<sup>59</sup>

**D.4.3.37. (Ulpianus libro XLIV ad Sabinum)** *Quod venditor ut atque promissum est; si vero decipiendi neque dictum atque promissum est; si vero decipiendi emptoris causa dictum est, seque sic habendum est, ut non nascatur adversus dictum promissumve actio, sed de dolo actio.*

Era responsabile il venditore anche in caso ch'egli aveva tenuto in silenzio qualche vizio sostanziale della cosa venduta di cui il compratore non era al corrente.

**D.18.6.9. (Gaius libro X ad edictum)** *Si post inspectum praedium, antequam emptio contraheretur, arbores vento deiectae sunt, an hae quoque emptori tradi debeant, queritur: et responsum est non deberi, quia eas non emerit, cum ante quam fundum emerit, desierint fundi esse. sed si ignoravit emptor deiectas esse arbores, venditor autem scit nec admonuit, quanti emptoris interfuerit rem aestimandam esse, si modo venit.*

Fu sorta la questione degli alberi trovatesi sul fondo venduto che prima di essere comprato — fossero abbattuti dal vento. Si domandava, se il venditore avesse dovuto mettere gli alberi alla disposizione del compratore. La risposta era negativa dato che gli alberi, quando il fondo fu comprato, non appartenevano più a quello. Però, se il compratore non avesse conosciuto il fatto che gli alberi furono già abbattuti, il venditore, invece, lo avesse saputo, ma pure non avesse richiamato l'attenzione del compratore su questo, avrebbe dovuto risarcire il danno subito e la misura del danno doveva essere stimata.

Per il compratore era indifferente, qual'era la causa ch'egli faceva un cattivo affare.

---

<sup>59</sup> Si tratta d'un caso simile anche nella decisione di Pomponio D.19.1.6.8. Cfr. PARTSCH, *op.cit.*, p. 610 e IMPALLOMENEI, *op.cit.*, p. 262.

**D.21.1.1.2. (Ulpianus libro I ad edictum aedilium curulium) ...dummodo sciamus venditorem, eiamsi ignoravit ea quae aediles praestari iubent, tamen teneri debere. nec est iniquum: potuit enim ea nota habere venditor: neque enim interest emptoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate.**

La conseguenza delle dichiarazioni del venditore fatte inconsideratamente erano, dunque, le stesse come di quelle fatte senza conoscenza della realtà. E'indubbio, invece, che in questi ultimi casi la base della responsabilità era la sua dichiarazione infondata, cioè la sua condotta negligente.

Il venditore era responsabile — secondo Ulpiano — se egli sapesse che lo schiavo venduto è ladro, ma di questo non avesse richiamato l'attenzione del compratore.<sup>60</sup> In tal caso — dato che la sua condotta mirava a truffare il compratore — in conseguenza della sua mala fede egli era responsabile (*de dolo*) per le qualità sfavorevoli.<sup>61</sup> In caso ch'egli avesse promesso in mala fede una qualità di qualsiasi cosa venduta, nella lite intentata in seguito a mancanza di questa dovrebbe essere preso in considerazione tutto quello ch'è avvenuto come svantaggio al compratore.<sup>62</sup>

Sul vizio o sulla malattia dello schiavo o dell'animale il compratore venne informato per segnalazioni adatte che servivano ad impedire che il compratore ne sia ignorante. In caso di tale segnalazione il compratore non poteva intentare una lite contro il venditore sulla base dell'editto edilizio.<sup>63</sup> Il venditore non era impiegato sulla base della sua dichiarazione, la quale evidentemente non era conforme alla realtà visibile. Ad esempio se lo schiavo venduto fosse tenuto in ceppi o legato, l'asserzione ch'egli non è fuggitivo, non dovrebbe essere presa in considerazione.<sup>64</sup> Ugualmente non contava la sua asserzione, secondo la quale lo schiavo sia sano, in caso che si poteva vedere ch'egli è cieco.<sup>65</sup> Queste qualità erano, cioè, tanto manifeste, che le dichiarazioni opposte del

---

<sup>60</sup> D.19.1.13.1. (Ulp.).

<sup>61</sup> D.4.3.37. (Ulp.) Cfr. IMPALLOMENEI, *op.cit.*, p. 37 e BRUTTI, M. *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*. Milano, 1973, p. 47.

<sup>62</sup> D.19.1.6.8. (Pomponio).

<sup>63</sup> D.21.1.1.6. (Ulp.).

<sup>64</sup> D.21.1.48.3. (Ulp.).

<sup>65</sup> D.18.1.43.1. (Flor.).

venditore sulla salute non potevano essere prese in considerazione ed egli non era responsabile di queste. Ma in caso di lite naturalmente egli doveva dimostrare che non fosse di mala fede. La mala fede, però doveva essere constatata non solo in caso che la dichiarazione del venditore fosse abbuaiata, ma anche se egli avesse passato qualcosa sotto silenzio, avendo l'intenzione d'ingannare il compratore.<sup>66</sup>

La responsabilità per la qualità promessa sorgeva anche in caso della vendita di altre cose mobili. Ad esempio il venditore era responsabile per la capacità di peso e di misura del recipiente promessa da lui.<sup>67</sup> In caso di vendita di vino tenuto in botte il venditore, se avesse assunto la responsabilità della qualità del vino, avrebbe dovuto edempire a questi suoi doveri. Però, se egli non avesse assunto tale obbligo, sarebbe stato il compratore che doveva correre il pericolo della corruzione del vino. Ma se il venditore avesse conosciuto che la qualità non durerà fino al tempo, quando il vino dovrebbe essere portato via da lui e su questo non avesse richiamato l'attenzione del compratore, le conseguenze del mutamento qualitativo avrebbero dovuto toccare a lui.<sup>68</sup>

In caso di vendita d'un fondo, il venditore era responsabile della promessa estensione e qualità di quello. Se il fondo venduto si fosse provato meno, o la parte del fondo, la quale venne affermata che fosse vigneto od oliveto si fosse provata meno di quello che venne promesso dal venditore, il compratore avrebbe potuto intentare una lite contro il venditore.<sup>69</sup> Se il fondo venduto fosse stato insalubre ed il venditore non avesse richiamato l'attenzione del compratore che sul fondo fossere erbe velenose, egli si fosse esposto ad una lite del compratore intentata per l'annullamento del contratto (*actio redhibitoria*) a causa del vizio del fondo.<sup>70</sup>

Le qualità rammentate spesso nelle fonti come necessariamente inerenti alle cose vendute si ripetono nei papiri d'Egitto, specialmente in quelli che sono oriundi dal secolo III e IV. Secondo il contenuto di questi papiri il venditore ha garantito che l'animale venduto

---

<sup>66</sup> D.18.1.43.2. (Flor.).

<sup>67</sup> D.19.1.6.4. (Pomp.).

<sup>68</sup> D.18.6.16. (Ulp.).

<sup>69</sup> D.19.1.4.pr. (Paul.), Sent. Pauli 2.17.4. Cfr. IMPALLOMENEI, *op.cit.*, p. 243.

<sup>70</sup> CJ.4.58.4.1. (Diocl. et Max.).

è intatto e sano (*hygies kai hasin*), cioè è privo di qualsiasi vizio occulto,<sup>71</sup> ovvero lo schiavo venduto è tale che non si deve temere per la sua fuga o per il suo vagabondaggio.<sup>72</sup>

Il carattere dello schiavo che non avesse l'abitudine di fuggire dal suo padrone, poteva essere anche provata.

**CJ.4.58.3.pr.- 1. (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Aurelio Muciano) Si apud priorem dominum fugisse mancipium non doceatur, fuga post venditionem interveniens ad damnum emptoris pertinet. Sin autem venditor non vitiosum etiam in posterum fieri servum temere promiserit, quamvis hoc impossibile esse videtur, secundum fidem tamen antecedentia vel in continenti secuti pacti experiri posse non ambigitur posteriore enim casus non venditoris, sed emptoris periculum spectant.**

Se il venditore avesse affermato che lo schiavo venduto è senza vizi, ma su questo fosse sorto un dubbio, egli avrebbe dovuto provare per fatti anteriori che la sua affermazione è corretta e che lo schiavo non scapperà. Se nell'ambiente del venditore solo una volta accadeva che lo schiavo scappava, questo fatto bastava come prova che lo schiavo è fuggitivo. Ma se dall'ambiente del venditore lo schiavo non fu fuggito mai, il pericolo della sua fuga doveva correre il compratore.<sup>73</sup>

Però, dallo stesso periodo s'incontra un papiro, nel quale in occasione d'una compravendita manca la garanzia discussa.<sup>74</sup> Si spunta la questione, se la parti non avessero tenuto la garanzia come una condizione inerente del contratto che s'intende da sé anche senza stipulazione a parte. In realtà tale volontà delle parti non doveva più essere espressa nel contratto.

---

<sup>71</sup> Ciò si legge in un papiro dell'anno 289, nel quale si tratta della vendita d'un camello (BGU 13.) MITTEIS, L. *Grundzüge und Chrestomatie der Papyruskunde*. Leipzig-Berlin, 1912, II/2, № 265.

<sup>72</sup> Ciò è da leggere in un papiro oriundo di Fay'um dal tempo fra 337-350 d. C., nel quale si tratta della vendita d'uno schiavo. Cfr. TAUBENSCHLAG, R. *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri*. Warszawa, 1955, p. 233, p. 335 e PRINGSHEIM, F. *The Greek Law of Sale*, p. 457.

<sup>73</sup> Cfr. PRINGSHEIM. *The Greek Law of Sale*, p. 457 e IMPALLOMENEI, *op.cit.*, p. 31.

<sup>74</sup> P Ryl VI 709. TAUBENSCHLAG, V. *Survey of papyri 1951-1952*. - *Journal of Juristic Papyrology*, 6, 1952, p. 301.

I principi sviluppati nella pratica edilizia restarono in vigore nell'epoca postclassica. Ci lascia supporre il fatto che al corso della codificazione le tesi relative furono inserite alle parti convenienti del Codice e del Digesta di Giustiniano.<sup>75</sup> La serie di queste tesi fu completata nell'epoca postclassica per un rescritto imperiale dell'anno 386.

**CJ.4.58.5. (Imppp. Gratianus Valentinianus et Theodosius AAA. Nebridio PU)**

*Habito semel bonae fidei contractu mancipioque suscepto et pretio soluto ita demum repetendi pretii potestas est ei qui mancipium comparaverit largienda, si illud quod dixerit fugitivum poterit exhibere. hoc enim non solum barbaris, sed etiam in provincialibus servis iure praescriptum est.*

Il rescritto fu indirizzato probabilmente ad un questore provinciale. Nelle province, cioè, erano i questori che ebbero — com'è noto — la funzione del magistrato di mercato.<sup>76</sup> I diritti del compratore alla rivendicazione di prezzo delle cose comprate venivano allargati, dato ch'egli poteva richiedere anche l'esibizione dello schiavo fuggitivo. E questo diritto esisteva infatti anche agli schiavi di provincia.

Prendendo tutto questo in considerazione viene posta la questione, perchè non si sviluppasse la struttura della responsabilità contrattuale? La risposta può essere data partendo dallo scopo della garanzia romana. Scopo di quella era, cioè, l'assicurare della qualità stipulata e non quello della responsabilità del venditore all'adempimento fissato nel contratto. Da questo punto di vista per il compratore era uguale perchè mancasse la qualità promessa della cosa comprata: se la causa ne fosse il dolo ovvero la negligenza del venditore.

### III.

Quanto allo sviluppo postclassico delle norme relative alla garanzia nella letteratura giuridica ci sono ancora questioni discusse.

---

<sup>75</sup> D.21.1.; CJ.4.58. Anzi le tesi sviluppate venivano estese a tutte le cose vendute. (Cfr. KASER. *Das römische Privatrecht*. II<sup>2</sup>, München, 1975 p. 393).

<sup>76</sup> Gai inst. comm. 1.6.



Intorno all'espressione „*dictum promissumve*” (D.21.1.1.1.) era discusso che cosa fosse, per la quale il venditore era responsabile. Ambedue parole riguardano alle qualità che furono promesse formalmente o senza formalità, cioè per mezzo d'una stipulazione (*promissum*) o senza quella (*dictum*); il venditore doveva assumere la responsabilità per tutte e due. C'è una opinione che il „*dictum*” voleva significare il „*dictum in mancipio*” apparteneva all'antico contenuto del contratto e solo più tardi venne interpolato al testo originale.<sup>77</sup> Però, se all'epoca postclassica ovvero nel corso della codificazione giustiniana fosse già nel testo effettivamente il „*dictum in mancipio*”, quello sarebbe stato cancellato dai compilatori, essendo già antiquato. Il „*dictum*” ed il „*promissum*” potevano essere inseriti contemporaneamente nel testo dell'editto edilizio e lo scopo era in realtà l'allargamento della base della responsabilità del venditore.<sup>78</sup> Non è da accettare, dunque, l'opinione, secondo la quale la responsabilità „*ex dicto*” fosse una responsabilità obiettiva e quella non venisse creata che dai compilatori di Giustiniano.<sup>79</sup> In questi rapporti la codificazione non fece nessun cambiamento.<sup>80</sup>

Nel corso dell'epoca postclassica le norme che erano sviluppate nella pratica edilizia riguardo alle vendite di schiavi e di bestie da tiro, parallelamente allo sviluppo della compravendita consensuale venivano estese anche agli altri casi di vendita. Conformemente a questa situazione anche le norme relative alla garanzia del venditore andavano ad avere un contenuto simile nella codificazione giustiniana. Il compratore — a sua scelta — poteva eseguire in sei mesi dopo la stipulazione del contratto l'annullamento (*actio redhibitoria*), ovvero fra un anno la riduzione del prezzo (*actio quanti minoris*)<sup>81</sup> in caso che il venditore non avesse messo al corrente dei vizi della cosa venduta che doveva far sapere, ovvero a bella posta lo aveva ingannato, o le sue dichiarazioni relative alla perfezione od alle qualità favorevoli della cosa (*dicta, promissa*) non erano vere.<sup>82</sup>

---

<sup>77</sup> Cfr. MONIER, *op.cit.*, p. 55. e PARTSCH, *op.cit.*, p. 600 ss.

<sup>78</sup> Quanto alla discussione sulle interpolazioni del testo D.21.1.1.1. v. HAYMANN, F. *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache*. Berlin, 1912, p. 113 ss.; PARTSCH, *op.cit.*, p. 600 e PRINGSHEIM. *Das Alter der aedilischen actio quanti minoris*, p. 258.

<sup>79</sup> HAYMANN, *op.cit.*, p. 114.

<sup>80</sup> IMPALLOMENI, *op.cit.*, p. 261.

<sup>81</sup> D.21.1.1. (Ulp.), D.21.1.31.pr. (Ulp.).

<sup>82</sup> D.21.2.31. (Ulp.) v. su tutto ciò LEVY, E. *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*. Weimar, 1956, p. 223 e KASER. *Das römische Privatrecht*. II<sup>2</sup>, p. 392.

Accanto a queste azioni anche l'„*actio de dolo*” stava alla disposizione del compratore e cioè a dire il venditore riguardo alla perfezione della cosa venduta lo avesse tratto in inganno od avesse assunto la responsabilità per la perfezione o per certe qualità di quella.<sup>83</sup> Oltre a questo il venditore era responsabile anche se di buona fede egli avesse venduto la cosa viziosa, come senza vizio.<sup>84</sup> In questi casi il venditore — riguardo alla sua buona fede — era obbligato a risarcire il danno del compratore o diminuire prezzo.<sup>85</sup> Così le due azioni edilizie diventavano superflue, ma nondimeno rimanevano nelle fonti ch'era in connessione collo stima e colla devozione di Giustiniano verso la giurisprudenza classica.<sup>86</sup> Questo era così specialmente nella sfera della „*stipulatio duplae*”.<sup>87</sup>

C'è una opinione, secondo la quale sulla base della promessa fatta dal venditore (*ex dicto*) fu sorta un'obbligazione obiettiva, ma tale responsabilità obiettiva non venne introdotta che dai compilatori di Giustiniano.<sup>88</sup> Tale opinione, però, può essere accettata difficilmente.<sup>89</sup>

Le responsabilità basata sul dolo, cioè, non è mai di carattere obiettivo, perchè è la conseguenza della condotta contraria alle leggi. Sembra di essere più giusta, dunque, l'opinione, secondo la quale in tal caso si tratti di colpa (*culpa*). Cioè, se il venditore avesse fatto una dichiarazione sulla qualità della cosa venduta senza che si fosse convinto della verità, la sua condotta si qualificava senza dubbio negligente.

Nelle fonti citate si tratta della condotta del venditore intenzionata ad informare incorrettamente il compratore, cioè, a deluderlo. L'intenzione del venditore era liberarsi della cosa da vendere ovvero — forse — avere il prezzo il più alto che possibile. Il venditore era responsabile di questa sua condotta dolosa e la sua responsabilità era delittuale. Se in seguito alla sua dichiarazione sorgesse un danno, ciò era la conseguenza del suo dolo e la pretesa del compratore a risarcire il suo danno poteva essere eseguito

---

<sup>83</sup> D.4.3.37. (Ulp.).

<sup>84</sup> D.19.1.13.pr. (Ulp.), D.18.1.45. (Marcianus, Labeo, Trebatius, Pomponius, Iulianus).

<sup>85</sup> .19.1.11.3.-5. (Ulp.), D.21.1.1.pr. (Ulp.).

<sup>86</sup> KASER. *Das römische Privatrecht*. II<sup>2</sup>, p. 394.

<sup>87</sup> Const. Tanta 5. Cfr. LEVY, *op.cit.*, p. 224.

<sup>88</sup> Cfr. HAYMANN, *op.cit.*, p. 113-114.

<sup>89</sup> V. IMPALLOMENI, *op.cit.*, p. 240, p. 261.

per l'„*actio de dolo*”.<sup>90</sup> Ciò era anche la conseguenza della condotta tendenziosa del venditore.<sup>91</sup>

E' da notare, però, che nelle fonti — accanto al dolo del venditore — non fu messo mai sul tappeto la sua negligenza, benchè oltre il dolo si fosse già sviluppato anche il sistema dei gradi della condotta colpevole. E' ovvio che la dichiarazione infondata in riguardo alla qualità della cosa venduta poteva contenere anche gli elementi della negligenza.

E' sorta una discussione nella letterature giuridica anche intorno al tempo dell'origine dell'„*actio quanti minoris*”. Alcuni supponevano che l'origine di questa dovrebbe essere datata all'epoca classica,<sup>92</sup> anzi a quella preclassica,<sup>93</sup> altri invece, ritenevano che tale azione fosse creata solo da Giustiniano,<sup>94</sup> e che la sua origine dovrebbe essere datata dal tempo, quando l'effetto dell'azione edilizia venne estesa a tutte le cose che potevano essere oggetti di vendita.

Ma all'origine postclassica od appunto giustiniana dell'„*actio quanti minoris*” non ci sono prove accettabili a disposizione. Le fonti contengono argomenti piuttosto a favore dell'ipotesi che quest'azione esisteva già all'epoca classica, anzi fosse compresa già nell'editto edilizio. Così manca la base ad accettare l'idea, secondo la quale l'„*actio quanti minoris*” non sia d'origine classica e che la opinione dominante nella letteratura giuridica debba essere lasciata cadere.

Anche i papiri oriundi dall'epoca postclassica c'informano che la garanzia del venditore oltre gli schiavi e le bestie da tiro si trovava già estesa anche ad altre cose vendute.<sup>95</sup> Da questi risulta che l'estensione della garanzia fu compiuta prima dell'epoca postclassica ed in ogni caso prima della codificazione giustiniana. La codificazione non ebbe fissato che la situazione sviluppata già lungo tempo nella pratica e non fece che solo

---

<sup>90</sup> D.4.3.37. (Ulp.).

<sup>91</sup> D.19.1.6.4. (Pomp.)

<sup>92</sup> BECHMANN, A. *Der Kauf nach gemeinem Recht*. Erlangen, 1876, I, p. 408.; KARLOWA, O. *Römische Rechtsgeschichte*. Leipzig, 1885, II, p. 1291 e ARANGIO-RUIZ, V. *La compravendita nel diritto romano*. Napoli, 1956, p. 381 ss.

<sup>93</sup> PRINGSHEIM, F. *Das Alter der aedilischen actio quanti minoris*, p. 234. ss.

<sup>94</sup> MONIER, V., *op.cit.*, p. 170 ss. e SCHULZ, F. *Classical Roman Law*. Oxford, 1951, p. 537.

<sup>95</sup> Tali elementi si trovano ad esempio dell'anno 289 in BGU 13 (= MITTEIS, Chrest. 265), dell'anno 359 d. C. in BGU 316 (=MITTEIS, Chrest. 271), dell'anno 499 d. C. P Oxy 1974. Cfr. PRINGSHEIM. *The Greek Law of Sale*. p. 487., p. 491, p. 493.

le modifiche necessarie, le quali furono eseguite per mezzo d'interpolazione nei testi delle fonti più antiche.<sup>96</sup> Così le norme sviluppate nella pratica anteriore divennero componenti del diritto giustiniano.

Infine c'è l'ipotesi che fosse un'innovazione giustiniana, la quale stabilì per mezzo delle interpolazioni la responsabilità obiettiva del venditore e così le azioni „*redhibitoria*” e „*quanti minoris*” ebbero applicazione generale. Una serie delle fonti è per conseguenza ritenuta interpolata.<sup>97</sup> La codificazione di Giustiniano era che stabilì — fra l'altro — la responsabilità del venditore per ogni vizio occulto e la responsabilità obiettiva per le dichiarazioni inesatte del venditore.<sup>98</sup> Ma la responsabilità obiettiva — in quadro della garanzia della cosa venduta — difficilmente può essere messa in connessione con una condotta ch'è ovviamente dolosa.

Comunque è senza dubbio che nel principio il venditore promise certe qualità della cosa venduta con parole solenni e la compravendita si effettuò conformemente a queste. Il contratto fu pattuito, dunque, fra le condizioni promesse secondo la parole del venditore ed egli dovette adempiere le sue promesse. La cosa venduta dovette essere adeguata alle promesse del venditore. Le qualità promesse erano che fecero la cosa adatta che il compratore possa farne uso secondo la sua destinazione. Se la cosa non fosse adatta alle esigenze, non corrispondesse alle promesse fatte dal venditore ed alle supposizioni del compratore fondate su quelle dichiarazioni, cioè mancassero le qualità promesse e necessarie, essa non potrebbe essere adeguata ai punti di vista del compratore ed in conseguenza dovrebbe essere qualificata come viziosa.

Le relative norme romane si sviluppavano nel diritto classico sulla base delle esigenze pratiche con una minuziosa versatilità. Le esigenze della convenienza erano ben conosciute così che su queste la convenzione delle parti contraenti di volta in volta non era necessaria. Se la cosa da vendere non fosse adatta ad una o all'altra delle esigenze generali secondo l'ordine di mercato, il venditore avrebbe dovuto richiamare l'attenzione dei compratori per segnalazioni convenienti. Tutto ciò faceva superfluo che le

---

<sup>96</sup> D.21.1.63. (Ulp.), CJ.4.58.4. (Diocl. et. Max.) Cfr. PRINGSHEIM. *The Greek Law of Sale*, p. 496.

<sup>97</sup> D.21.1.1.pr., D.21.1.62., D.21.1.63. (Ulp.), D.21.1.49. (Pomp.), D.5.3.20.19., D.50.16.195.3. (Ulp.), CJ.4.58.4.1. (Diocl. et Max.); Cfr. IMPALLOMENI, *op.cit.*, p. 265. ss.; HAYMANN, *op.cit.*, p. 37 ss. e MONIER, *op.cit.*, p. 162. ss.

<sup>98</sup> IMPALLOMENI, *op.cit.*, p. 272.

parti includano nel contratto la loro convenzione sulle qualità e sulla perfezione della cosa venduta. Il venditore dovette richiamare l'attenzione del compratore solo alla mancanza delle qualità generalmente richieste. Una clausola speciale non era necessaria nè in iscritto nè in forma orale.

#### IV.

Riassumendo bisogna constatare che le norme della garanzia sviluppate nell'epoca classica rimanevano preponderantemente immutate anche nell'epoca postclassica e così furono inserite alla materia codificata. Una parte notevole di questo materiale tira le sue origini ancora dall'editto degli edili curuli.

Per l'impegno di garanzia la „*stipulatio*” e le sue formalità solenni non erano necessarie. Tale obbligo faceva parte inerente del contratto di compravendita.

Tornando ora alla teoria di Salvatore Riccobono, in occasione della codificazione i compilatori non avevano come compito che raccogliere, riprendere, aggiornare e ricomporre le norme relative alla garanzia che si trovavano elaborate nell'editto degli edili curuli e per l'opera della giurisprudenza e completarle con qualche tesi nuove oriunde dall'epoca postclassica. Così si può dire che nel diritto giustiniano intorno alla garanzia era dominante la volontà delle parti contraenti e che quest'ordine è a ricondurre già allo sviluppo nell'epoca classica.

## НЯКОИ РАЗСЪЖДЕНИЯ ПО ТЕМАТА ЗА ДВОЙНАТА ПРОДАЖБА A NON DOMINO ВЪРХУ D. 19.1.31.2 И D. 6.2.9.4\* (НА БЪЛГАРСКИ ЕЗИК)

**Доц. д-р Салваторе Антонио Кристалди**

Университет Коре, Ена, Италия

**Резюме:** Авторът изследва два фрагмента – D. 19.1.31.2 от Нераций и D. 6.2.9.4 от Улпиан, в които се разглежда проблема във връзка с определянето на единия от двамата купувачи, който трябва да получи защита преимуществено пред другия купувач, тогава когато вещта е купена от две различни лица, но от един и същ продавач или от двама продавачи, които не са собственици. Авторът се спира на казуса с покупката от двама продавачи, тъй като в тази връзка съществуват множество различни мнения на юристите, които са обяснени по нееднакъв начин от учените. Авторът предлага една статия, насочена към изясняването на термините и понятията, именно поради наличието на съществена разнородност на мненията.

**Ключови думи:** emptio-venditio; dominus; non dominus; Ulpianus; Neratius; Iulianus; actio Publiciana.

---

\* Статията със заглавие „In tema di doppia vendita a non domino: alcune considerazioni su D.19.1.31.2 e D.6.2.9.4“ е публикувана в *Cultura giuridica e diritto vivente. Rivista on line del Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Urbino Carlo Bo*, 7 (2020) на <https://journals.uniurb.it/index.php/cgdv/article/view/2394/2139> и е предоставена за превод на български език с изричното съгласие на автора и издателя.

## THE DOUBLE SALE A NON DOMINO: REMARKS ON D.19.1.31.2 AND D.6.2.9.4 (BULGARIAN LANGUAGE)

**Assoc. prof. Salvatore Antonio Cristaldi**

Kore University of Enna, Italy

**Abstract:** The author examines two fragments of the Digest of Justinian – D. 19.1.31.2 by Neratius and D. 6.2.9.4 by Ulpian, where it is considered the problem regarding the individualization of one of two buyers who has to have legal protection with privilege compared to the other buyer, when the thing is bought by two different persons but from the same seller or by two sellers who are not owners. The author makes a research on the case with the sale by two sellers, because there are plenty of different opinions of the Roman jurists, which are explained not at the same way by Roman law scholars. The presented article is directed to the clarification of the terms and notions because of the essential heterogeneity of the opinions.

**Keywords:** emptio-venditio; dominus; non dominus; Ulpianus; Neratius; Iulianus; actio Publiciana.

## 1. Предговор

По темата за продажбата на чужда вещь до нас са достигнали две свидетелства, които винаги са били обект на специално внимание от страна на учените<sup>1</sup>. Става въпрос за два фрагмента – от Нераций и от Улпиан, който пък от своя страна цитира и становище на Юлиан. Тези два текста се отнасят до случай на двойна продажба от неособственик (*a non domino*), в тях се засяга въпросът за посочването на това кой от двамата купувачи трябва да получи защита, тогава когато са налице две лица, които са купили от един и същи продавач или от двама различни продавачи, които не са собственици<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Ограничавам се да спомена основната литература: POTIER, R.J. *Trattato del diritto e dominio di proprietà*. II. Milano, 1810, p. 63 ss.; VON SAVIGNY, F.V. *Sistem des heutigen Römischen Rechts*. Berlin, 1848, p. 308, n. m; VON VANGEROW, C.A. *Lehrbuch der Pandecten*. I. Marburg und Leipzig, 1863, p. 670 ss.; APPLETON, CH. *Histoire de la propriété prétorienne et de l'action Publicienne*. II. 1889, p. 17 ss.; CARUSI, E. *L'azione Publiciana in diritto romano*. Roma 1967 (ed. anast. Roma 1889), p. 188 ss.; EHRHART, A. *Iusta Causa Traditionis. Eine Untersuchung über den Erwerb des Eigentums nach römischem Recht*. Berlin, 1930, p. 19 ss.; KASER, M. *In bonis esse*. – ZSS, 78, 1961, 188 ss.; GREINER, R. *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*. Karlsruhe, 1973, p. 22 ss.; APATHY, P. *Die actio Publiciana beim Doppelkauf vom Nichteigentüme*. – ZSS, 99, 1982, p. 158 ss.; DI LELLA, L. *Formulae ficticiae. Contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto*. Napoli, 1984, p. 104 ss.; GARCÍA GARRIDO, M. J. *Similitudines e interpretación jurisprudencial en un caso de venta a non domino de un fundo ajeno*. – In: *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Prof. F. Gallo*. I. Napoli, 1997, p. 275 ss.; CUESTA SAENZ, J. M. *La acción Publiciana*. Madrid, 1984, p. 78; MEIFELD, J. *Die aequitas bei L. Neratius Priscus*. Trier, 1991, p. 32 ss.; THIELMANN, G. *Nochmals: Doppelveräußerung durch Nichtberechtigte - D.19.31.2 und D.6.2.9.4*. - ZSS, 111 (1994), p. 197 ss.; VACCA, L. *Il c.d. duplex dominium e l'actio Publiciana, in Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*. – In: *Materiali per un corso di diritto romano*. Torino, 1997, p. 107 ss.; EAD. *La doppia vendita e la rilevanza dell'affidamento nella casistica della giurisprudenza romana*. – In: *Le situazioni affidanti (a cura di M. LUPOLI)*, Torino, 2016 и цера в *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustiniani*. Padova, 2006, p. 609 ss.; EAD. *Osservazioni in tema di actio Publiciana e acquisto a non domino*. – In: *Scritti per A. Corbino*, Lecce, 2016, p. 331 ss.; TORRES, M.J. *Doble venta y venta a non domino: del derecho romano al derecho comunitario europeo*. – In: *Ridrom*, abril 2014, p. 193 ss.; WUBBE, F. *Luchtledige Rechtswetenschap*. – In: *Ex iusta causa traditum. Essays in honour of Eric Pool*. Pretoria, 2005, p. 434 ss.

<sup>2</sup> Двете свидетелства допускат действителността на продажбата на чужда вещь. По този повод вж. D. 18.1.28 (Ulp. 41 *ad Sab.*): *Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio: sed res emptori auferri potest. Nulla dubitatio est*, като юристът приема, че покупката и продажбата са валидни, но вещта може да бъде отнета от купувача впоследствие при евентуална успешна ревандикация от собственика - *dominus*. По отношение на автентичността на този текст има известни съмнения. Припомням, че според BESELER, G. *Romanistische studien*. – TR., 8 (1928), p. 288, трябва да се премахне „*nam-fin*“ и



Интересът на учените е насочен главно към покупката от двама продавачи-несобственици, тъй като точно при тази хипотеза се пораждаат множество различия в становищата на Нераций и на Юлиан, а така също и на Улпиан, който показва, че се придържа към мнението на цитирания от него юрист.

## 2. Сведенията от D. 19.1.31.

Откъсът от Нераций откриваме в:

D. 19.1.31.2 (Ner. 3 Membr.): *Uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emptio venditioque sine dolo malo fieret, traditaque est: sive ab eodem emimus sive*

---

да се постави „*distrahi posse*“ на мястото на „*distrahere quem posse*“. Противоположно е мнението на SCARLATA FAZIO, M. *Appunti esegetici in tema di vendita di cosa altrui*. – *RISG.*, 14, 1939, p. 217. Според някои учени обаче, първоначално юристът не разглежда изследвания от нас въпрос. Всъщност този фрагмент най-вероятно е плод от намесата на юстиниановите компилатори, защото в оригиналния контекст юристът от епохата на Северите разглежда *venditio pignoris* от страна на неудовлетворения заложен кредитор (така DAUBE, D. *Generalisations in D. 18.1. de contrahenda emptione*. – In: *Studi Arangio Ruiz*, 1, Milano, 1953, p. 186 ss.). Тази теза, без някои малки изключения [M. TALAMANCA. voce „*Vendita*“ (*Diritto romano*). – In: *Enc. dir.*, 46, 1993, p. 338] не намира отзвук в доктрината. И все пак остава фактът, че свидетелствата в източниците, които потвърждават валидността на продажбата на чужда вещ са твърде много, за да бъдат сметени всички, че са продукт на интерполация от страна на юстиниановите юристи. Действителността на подобна продажба се обяснява именно като си дадем сметка точно за задълженията на продавача по римската *emptio-venditio* (която, както е ясно, е съвършен двустранен и консенсуален договор). В класическото римско право за продавача е „достатъчно“, както четем у Паул D. 19.4.1. pr. ...*ob evictionem se obligare, possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque si evicta res non sit, nihil debet*, поради което се счита, че продавачът изпълнява договорното си задължение в съответствие с триадата „*ob evictionem se obligari*“, „*possessionem tradere*“, „*purgari dolo malo*“. И в случая, че купувачът е съдебно отстранен поради евикция, на последния се дава възможността за активна легитимация по *actio empti* поради неизпълнение на продавача. До подобен извод стигнах в един мой предишен труд (Вж. CRISTALDI, S.A. *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*. Milano, 2007, p. 121 ss.), всъщност съвкупността от трите изброени по-горе задължения на продавача, неразривно свързани помежду си, води до изпълнението на договора, изпълнявайки тези задължения, римският продавач осигурява за сметка на купувача едно положение на *habere*, което все пак може да бъде различно от *dominium ex iure Quiritium*, но което със сигурност е едно положение спрямо вещта, защитено с *actio in rem*. И така подобно положение, при което има правна защита, може да бъде налице тогава, когато добросъвестният купувач е купил вещ, която не принадлежи на продавача.

*ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est<sup>3</sup>, qui prior ius eius adprehendit, hoc est, cui primum tradita est. si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est<sup>4</sup>.*

Трябва да отбележим, че Mommsen<sup>5</sup> предлага да се включи лексемата „*utrique*“ след „*traditaque*“ и да се замести „*ius eius*“ с „*iuste*“. Ако включването на „*utrique*“, „бидейки „малко вероятно“, правилно е прието за „ненужно“<sup>6</sup>, защото точно на следващия ред се чете: „*cui primum tradita est*“, което разкрива, че *traditio* е извършена очевидно в различни моменти на двамата купувачи<sup>7</sup>. А що се отнася до заместването на „*ius eius*“ с „*iuste*“, което се счита напоследък за „възможно“, защото „допуска грешка на един преписвач“<sup>8</sup>, по мое мнение е ненужно, доколкото с тези думи се препраща към правното положение на продавача. Без основание е според мен съмнението, че това се изразява чрез *hoc est, cui primum tradita est*, тъй като този израз е считан от някои учени за глоса<sup>9</sup>.

---

<sup>3</sup> BESELER, G. *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*. IV. Tübingen, 1910, p. 132, поправка като „*tuendus esset*“. Тази корекция е възприета последно от THIELMANN. *Nochmals: Doppelveräußerung durch Nichtberechtigte, cit.*, p. 201.

<sup>4</sup> Относно този текст, наред другите, се ограничавам да припомня само KASER. *In bonis esse, cit.*, p. 188; GREINER. *Opera Neratii, cit.*, p. 23; APATHY. *Die actio Publiciana, cit.*, p. 160 ss.; DI LELLA. *Formulae ficticiae, cit.*, p. 104; MAIFELD. *Die aequitas, cit.*, p. 32 ss.; THIELMANN. *Nochmals: Doppelveräußerung durch Nichtberechtigte, cit.*, p. 197 ss.; VACCA. *Il c.d. duplex dominium, cit.*, p. 107 ss.; EAD. *La doppia vendita e la rilevanza dell'affidamento, cit.*, p. 609 ss.; EAD. *Osservazioni in tema di actio Publiciana, cit.*, p. 331 ss.; CANNATA, C.A. *Profili romanistici, in Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica. IV Congresso Internazionale Aristec – Roma 1999* (a cura di L. VACCA). Torino, 2001, публикувано също и In: *Scritti scelti di diritto romano. II* (a cur. di L. Vacca). Torino, 2012, p. 393 s.

<sup>5</sup> В изданието MOMMSEN - KRUEGER dei Digesta, *ad h.l.*

<sup>6</sup> CARUSI. *L'azione Publiciana, cit.*, p. 191 n. 59.

<sup>7</sup> По въпроса вж. CARUSI. *L'azione Publiciana, cit.*, p. 191, n. 59; D'ORS, A. *Derecho privado romano Pamplona*. 2008, p. 178, n. 2. Според THIELMANN. *Nochmals: Doppelveräußerung durch Nichtberechtigte - D.19.31.2 und D.6.2.9.4, cit.*, p. 200, добавянето на „*utrique*“ след „*traditaque*“ е „*erscheint entbehrlich*“. Добавянето на „*utrique*“ не се приема за „добро решение“ от CANNATA. *Profili romanistici, cit.*, p. 394, „защото обстоятелството, че се отнася до двамата купувачи не съответства на данните по казуса“. Трябва да се спомене, че по мнение на последния учен също така краткото предложение „*traditaque est*“ трябва да се счита за глосема: „...тя е извън контекста. Всъщност за *traditio* в този пасаж се споменава едва впоследствие като се вземат предвид последиците, че тя е направена и на единия, и на другия субект“.

<sup>8</sup> CANNATA. *Profili romanistici, cit.*, p. 393 e s.

<sup>9</sup> THIELMANN. *Nochmals: Doppelveräußerung durch Nichtberechtigte, cit.*, p. 199; CANNATA. *Profili romanistici, cit.*, p. 194.

Всеки от нас, отбелязва Нераций, е купил една и съща вещь от един (общ) продавач, който не е собственик, покупко-продажбата е сключена без измама (за двете страни), като е извършена *traditio* и на двамата, но по различно време (както става ясно от *cui primum tradita est*). Както, ако сме купили вещь от едно и също лице, или ако сме купили аз от един, а ти от някой друг (*sive ab alio atque alio*), от нас двамата трябва да бъде защитен този, който пръв се е поставил в същото правно положение като продавача (*ius eius adprehendit*), т.е. този, на когото вече е осъществена традицията на вещта, ставайки по този начин неин владелец. Ако обаче някой от нас двамата е купил от собственика на вещта, той тогава трябва да получи правна защита (... *omnimodo tuendus est*)<sup>10</sup>.

Текстът не споменава изрично *actio Publiciana*, но юристът препраща със сигурност имплицитно към този иск<sup>11</sup>. Знаем, че Нераций разглежда *actio Publiciana* точно в книга трета на своите *Membranae* (същото систематично място, откъдето е и D. 19.1.31.2), както се разкрива от един друг фрагмент, който произлиза от същата книга, в която юристът се занимава именно с *ratio* и с предпоставките на иска:

D. 6.2.17 (Ner. 3 membr.): *Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur: ... sed ut is, qui bona fide emit possessionemque eius ex ea causa nactus est, potius rem habeat*<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Съгласен съм с THIELMANN. *Nochmals: Doppelveräußerung durch Nichtberechtigte, cit.*, p. 239, по отношение на изречението *si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est*. И на мен ми изглежда, че това предложение, както ще видим в D. 6.2.9.4, най-вероятно е с последваща намеса, може би от компилаторите, защото демонстрира едно разбиране за *dominium*, което не се отнася до сложността и многопластовостта, която има това понятие в класическия период (що се отнася до D. 6.1.72, D. 21.3.2 и D. 44.4.4.32). Перспективата, от която е разгледана идеята, показва, че пишещият познава само един вид собственост, а от друга страна и *possessio bonae fidei*, което е твърде типично за епохата на Юстиниан.

<sup>11</sup> Вж. DI LELLA. *Formulae ficticiae, cit.*, p. 105, n. 87; VACCA. *Il c.d. duplex dominium, cit.*, p. 108.

<sup>12</sup> За този текст да се сравнят: PEROZZI, S. *L'editto Publiciano*. – *BIDR.*, 1, 1888, p. 49 ss.; WUBBE, F. B. J. *Res aliena pignori data*. Leiden, 1960, p. 31; THÜR, G. *Justinians Publiciana und directa „in rem“*. – *ZSS.*, 89, 1972, p. 375; STURM, F. *Zur ursprünglicher Funktion der actio Publiciana*. – *RIDA.*, 9, 1962, p. 414; GREINER. *Opera Neratii, cit.*, p. 21; SCARANO USSANI, V. *Ermeneutica, diritto e valori in L. Nerazio Prisco*. – *Labeo*, 23, 1977, p. 178 ss. (in *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso* Napoli, 1979, p. 51); APATHY. *Die actio Publiciana, cit.*, p. 168 ss.; DI LELLA. *Formulae ficticiae, cit.*, p. 72 ss.; VACCA. *Il c.d. duplex dominium, cit.*, p. 96; EAD. *'Dominium', 'in bonis', proprietà provinciale* –

В този фрагмент се уточнява, че *actio Publiciana* има за цел не да се отнеме вещта от нейния собственик, а да се направи така, че да се предостави на този, който е купил вещта добросъвестно и е имал владението ѝ, да притежава (*habere*) тази вещ *potius*, т.е. „с предимство ... спрямо всяко трето лице освен истинския собственик“<sup>13</sup>.

### 3. Фрагментът от D. 6.2.9.4

Експлицитна препратка към *actio Publiciana*, точно по повод на двойната продажба *a non domino*, се открива в другия фрагмент, който е предмет на настоящото изследване, приписван от *inscriptio* именно на Улпиан:

D. 6.2.9.4 (Ulp. 16 *ad ed.*): *Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis Publiciana uti possit, utrum is cui priori res tradita est an is qui tantum emit. et Iulianus libro septimo digestorum scripsit*<sup>14</sup>, *ut, si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit cui priori res tradita est, quod si a diversis non dominis, melior causa sit possidentis quam petentis. quae sententia vera est*<sup>15</sup>.

---

In: *Città territorio e diritto privato nei primi due secoli dell'impero. Atti del Convegno internazionale di diritto romano (Copanello, 5-8 giugno 2002)*. Rende, 2010, p. 630; CANNATA. *Corso di istituzioni, I, cit.* p. 544; GIARO, T. *Der Fiktion des Eigentlichen Eigentümers*. – In: *Mélanges W. Wolodkiewicz*. I. Varsovie, 2000, p. 281 ss.

<sup>13</sup> Изразът е на CANNATA. *Corso di istituzioni. I, cit.*, p. 544.

<sup>14</sup> В доктрината е изтъкната неподходящата употреба на „*scribere*“ с *ut* и повелително наклонение, а дори и с инфинитив [LENEL, O. *Textkritische Miscellen*. – ZSS, 39, 1918, p. 158; BESELER, G. *Einzelne Stellen*. – ZSS., 45, 1925, p. 436]. Tondo отбелязва по този въпрос (*Convalida del pegno e concorso di pegni successivi*. Milano, 1959, p. 142, n. 6): „Тази конструкция служи, за да придаде на акта на потвърждаването, изразен със *scribere*, така да се каже нормативна стойност в противовес с обикновената му наративна функция“. Според АПАТНУ. *Die actio Publiciana, cit.*, p. 165, въпросът е „*unerheblich*“, „*ob scripsit, ut zu beanstanden ... durch scribit magis esse ut zu ersetzen ist*“. Cfr. inoltre, KASER. *In bonis, cit.*, p. 188, n. 52; MEIFELD. *Die aequitas, cit.*, p. 37, n. 31.

<sup>15</sup> Във връзка с този текст вж.: PEROZZI. *L'editto Publiciano, cit.*, p. 53 ss.; TONDO. *Convalida del pegno, cit.*, p. 141 ss.; LOMBARDI, L. *Dalla „fides“ alla „bona fides“*. Milano, 1961, p. 238 ss.; KASER, M. *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*. Graz, 1956, p. 293, n. 6; ID. *In bonis esse, cit.*, p. 188; GREINER. *Opera Neratii, cit.*, p. 24; АПАТНУ. *Die actio Publiciana, cit.*, p. 161 ss.; DI LELLA. *Formulae ficticiae, cit.*, p. 78, p. 104; SAENZ, CUESTA. *La accion publiciana, cit.*, p. 78; MAIFELD. *Die aequitas bei L. Neratius Priscus, cit.*, p. 37 ss.;

Относно този фрагмент се появяват редица съмнения по отношение на въпроса, поставен в началото от Улпиан, а именно кой може да се възползва от Публициевия иск в случай, че някой е продал поотделно една и съща вещь на двама добросъвестни купувачи: този, на когото е направена първо традицията или този, който „*tantum emit*“?

Що се отнася до „*tantum emit*“, учените имат колебания, тъй като изразът не би могъл да означава, че един от двамата купувачи е сключил само покупко-продажба, без да е получил *traditio* на вещица (както предполага Huschke<sup>16</sup>), а ако това беше така, не може да се обясни въпросът *quis magis Publiciana uti possit*, който предполага обаче, че и на двамата купувачи *a non domino* е осъществена *traditio*<sup>17</sup>. Също така не би могло да бъде обяснена и последващата препратка на Юлиан към *res priori ... tradita*, която всъщност предвижда и втора традиция, очевидно, осъществена от продавача впоследствие.

---

VACCA. *Il c.d. duplex dominium*, cit., p. 107; EAD. *La doppia vendita e la rilevanza dell'affidamento*, cit., p. 610 ss.; BURDESE, A. *Editto publiciano e funzioni della compravendita romana*. – In: *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso*, cit., p. 123 ss.; THIELMANN. *Nochmals: Doppelveräußerung durch Nichtberechtigte*, cit., 199 ss.; ZOZ, M. G. *Eccezione di dolo generale e 'replicatio doli'*. – In: *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica* (a cura di L. GAROFALO). Padova, 2006, p. 522, n. 78; RONCATI, S. *Emere vendere tradere. La lunga storia della regola I.2.1.41 nel diritto romano e nella tradizione romanistica*. Napoli, 2015, p. 139, n. 57.

<sup>16</sup> HUSCHKE, E. *Das Recht der publicianischen Klage mit Beziehung auf das in Aussicht stehende allgemeine deutsche Civilgesetzbuch*. Stuttgart, 1874, p. 104 ss. Тази теза не е възприета в доктрината. Без традиция на двамата купувачи на практика не може да бъде изобщо поставен въпросът за упражняването на *actio Publiciana*. По въпроса вж. АРАТНУ. *Die actio Publiciana*, cit., p. 163 и най-вече p. 167 и THIELMANN. *Nochmals: Doppelveräußerung durch Nichtberechtigte*, cit., p. 202. По този въпрос вж. също така и по-горе § 4.

<sup>17</sup> Ако трябва да се установи кой от двамата купувачи има преимуществено право за упражняване на Публициевия иск (*quis magis Publiciana uti possit*), се оказва трудно да си представим, че Улпиан може да постави проблема да бъде предоставена *Publiciana* само на този, който „*tantum emit*“, като се има предвид, че той споменава сред реквизитите на иска именно *traditio* на вещица: D. 6.2.7.16 (Ulp. 16 ad ed.). *Ut igitur Publiciana competat, haec debent concurrere, ut et bona fide quis emerit et ei res empti eo nomine sit tradita: ceterum ante traditionem, quamvis bonae fidei quis emptor sit, experiri publiciana non poterit.*

По тази причина се твърди, че *qui tantum emit* представлява „Irreführung“<sup>18</sup> и алтернативата „*utrum is cui priori res tradita est an is qui tantum emit*“ е формулирана „... daher zumindest ungenau...“<sup>19</sup>.

За да не остане текстът „лишен от смисъл“<sup>20</sup>, някои автори заместват израза „*tantum emit*“ или с „*eam tum tenet*“ (както между другото прави Mommsen без голям успех)<sup>21</sup> или с „*prior emit*“ (като това решение е възприето от множество учени)<sup>22</sup>. Ако се приеме това заместване, следва, че Улпиан твърди, че измежду двамата купувачи един е получил първи *traditio*, докато другият, след като е сключена покупко-продажбата е получил традицията в един последващ момент.

Трябва да се обърне внимание обаче, че някои учени считат израза *utrum is cui priori res tradita est an is qui tantum emit* като „überflüssig“ и следователно като възможна глоса<sup>23</sup>. Без алтернативата *utrum – emit*, Улпиан би се ограничил просто да постави въпроса за това кой купувач трябва да има предимство в случая на двойна продажба за целите на упражняването на *actio Publiciana*.

По мое мнение този текст на Улпиан не се нуждае от никакви съществени модификации и замествания и не трябва да бъде възприеман за глоса, оказвайки се съвършено кохерентен и разбираем. Изразът „*tantum emit*“, пасва идеално в цялостния контекст на коментара на Улпиан. Ако обърнем внимание на термините в този израз „*utrum is cui priori res tradita est an is qui tantum emit*“, ще установим, че се свързва тясно с изречението в началото „*si duobus quis separatim vendiderit bona*

---

<sup>18</sup> KASER. *In bonis esse, cit.*, 188, n. 5.

<sup>19</sup> MEIFELD. *Die aequitas, cit.*, p. 39.

<sup>20</sup> VACCA. *Il c.d duplex dominium, cit.*, p. 108, n. 42.

<sup>21</sup> Заслугата за интеграцията на становищата на Mommsen има THIELMANN. *Nochmals: Doppelveräußerung durch Nichtberechtigte, cit.*, p. 203, според когото: „Mommsen Verbesserung *eam tum tenet* hat den sprachlichen Gleichklang mit *tantum emit* für sich, scheidet aber deswegen aus, weil ein Besitzer für die Gewährung der *actio Publiciana* ohnehin nicht in Frage kommt“.

<sup>22</sup> Вж. KASER. *In bonis esse, cit.*, p. 188 ss.; BURDESE. *Editto publiciano e funzioni della compravendita romana, cit.*, p. 123; VACCA. *Il c.d duplex dominium, cit.*, p. 108, n. 42. За CARUSI. *L'azione Publiciana, cit.*, p. 190, n. 57, „пред *tantum* трябва логически да бъде разбран *prior*, в непосредствена връзка с предишното *priori*, и изречението означава, че докато единият е получил традицията, другият е купил пръв“. Тази промяна на текста според TONDO. *Convalida del pegno, cit.*, p. 142, n. 6, би била „правдоподобна“ но „не от съществено значение“.

<sup>23</sup> APATHY. *Die actio Publiciana, cit.*, p. 165; MEIFELD. *Die aequitas, cit.*, p. 39; THIELMAN. *Nochmals: Doppelveräußerung durch Nichtberechtigte, cit.*, p. 199, p. 202, p. 239.

*fide ementibus*“. Следователно има ясна препратка към продажбата *a non domino*, последвана от израза „*quis magis Publiciana uti possit*“, който предполага осъществяването *traditio* и за двамата купувачи.

И ето кои са аргументите за това:

Питането на Улпиан може да бъде разбрано само ако се обърне сериозно внимание на факта, че може да се традира вещта без нейното физическо преместване<sup>24</sup>. В определени случаи всъщност е достатъчно само съгласието относно каузата и предмета на договора, за да се счита осъществена *traditio* на продадената *res*. Следва да помислим за вещите, които не могат да бъдат веднага преместени като например колоните (*columnae*), които се считат *traditae si in re praesenti consenserint*<sup>25</sup> или пък поземлените имоти, за които е достатъчно да бъдат посочени границите от височината на кула<sup>26</sup>.

Хипотетичен казус в тази връзка може да бъде този, в който субект А, който продава колоните в присъствието на купувача В (като след продажбата не следва

---

<sup>24</sup> Възможността да се традира без физическото преместване на вещта дълго време е считана за резултат от доста напреднала юридическа мисъл. Класическото право пише VOCI, P. *Modi di acquisto della proprietà*. Milano, 1952, p. 113, „стои далеч от въпросните термини във връзка с владението, като те са изяснени и доразвити вече от следкласическото и Юстиниановото право“. Вж. също така и LONGO, G. *Corso di diritto romano. I. I diritti reali*. Padova, 1962, p. 205 ss. По-новата доктрина променя значително своята позиция. По въпроса вж. CORBINO, A. *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana 2*. Torino, 2006, p. 45. Относно *traditio* и нейните форми, освен цитираната литература вж. също така и ALBANESE, B. *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*. Palermo, 1982, p. 140 ss. Sulla c.d. *traditio ficta*, in particolare, RICCOBONO, S. *Traditio ficta*. – ZSS., 34, 1913, p. 159 ss.; LOKIN, J.H.A. *Traditio; de verschaffing van het bezit*. – In: R. Feenstra, N. van der Wal & J.H.A. Lonin (ed.). *Flores Legum H.J. Scheltema Oblati*. Groningen, 1971, p. 121 ss.; ROMEO, S. *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*. Milano, 2010, p. 119, n. 50.

<sup>25</sup> Вж. D. 41.2.1.21 (Paul. 54 ad ed.): ... *argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas, nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint*... Su cui VOCI. *Modi, cit.*, p.116; LONGO. *Corso di diritto romano, cit.*, p. 206; CORBINO. *Il formalismo negoziale, cit.*, p. 45; LAMBRIN, P. *L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico*. Padova, 1998, p. 135 ss.; FERRETTI, P. *Animo Possidere. Studi su animus e possessio nel pensiero giurisprudenziale classico*. Torino, 2017, p. 155 (и посочената там библиография).

<sup>26</sup> D. 41.2.18.2 (Celsus 23 Dig.): *Si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstrat vacuumque se possessionem tradere dicat, non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem*. Su cui VOCI. *Modi, cit.*, p. 116; LONGO. *Corso di diritto romano, cit.*, p. 206; CORBINO. *Il formalismo negoziale, cit.*, p. 46; VINCI, M. *Demonstratio finium e compravendita*. – In: *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano* (a cura di L. GAROFALO). II. Padova, 2007, p. 417, n. 13.

никакво физическо преместване на колоните, оставени там, където се намират първоначално); А от своя страна после продава същите колони на С, като този път вече ги изнася (следователно премествайки ги материално от мястото, където се намират първоначално).

И така може да се разсъждава също и върху казуса, при който А, който е продал един имот на В, показвайки му границите и местоположението на имота от разстояние (*traditio longa manu*); и е продал после същия имот на С, този път правейки материалната *traditio* на имота, като по този начин въвежда С физически в имота<sup>27</sup>.

Фактът, че вещта остава у продавача (или той може да разполага с нея веднага), обяснява защо продажбата може да се осъществи втори път и защо *traditio* може да бъде повторена във времето, но този път между различни субекти.

Не ми изглежда необходимо да развиваме хипотезата<sup>28</sup> за една малко вероятна (поне по мое мнение) осъществила се загуба на вещта от първия купувач, съпроводена от последващо успешно връщане на вещта от страна на продавача. Защото нищо от това, което четем, не ни кара да си представим перспективата на подобна единична хипотеза, която различните римски юристи заедно или поотделно да допускат или да предполагат.

Трябва да се подчертае, че Улпиан се позовава експлицитно само на добросъвестността на двамата купувачи „*si .. quis....vendiderit bona fide ementibus*“. Това според мен не е случайно.

Юристът очевидно споменава само тези факти, които според него имат специално значение за целите на *actio Publiciana*, всъщност значение има само добросъвестността на купувача, а не тази на продавача<sup>29</sup>. Умисълът на продавача

---

<sup>27</sup> Конкретните примери могат да бъдат различни: трябва да се помисли за всички тези видове стока, които могат да бъдат предадени чрез „идентификация“ (например „роб“, „животно“ и т.н.); т.е. конкретният казус е за такъв вид стоки, при които актът на *traditio* може да бъде повторен във времето при различни действащи лица.

<sup>28</sup> Така VACCA. *La doppia vendita e la rilevanza dell'affidamento*, cit., p. 613; EAD. *Osservazioni in tema di actio Publiciana e acquisto a non domino*, cit., p. 332. Срв. също и EAD. *Il c.d duplex dominium*, cit., p. 109.

<sup>29</sup> D. 6.2.7.11 (Ulp. 16 ad ed.): *Praetor ait: „qui bona fide emit“. non igitur omnis emptio proderit, sed ea, quae bonam fidem habet: proinde hoc sufficit me bonae fidei emptorem fuisse, quamvis non a domino emerim, licet ille callido consilio vendiderit: neque enim dolus venditoris mihi nocebit*; D. 6.2.7.15 (Ulp. 16 ad ed.): *Bonam autem fidem solius emptoris continet*.



очевидно има значение за ангажирането на неговата отговорност *ex empto*<sup>30</sup> и *furti*<sup>31</sup>, но не представлява предмет на изследването на Улпиан.

Улпиан следователно се пита кой от двамата купувачи от един и същи несобственик, трябва да бъде предпочетен за упражняването на *actio Publiciana*: този, който е сключил договора за покупко-продажба в един последващ момент, но

---

<sup>30</sup> За случая на продажбата, сключена от продавача *sciens*, че вещта е чужда вж. D. 19.1.30.1 (Afr. 8 *quaest.*): *Si sciens alienam rem ignoranti mihi vendideris: etiam priusquam evincatur utiliter me ex empto acturum putavit in id, quanti mea intersit meam esse factam: quamvis enim alioquin verum sit venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat, quia tamen dolum malum abesse praestare debeat, teneri eum, qui sciens alienam non suam ignorantem vendidit: id est maxime, si manumissuro vel pignori daturo vendiderit; D. 19.1.11.15 (Ulp. 32 ad ed.): Denique libro decimo apud Minicium ait, si quis servum ea condicione vendiderit, ut intra triginta dies duplam promitteret, postea ne quid praestaretur, et emptor hoc fieri intra diem non desideraverit, ita demum non teneri venditorem, si ignorans alienum vendidit: tunc enim in hoc fieri, ut per ipsum et per heredem eius emptorem habere liceret: qui autem alienum sciens vendidit, dolo, inquit, non caret et ideo empti iudicio tenebitur; D. 19.1.11.18 (Ulp. 32 ad ed.): Qui autem habere licere vendidit, videamus quid debeat praestare.... nisi forte sciens alienum vendit: tunc enim secundum supra a nobis relatam Iuliani sententiam dicendum est ex empto eum teneri, quia dolo facit; D. 19.1.45. pr.-1 (Paul. 5 *quaest.*): ... in omnibus tamen his casibus, si sciens quis alienum vendiderit, omnimodo teneri debet. Продавачът в тези случаи ще отговаря *ex empto* спрямо спорещите страни по евикцията.*

<sup>31</sup> Трябва да се каже, че с препратка към движимите вещи, Гай (IG. 2.50) ни напомня, че не извършва кражба наследникът, който считайки като част от наследствената маса, е продал или дарил една вещ, дадена обаче под наем или в заем за послужване от наследодателя, или която е оставена в залог на наследодателя; както и когато плодоползвателят на робинята, който счита за свой роб роденото от нея дете и го е продал или дарил някому. И в този смисъл вж. D. 41.3. pr. (Gaius 2 *rer. cott.*): *Potest pluribus modis accidere, ut quis rem alienam aliquo errore deceptus tamquam suam vendat forte aut donet et ob id a bonae fidei possessore res usucapi possit: veluti si heres rem defuncto commodatam aut locatam vel apud eum depositam existimans hereditariam esse alienaverit. 1. Item si quis aliqua existimatione deceptus crediderit ad se hereditatem pertinere, quae ad eum non pertineat, et rem hereditariam alienaverit, aut si is, ad quem usus fructus ancillae pertinet, partum eius existimans suum esse, quia et fetus pecudum ad fructuarium pertinet, alienaverit.* В този текст юристът твърди, че по много начини може да се случи така, че някой поради грешка продава или дарява като своя една чужда вещ, която поради това може да бъде придобита по давност от купувача, който е добросъвестен. Така е и в случая, в който наследникът е отчуждил, считайки я за вещ на починалия, една вещ, която последният има в заем за послужване, наем или влог. Също така, ако някой, вярвайки, че му принадлежи наследство, което по право не му принадлежи, или пък плодоползвателя на робиня, считайки, че детето ѝ му принадлежи (*quia et fetus pecudum ad fructuarium pertinet*) го е отчуждил. Следователно продавачът, който не знае (или е в грешка), че вещта не му принадлежи, не извършва кражба с предоставянето на вещта. По тази проблематика препращам към FRUNZIO, M. *Res furtivae. Contributo allo studio della circolazione degli oggetti furtivi in diritto romano*. Torino, 2017, *passim*.

е получил материално вещта пръв (...*is cui priori res tradita est...*) или този, който е сключил пръв покупко-продажбата ("*tantum emit*"), но все още не е получил материално владението върху вещта?

Римският юрист Улпиан отговаря на въпроса, който сам е поставил в началото, служейки си със становище на Юлиан: „ако купувачите са купили от същия продавач *non dominus*, предимство има този, който пръв е получил *traditio*“.

Юлиан продължава, твърдейки, че в казуса, в който купувачите са купили от двама различни „*non domini*“ („*quod si a diversis non dominis*“), предимство има този, който владее вещта, спрямо този, който отправя претенцията (да получи владението чрез *actio Publiciana*): *melior causa sit possidentis quam petentis*.

Както може да се види, Юлиан<sup>32</sup> в своя отговор отива отвъд първоначалния въпрос, поставен от Улпиан<sup>33</sup>. Докато последният препраща единствено към покупко-продажбата, извършена само от един *non dominus* (*si duobus quis separatim vendiderit bona fide eumentibus*), то юристът от времето на Хадриан добавя допълнително уточнение, произнасяйки се по една хипотеза, която не е взета под внимание от първия.

---

<sup>32</sup> Вж. PEROZZI. *L'editto publiciano*, cit., p. 54; АПАТНУ. *Die actio Publiciana*, cit., p. 161: „Julians Äußerung geht mithin über die einleitende Fragestellung Ulpians hinaus“. Вж. също така и p. 165 и p. 171. По въпроса също така MEIFELD. *Die aequitas*, cit., p. 39.

<sup>33</sup> BESELER, G., cit. – ZSS., 45, 1925, p. 436, предлага по този повод питането на Улпиан да бъде коригирано по следния начин „*Si duobus <res> [quis] ven[d]i[d]erit...*“ като по такъв начин се възстанови оригиналното съответствие между питането (на Улпиан) и отговора (на Юлиан). Но, както разкрива THIELMAN. *Nochmals: Doppelveräußerung durch Nichtberechtigtes*, cit., p. 202, пълното съответствие между двете части на фрагмента не е нито логично, нито абсолютно необходимо. Други учени обясняват това несъвършено съвпадение между въпрос и отговор, презумирайки наличието на по-голяма пълнота на началния въпрос на Улпиан, който по-късно е съкратен от компилаторите, но които са оставили изцяло отговора на Юлиан (АПАТНУ. *Die actio Publiciana*, cit., p. 161). Други обаче предполагат, че Улпиан е искал да възпроизведе цялата мисъл на Юлиан, за да бъде разбрана по-лесно нейната *ratio*. (CARUSI. *L'azione Publiciana*, cit., p. 190). Трети пък от своя страна приемат това обстоятелство за абсолютно нормално: „би било наистина невероятно съвпадение, ако има налице отговор, който да бъде в пълна хармония с първоначално поставения въпрос“. За Улпиан е достатъчно, че „основните гледни точки се появяват в решението на казуса“; юристът има интерес да възпроизведе целия отговор, ако имаше повече сведения освен този отговор, ограничен от въпроса: „In der modernen juristischen Literatur würde man in solchen Situationen mit dem Zusatz 'vgl.'“(THIELMANN. *Nochmals: Doppelveräußerung durch Nichtberechtigte*, cit., p. 201). Смятам, че последното становище е правилно.

Конкретният казус е следният: субектът А, продава на В един недвижим имот, като показва границите му. В от своя страна продава същия имот на С, отново по същия начин. А после продава отново имота, но на D, въвеждайки го във владение, като го вкарва по този начин в самия имот. Евентуално конфликт би могъл да се породи между D и С (и между D и В).

#### 4. Значение на различните мнения, изразени в изследваните два фрагмента

Както вече видяхме в казуса с препратка към покупко- продажбата от един и същ продавач- несобственик, решението „*potior sit cui priori res tradita est*“, посочено от Юлиан и споделено от Улпиан: *quae sententia vera est*), съвпада с това на Нераций, според когото „...*is ex nobis tuendus est, qui prior ius eius adprehendit ...*“: за всеки един от двамата купувачи, привилегия трябва да има този, който първи е получил *traditio* на вещта.

На базата на това решение на Нераций, Улпиан и на Юлиан обаче се откриват различни факти.

Вярно е, че Нераций не споменава изрично *actio Publiciana*, но юристът препраща към нея със сигурност, както вече казахме, що се отнася до уредбата, свързана с казуса<sup>34</sup>.

Това обстоятелство заслужава да бъде изяснено в моето изложение, защото съдържа ценна информация за целите на индивидуализацията на конкретния казус, попаднал под вниманието на юриста.

Тъй като *actio Publiciana* предполага, че купувачът няма владението на вещта<sup>35</sup>, трябва да се заключи, че същото се отнася и до казуса на Нераций. И двамата купувачи за изгубили вече владението върху вещта и юристът се пита на

---

<sup>34</sup> Вж. DI LELLA. *Formulae ficticiae*, cit., p. 105, n. 87; VACCA. *Il c.d. duplex dominium*, cit., p. 108.

<sup>35</sup> Да се види: IG., 4.36. *Item usucapio fingitur in ea actione, quae Publiciana vocatur. datur autem haec actio ei, qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usu cepit eamque amissa possessione petit.*

кой от двамата трябва да бъде даден въпросният иск за връщането на вещта (*is ex nobis tuendus est...*).

Следователно за Нераций трябва да се установи кой от двамата купувачи може да упражни Публициевия иск за връщането на владението на вещта от третото лице, у което тя се намира.

За Юлиан обаче единият от купувачите е получил нематериална *traditio*, т.е. без физическо преместване на вещта – предмет на сделката, а вторият купувач е въведен във владение на вещта, така че първият претендира за възможността да упражни *actio Publiciana* спрямо втория.

Следователно фактите са различни, но решението е едно и също<sup>36</sup>.

Налице е обаче съществена разлика в решенията на току-що споменатите юристи относно казуса за покупко-продажба *a diversis non dominis*. Докато всъщност Нераций счита, че защитата се пада (и тук) на купувача, който първи е получил традицията на вещта, то Улпиан и Юлиан считат, че право на защита трябва да има купувачът, който има владението върху вещта.

Това несъответствие в мненията на Нераций и Юлиан е било различно обяснявано от доктрината.

Според някои учени това несъответствие не се дължи на истински правен спор: а) защото отговорът на Юлиан може би е интерполиран, тъй като отразява

---

<sup>36</sup> По мое мнение Нераций, Юлиан и Улпиан в този случай не настояват толкова за възприемането на тяхното решение, както твърдят някои, сред които и АРАТНУ. *Die actio Publiciana, cit.*, p. 175 ss.; VACCA. *Il cd. duplex dominium, cit.*, p. 107 ss., а по-скоро за логиката на придобивните способности по деривативен начин. Продавачът *non dominus* не е титуляр на правно положение на собственост, което да е “прехвърлимо” и от което може да произлезе правото на собственост на купувачите. Общото за тримата юристи решение се основава на факта, че този, който пръв е получил *traditio* на вещта *ex causa emptiois* и е добросъвестен, е изпълнил предпоставките за упражняването на *actio Publiciana*, както се разкрива от D. 6.2.7.16 (Ulp. 16 *ad ed.*): *Ut igitur Publiciana competat, haec debent concurrere, ut et bona fide quis emerit et ei res empti eo nomine sit tradita: ceterum ante traditionem, quamvis bonae fidei quis emptor sit, experiri publiciana non poterit*. Дватама купувачи *a non domino* се намират в едно и също правно положение, сред тях двамата обаче защитата трябва да бъде предоставена на този, който точно поради *traditio*, придобива положение „с привилегия“ (така смята и CANNATA. *Corso di istituzioni, I, cit.*, p. 544) – *potius rem habeat* – спрямо който и да е друг (и следователно и очевидно и спрямо другия купувач), освен спрямо истинския собственик: D.6.2.17 (Ner. 3 *membr.*): *Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur: ... sed ut is, qui bona fide emit possessionemque eius ex ea causa nactus est, potius rem habeat*. Поради това, както вече се каза, позициите на Нераций, Юлиан и Улпиан съвършено съвпадат.

изцяло юстиниановата правна мисъл, а не класическата, отразена обаче в становището от Нераций<sup>37</sup>; б) защото решенията на двамата юристи зависят може би от предпоставки, които са различни. Именно това е виждането на Savigny<sup>38</sup>, според когото Нераций, за разлика от Юлиан, се позовава на един казус, в който никой от двамата купувачи *a non domino* няма владението на вещта, която се намира у едно трето лице, срещу което и двете страни искат едновременно да упражнят правото си на иск<sup>39</sup>.

В този контекст трябва да се споменат учените, които предлагат различно тълкуване на ситуацията – подчертавайки един или друг елемент от изследвания фактически състав (както авторът, който се опитва да припише специално значение на израза *is ex nobis tuendus est* или на термина *dominus* или този, който настоява за наличието на добросъвестност у страните)<sup>40</sup>, с цел да се сблизат двете противоположни решения.

---

<sup>37</sup> LENEL. *Textkritische, cit.*, p. 158; P. BONFANTE. *Corso di diritto romano*. II, 2. Roma, 1928, p. 338; ID. *Istituzioni di diritto romano* (rist. decima ediz.). Milano, 1987, p. 266, n. 83.

<sup>38</sup> Von SAVIGNY. *Sistem des heutigen Römischen Rechts, cit.*, p. 308, n. m.

<sup>39</sup> От тази гледна точка тезата съвпада отчасти с тази на HUSCHKE. *Das Recht der publicianischen Klage, cit.*, p. 94 ss., според която Нераций намеква за хипотезата на спор между двамата купувачи *a non domino* с трето лице, докато Юлиан препраща към вътрешен спор между двете спорещи страни. По мнение на Huschke първоначалното питане, поставено от Улпиан, може да се свърже с един древен спор относно изискуемите предпоставки за упражняването на *actio Publiciana*: „Die so gestellte Frage erinnert nun offenbar an die ältere Controverse, ob schon der Kauf oder erst die Tradition der Anfang ... des Publicianischen Rechts sei“ (p. 96). Според Huschke обаче Улпиан (в своя въпрос) и Нераций препращат към един казус, при който *traditio* има място само в полза на един от двамата купувачи. За Юлиан от друга страна е налице една единствена *traditio* само в случая на покупко-продажба от един продавач *non dominus*; двойна *traditio* в случая на покупко-продажба *a diversis non dominis*. За противоположното мнение вж. CARUSI. *L'azione Publiciana, cit.*, p. 194; и АПАТНУ. *Die actio Publiciana, cit.*, p. 163 и най-вече p. 167), според когото „Daß Huschkes These von der einmaligen *traditio* unhaltbar ist, vermag auch sein Harmonisierungsversuch nicht zu überzeugen“.

<sup>40</sup> Von VANGEROW. *Lehrbuch der Pandecten. I, cit.*, p. 670 ss., например предлага една единствена интерпретация на израза *is ex nobis tuendus est*, намиращ се в D.19.1.31.2, според същия учен, налична в една схолия от Стефан (Basil. XV.2.9) [Cfr. *Supplementum editionis Basilicorum Heimbachianae Lib.XV-XVIII Basilicorum cum scholiis antiquis integros*, ZACHARIAE VON LINGENTHAL, C.E. *Lipsiae*, 1846, p. 42]. Според него първият купувач, който трябва да получи защита, не е ищецът (*is ... tuendus est*), а ответникът (т.е. владелецът). Следователно няма никаква разлика от гледна точка на профила на защитата, между казуса, в който двамата купувачи са купили от същия *non dominus* и този казус, при който са купили от различни *non domini*. Тезата е силно критикувана от АПАТНУ. *Die publiciana, cit.*, p. 167 s. С особена оригиналност се отличава интерпретацията на GIMMERTHAL, T. *Die Publicianische Klage und die Mancipation*. I. Bremen, 1872, p. 126 ss. По негово мнение двата

Според други обаче<sup>41</sup>, двете мнения отразяват наличието на един истински спор<sup>42</sup> между юристите, който според някои се корени в школите, към които принадлежат те – Юлиан е сабинианец, а Нераций - прокулеанец<sup>43</sup>. Определено преобладава схващането на Юлиан от момента в който „Улпиан не се поколебава да го сподели“<sup>44</sup>. Именно това е мнението на по-новата доктрина, което отрича всички предишни интерпретации на двата текста<sup>45</sup>. По-точно решението на Нераций, Юлиан и Улпиан по отношение на казуса за покупката от същия *non dominus*, базирано на критерия за приоритета на владението, е вдъхновено от

---

източника дори и да коментират един и същ казус, препращат към различни предпоставки. Докато всъщност за Нераций добросъвестни са само продавачите (*Uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emptio venditioque sine dolo malo fieret*), за Юлиан обаче са само купувачите. („*Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus*“)<sup>40</sup>. Според учения Нераций и Юлиан споделят старото схващане, че за упражняването на Публициевия иск е необходима добросъвестността и от страна на продавача. В казуса, предложен от Нераций, тъй като и двамата продавачи са добросъвестни и двамата купувачи ще имат право на *Publiciana* и именно за това трябва да се види кой първи е получил вещта. В случая на Юлиан обаче, тъй като и двамата продавачи са недобросъвестни, никой от двамата купувачи няма да бъде легитимиран да упражни *Publiciana* и следователно е по-добре да се прецени положението на владелеца. (CARUSI. *L'azione Publiciana*, cit., p. 193). Твърде сложна е тезата на BISCARDI, A. *Il dogma della collisione alla luce del diritto romano*. Città di Castello, 1935, p. 108. Според Biscardi за Нераций общото правило е, че предимството трябва да се даде на този, който е получил вещта от бонитарния собственик. Ако пък и двамата купувачи са купили от същия бонитарен собственик, трябва да бъде предпочетен първият купувач; ако са купили обаче от различни *non domini*, трябва да бъде предпочетен този, който е купил от бонитарния собственик. Към бонитарния собственик препраща също така и Юлиан, но само в първия от двата разгледани казуса: този с покупко-продажбата от същия *non dominus*. Решението, посочено от юриста е твърде сходно с това на Нераций *potior sit cui priori res tradita est*. В случая обаче на покупка от различни *non domini*, терминът *dominus* не се отнася до бонитарния собственик, а до обикновения владелец. И това обяснява особеното решение, възприето от юриста в полза на настоящия владелец: *melior causa sit possidentis quam petentis*. Но както правилно е отбелязано от APATHY. *Die actio Publiciana*, cit., p. 166.: „Daß mit dem Wort non dominus in D. 6.2.9.4 einmal der bonitarische Eigentümer und einmal ein bloßer Besitzer gemeint sein soll, ist wenig einsichtig“.

<sup>41</sup> Сред другите вж. и POTHIER. *Trattato del diritto e dominio di proprietà*. II, cit., p. 63 ss.; CARUSI. *L'azione Publiciana*, cit., p. 192; GREINER. *Opera Neratii*, cit., p. 24; APATHY. *Die publiciana*, cit., p. 162; DI LELLA. *Formulae ficticiae*, cit., p. 109; VACCA. *Il cd. duplex dominium*, cit., p. 107 ss.; MEIFELD. *Die aequitas*, cit., p. 37.

<sup>42</sup> За някои учени съществува и друга визия на двамата юристи във връзка с а. *Publiciana* „която е скоро въведена“. Така DI LELLA. *Formulae ficticiae*, cit., p. 109.

<sup>43</sup> Вж. POTHIER. *Trattato del diritto e dominio di proprietà*. II, cit., p. 63 ss.; CARUSI. *L'azione Publiciana*, cit., p. 192; CUESTA SAENZ. *La accion Publiciana*, cit., p. 78.

<sup>44</sup> DI LELLA. *Formulae ficticiae*, cit., p. 105. Вж. по-горе в същия този параграф.

<sup>45</sup> Вж. APATHY. *Die actio Publiciana*, cit., p. 167 ss. За критика във връзка с различните опити за уподобяване на двете свидетелства вж. MEIFELD. *Die aequitas*, cit., p. 41; и THIELMANN. *Nochmals: Doppelveräußerung durch Nichtberechtigte*, cit., p. 239.

логиката и от уредбата, която се отнася до придобиването по деривативен способ<sup>46</sup>; уредба, която не е приложима според Юлиан в специфичния казус за покупка от двама различни *non domini*, точно поради липсата на обща *dante causa*<sup>47</sup>.

В тази насока се ориентира и Letizia Vacca, която скоро възстановява интереса си по тази тема<sup>48</sup>. По нейно мнение решенията на Нераций и Юлиан, съвпадащи за хипотезата, в която купувачите са купили от същия несобственик, се обяснява, като се приема, че продавачът *non dominus* в момента на *traditio* на един от двамата купувачи е изгубил окончателно „възможността да разполага с вещта в своето имущество и ако той същият трябва впоследствие да придобие отново владението, за да може да го прехвърли на друг купувач, но след като не разполага с вещта, не може да прехвърли валидно и владението върху нея“<sup>49</sup>.

Противоположно в казуса, в който двамата купувачи са купили от двама различни *non domini*, „предимство има все пак актуалният владелец, спрямо този,

---

<sup>46</sup> APPLETON. *Histoire de la propriété prétorienne et de l'action Publicienne*. II. 1889, p. 20 ss.; TONDO. *Convalida del pegno*, cit., p. 141 e ss.; АПАТНУ. *Die actio Publiciana*, cit., p. 181: „Wir können danach die übereinstimmende Beurteilung im Falle des Erwerbs von demselben Nichteigentümer durch Neraz, Julian und Ulpian und deren Entscheidung zugunsten des ersten Erwerbers aus der Parallele zur derivativen Erwerb erklären“.

<sup>47</sup> TONDO. *Convalida del pegno*, cit., p. 141 e ss.; АПАТНУ. *Die actio Publiciana*, cit., p. 187. За THIELMANN. *Nochmals: Doppelveräußerung durch Nichtberechtigte*, cit., p. 239, обаче решенията на Юлиан и Нераций могат да бъдат обяснени по същия начин. „Neraz' – mit der Julians übereinstimmende – Entscheidung im Fall der Doppelveräußerung durch einen Nichtberechtigten ist ebenfalls nicht anders als mit dem Derivationsgedanken zu erklären. Er paßt aber – trotz im Ergebnis übereinstimmender Entscheidung – normalerweise nicht für die Veräußerung durch verschiedene Nichtberechtigte. Den Gesichtspunkt der zeitlichen Reihenfolge hat Neraz im Sinne einer Billigkeitslösung gewählt wie Julian den der *possessionis*“.

<sup>48</sup> VACCA. *Il c.d. duplex dominium*, cit., p. 107 ss.; EAD. *La doppia vendita e la rilevanza dell'affidamento*, cit., p. 609 ss.; EAD. *Osservazioni in tema di actio Publiciana e acquisto a non domino*, cit., p. 331 ss.

<sup>49</sup> VACCA. *Il c.d. duplex dominium*, cit., p. 109. Ratio на отговора трябва да бъде търсена в обстоятелството, че в този последния казус „трябва да надделее принципът за недействителността на прехвърлянето, извършено от този, който не разполага повече с правото, доколкото несобственикът, който продава за втори път губи вещта за втори път в момента, в който осъществява *non dominus traditio ex iusta causa* първият купувач, следователно не може валидно да разполага с вещта и да я прехвърли на втория купувач, дори и да е способен да прехвърли владението на вещта, ако го е придобил отново успешно...“ (В този ред на мисли VACCA. *Osservazioni in tema di actio Publiciana e acquisto a non domino*, cit., p. 331; EAD. *La doppia vendita e la rilevanza dell'affidamento*, cit., p. 613).

който упражнява Публициевия иск, доколкото може да възрази на ответника със силно основание, така че придобивното основание не може да бъде намесено<sup>50</sup>.

Според изследователката очевидно „становището на Юлиан правилно изглежда коригиращо това на Нераций, който не прави разлика, както се видя, между хипотезата на покупка от същия *non dominus* и хипотезата на покупка от различни *non domini*“<sup>51</sup>.

По мое мнение разликата в предложените решения – за казуса на покупка от различни *non domini* – от Нераций (в D. 19.1.31.2) и от Юлиан/Улпиан (в D. 6.2.9.4) не зависи от конфликт на мненията относно правото да се упражни (или предпоставките за) *actio Publiciana*<sup>52</sup>, а от специфичните обстоятелства, разгледани от Улпиан и Юлиан в решението на казуса, така, както са се появили в хода на настоящото изследване<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> VACCA. *Il cd. duplex dominium e l'actio Publiciana*, cit., p. 109.

<sup>51</sup> VACCA. *Il cd. duplex dominium e l'actio Publiciana*, cit., p. 109. Cfr. EAD. *La doppia vendita e la rilevanza dell'affidamento*, cit., p. 613: „Мнението на Юлиан изглежда правилно коригиращо, доколкото в последния казус, двамата купувачи се намират в същото правно положение (дватамата са придобили *in bonis* от този, който е имал вещта на пълно разположение преди това, без да е лишен предварително от това), проблемът се измества изцяло на процесуална плоскост: владелецът може да възрази (най-вероятно с *exceptio in factum*) спрямо първия купувач, който упражнява Публициевия иск с *traditio ex iusta causa*, спрямо която първият купувач не може ефикасно да репликира нито възразявайки за умисъла на насрещната страна, нито противопоставяйки по-силен титул, тъй като и неговият титул е *a non domino*. В този случай предимство има актуалното положение на владението, тъй като не влизат в играта принципът за невъзможността да разполага с правото този, който повече не му е титуляр, доколкото преди това е лишен от това право посредством един свой волеви акт, изразен чрез постигането на съгласието при договора. И двамата всъщност трябва да отстъпят пред реавандикацията на собственика, който се явява трето лице спрямо договорните уговорки и спрямо актовете на прехвърлянето на владението спрямо двамата купувачи“.

<sup>52</sup> Не твърдя, че становището на Юлиан може да се счита за „правилно коригиращо това на Нераций“ (в този смисъл смята: VACCA. *Il cd. duplex dominium e l'actio Publiciana*, cit., p. 109. Вж. EAD. *La doppia vendita e la rilevanza dell'affidamento*, cit., p. 613). Във въпросния казус и двамата купувачи се намират в едно и също положение. И двамата имат на разположение реквизитите за упражняването на Публициевия иск. Докато в казуса на Нераций никой от двамата купувачи няма владението на вещта; в този на Юлиан обаче един от двамата има владението (като се има предвид специфичният фактически състав, разгледан от него).

<sup>53</sup> В този смисъл, макар и с различни термини и различни реконструкции се изразява и SAVIGNY. *Sistem des heutigen Römischen Rechts*, cit., p. 308 nt. m e l'HUSCHKE. *Das Recht der publicanischen Klage*, cit., p. 94 ss.



Докато решението на Нераций се отнася (и този път) до казус, в който и двамата купувачи от различни несобственици са загубили владението на вещта; това на Юлиан обаче се отнася до хипотеза, при която един от купувачите има владението на вещта (*melior causa sit possidentis quam petentis...*), а другият купувач - не.

И двамата са получили *traditio*, но само един от купувачите има материалното предаване на вещта. Поради тази причина другият купувач, който има предпоставките и той за упражняването на *Publiciana*, тъй като и той все пак е получил *traditio*, макар и нематериална, претендира да я упражни спрямо този, който има владението на вещта.

Решението на Юлиан пасва перфектно на така формулираната хипотеза.

Този, който иска с Публициевия иск (оставям така значението на израза „...*quam petentis...*“) да получи владението на вещта, е този, на когото е направена нематериалната *traditio*. Но той според Юлиан няма да има предимство: *melior causa sit possidentis quam petentis*.

В случая на покупка *a diversis non dominis* решението на Юлиан е различно, тъй като съвсем различен е казусът, разгледан от юриста: от двамата купувачи един има владението на вещта, а другият - не.

По подобен начин Паул обръща внимание на следното в:

D. 50.17.128pr. (Paul. 19 *ad ed.*): *In pari causa possessor potior haberi debet.*

Ако фактическият състав беше различен, според мен трябваше да се приложи критерият, използван от Юлиан, за да се разреши конфликтът между двамата купувачи *a diversis non dominis*. Ако и двамата купувачи бяха загубили владението върху вещта, Юлиан не би могъл да приложи критерия, който счита по-добра позицията на владелеца. Тогава би надделяло решението за предимството в *traditio*<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> Трябва да имаме предвид, че свидетелства за използването на този критерий има и от следкласическия и от юстиниановия период и са свързани именно с темата за споровете *ex causa donationis*, отнасящи се до „*dominum*“ за провинциалните земи „*rei tributariae*“: Fr. Vat. 315. *Diocletianus et Costantinus Ulpiae Rufinae. Cum ex causa donationis*

Не знаем дали това е така, но не можем да го изключим, защото Юлиан използва критерия за предимството поради извършената традиция не само за да разреши спора между двамата купувачи от същия продавач *non dominus* (в D. 6.2.9.4), но също така и за да разреши конфликта между двамата купувачи, когато единият е купил *a non domino*, а другият *a domino*<sup>55</sup>.

По този повод трябва да се вземе предвид също:

D. 21.3.2 (Pomp. 2 ex Plaut.): *Si a Titio fundum emeris qui Sempronii erat isque tibi traditus fuerit, pretio autem soluto Titius Sempronio heres exstiterit et eundem fundum Maevio vendiderit et tradiderit: Iulianus ait aequius esse priorem te tueri, quia et si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione summovertetur et si ipse Titius eum possideret, Publiciana peteres .*

А също така и:

D. 6.1.72 (Ulp. 16 ad ed.): *Si a Titio fundum emeris Sempronii et tibi traditus sit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres extiterit et eundem alii vendiderit et tradiderit, aequius est, ut tu potior sis. nam et si ipse venditor eam rem a te peteret, exceptione eum summovertes. sed et si ipse possideret et tu peteres, adversus exceptionem dominii replicatione uteris.*

Смисълът на тези два фрагмента – единият от Помпоний (който препраща към мнението на Юлиан, на което на практика се базира) и другият от Улпиан – се изяснява по-добре като се четат два фрагмента от самия Улпиан, но по-внимателно, които имат почти еднакво съдържание. В този втори фрагмент Улпиан и този път,

---

*uterque dominium rei tributariae vindicetis, eum, cui priori possessio vel soli tradita est, haberi potiolem convenit.* (a. 291 p. c.); CJ. 3.32.15. Impp. Diocletianus et Maximianus AA et CC Aurelio Proculino. ... *cum, et si ex causa donationis utriusque dominium rei vindicetis, eum, cui priori possessio soli tradita est, haberi potiolem conveniat.* Data XV kal. Oct. AA cons. Доколкото и двамата трябва да направят ревандикация за доминиума на вещта *ex causa donationis*, този който ще получи предимство е този, за когото *traditio* е направена първа. Вж. RONCATI. *Emere vendere tradere, cit.*, p. 137 ss.

<sup>55</sup> Дали трябва да бъде изключен единият или другият критерий в отделните казуси, зависи от специфичните условия на *dante causa: dominus/non dominus*.

както и в D. 6.2.9.4 препраща към мнението на Юлиан<sup>56</sup>, споделяйки отново неговата мисъл<sup>57</sup>:

D. 44.4.4.32 (Ulp. 76 ad ed.): *Si a Titio fundum emeris qui Sempronii erat isque tibi traditus fuerit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres extiterit et eundem fundum Maevio vendiderit et tradiderit*<sup>58</sup>: *Iulianus ait aequius esse praetorem*<sup>59</sup> *te tueri, quia et, si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione in factum comparata vel doli mali summovertetur et, si ipse eum possideret et Publiciana peteres, adversus excipientem „si*

<sup>56</sup> Пре-предадено също така от Помпоний в D. 21.3.2.

<sup>57</sup> Както може да се заключи поради липсата на заемане на позиция в противоположния смисъл.

<sup>58</sup> Според преобладаващото схващане *tradiderit* е заместване на компилаторите на мястото на *mancipaverit* (или *mancipio dederit*). Вж. LENEL, O. *Palingenesi*. Il col. 865, n. 2; и също така сред другите: LONGO, C. *L'origine della successione particolare nelle fonti di diritto romano*. – *BIDR*, 14, 1901, p. 254; DE FRANCISCI, P. *Il trasferimento della proprietà*. Padova, 1924, p. 251-252, n. 1; PRINGSHEIM, F. *Eigentumsübergang beim Kauf*. – *ZSS*, 50, 1930, p. 418; ARCHI, G.G. *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana*. Padova, 1934, p. 146 ss.; KOSCHAKER, P. *Fr. 4.32 D.44.4*. Contributo alla storia ed alla dottrina della convalida nel diritto romano. – *Ivra*, 4 (1953), p. 1, n. 3; GALLO, F. *Un capitolo di storia della pubblicità*. Rec. di COLORNI. *Per una storia della pubblicità immobiliare*. – *Labeo*, 3, 1957, p. 105, ss., spec. p. 121 ss.; APATHY. *Die actio Publiciana*, cit., p. 176; CANNATA, C. A. *Corso di istituzioni*. I, cit., p. 546, n. 266; ID., 'Exceptio doli generalis' e diritti reali. – In: *L'eccezione di dolo generale*, cit., p. 242; ELSENER, U. *Les racines romanistes de l'interdiction de l'abus de droit*. Neuchâtel, 2004, p. 73; BURDESE, A. *L'eccezione di dolo generale in rapporto alle altre eccezioni*. – In: *L'eccezione di dolo generale*, cit., p. 470; ZOZ. *Eccezione di dolo generale e 'replicatio doli'*, cit., p. 519. Признаването на интерполацията не е нещо маловажно и бидейки очевидно, че е направено за целите на изясняването на конкретното положение, прехвърлено на втория купувач Мевий (*nudum ius Quiritium/possessione*), или за целите на индивидуализацията на отношенията на привилегия що се отнася до потенциалния спор между двамата купувачи и до това какво всъщност им е прехвърлено. Ако се допусне интерполацията, то конфликтът се осъществява между единия купувач – бонитарен собственик (Тиций, превърнал се в такъв – според това, което най-общо се твърди в доктрината – поради ефекта на потвърдената легитимация от традицията Тиций) и втория купувач – титуляр на *nudum ius Quiritium* (Мевий, на когото имотът е манципиран). Реконструиран в тези параметри, конфликтът между тези две различни ситуации, би бил разрешен в полза преимуществено на бонитарната собственост, отколкото на *nudum ius Quiritium*. По въпроса вж.: VACCA. *Il cd. duplex dominium*, cit., p. 110. *Contra* COLORNI, V. *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*. Milano, 1954, p. 95 ss., която счита, че във фрагмента има две различни *traditiones*, една, направена *a non domino*, и друга *a domino*. В спора между двамата купувачи трябва да надделее купувачът *a domino* т.е. вторият.

<sup>59</sup> Според DI LELLA. *Formulae Ficticiae*, cit., p. 107 и BURDESE. *Editto publiciano e funzioni della compravendita romana*, cit., p. 124, dovrebbe leggersi al posto di *praetorem*, *priorem*, става въпрос за мнение, което не намира отзвук в доктрината.

*non suus esset“ replicatione uteris, ac per hoc intellegeretur eum fundum rursum vendidisse, quem in bonis non habere*<sup>60</sup>.

Тиций е купил и продал на „теб“ един имот, който принадлежи на Семпроний, получавайки цената за него. Впоследствие Тиций междувременно става *dominus ex iure Quiritium* на този имот (доколкото е наследник на Семпроний), продава и предава<sup>61</sup> имота на Мевий.

---

<sup>60</sup> Относно този текст, освен вече цитираната литература виж също така и: BONFANTE, P. *Scritti giuridici varii. II. Proprietà e servitù*. Torino, 1918, p. 458 ss.; DE SARLO, A. *La definizione dell'actio Publiciana nel diritto dei classici*. – In: *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli, 1899-1948, p. 209 ss.; TONDO. *Convalida del pegno, cit.*, p. 96 ss.; STURM, F. *Zur ursprünglichen Funktion der actio Publiciana*. – *RIDA*, 9,1962, p. 390; DIOSDI, G. *Ownership in ancient and preclassical roman law*. Budapest, 1970, p. 170, n. 28; RANIERI, F. *Alienatio convalescit. Contributo alla storia ed alla dottrina della convalida nel diritto dell'Europa continentale*. Milano, 1974, p. 7 ss.; CUESTA SAENZ. *La accion publiciana, cit.*, p. 74 ss.; ALBANESE, B. *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*. Palermo, 1985, p. 118; ANKUM, H. *Le droit romain classique a-t-il connu un droit de propriété bonitaire relatif?* - In: *Satura R. Feenstra*, Freiburg, 1985, p. 130, p. 133 ss.; POOL, E. *Lateinische Syntax und juristische Begriffsbildung: in bonis alicuius esse und bonitarisches Eigentum im klassischen römischen Recht*. – *ZSS*, 102, 1985, p. 277; ANKUM, H., M. VAN GESSEL-DE ROO, E.H. POOL. *Die Verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks in bonis alicuius esse/in bonis habere im klassischen römischen Recht. (In bonis II)*. – *ZSS*, 105, 1988, p. 429; MACCORMACK, G. *Dolus in decisions of the mid-classical jurist (Julian-Marcellus)*. – *BIDR*, 96-97, 1993-94, p. 107 ss.; THIELMANN. *Nochmals: Doppelveräußerung durch Nichtberechtigte, cit.*, p. 212 ss.; SCHERILLO, G. *Corso di diritto romano. La successione*. Bologna, 1997 (rist. a cura di F. GNOLI), p. 134 ss.; VACCA, L. *La riforma di giustiniano in materia di „usucapio“ e „longi temporis praescriptio“ fra concezioni dommatiche classiche e prassi postclassica*. – *BIDR*, 96-97, 1993-1994, p. 182; EAD. *La garanzia per evizione e le obbligazioni del venditore nel sistema romano e nel sistema del codice civile italiano*. – In: *Vendita e trasferimento della proprietà. Materiali per un corso, cit.*, p. 288 n. 67; EAD. *La doppia vendita e la rilevanza dell'affidamento, cit.*, p. 614 ss.; CUENA BOY, F. *Sistema Jurídico y derecho romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana*. Santander, 1998, p. 140, n. 449; MARTIN MINGUIJÓN, A. R. *Acciones ficticias y acciones adyecticias fórmulas*. Madrid, 2001, p. 88; WUBBE, F. *Pomp. D.50.17.33 und so weiter. In Iurisprudencia universalis. (Festschrift für T. Mayer-Maly)*. Wien, 2002, p. 915, n. 11; SANSÓN RODRÍGUEZ, M. V. *La buena fe en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones desde la perspectiva del derecho privado romano*. – In: *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese (Padova-Venezia-Treviso, 14-16 giugno 2001)*, a cura di L. GAROFALO. III. Padova, 2003, p. 335; RONCATI. *Emerere vendere tradere, cit.*, p. 61 ss.; RODRÍGUEZ DIEZ, J. E. *Potestas alienandi. Transfer of ownership by a non-owner from Roman law to the DCFR*. Oisterwijk, 2016, p. 202 ss.

<sup>61</sup> Вж. по-горе на същия параграф.

Решението, предложено от Юлиан е по всяка вероятност и този път споделено от Улпиан и е именно в смисъла, че се счита за по-справедливо преторът да даде предимство на първия купувач („теб“), който първи получава имота<sup>62</sup>.

Този е всъщност, който пръв има предпоставките за Публициевия иск, т.е. този, който пръв придобива положение, което да е защитено *erga omnes*<sup>63</sup>. Разбира се, че последно разгледаният фактически състав не е напълно идентичен с разгледания от Юлиан във втората хипотеза на D. 6.2.9.4.

И все пак обстоятелството, че Тиций продава първо като *non dominus*, въвежда един вариант, който ни кара да разглеждаме казуса все едно продавачите са различни субекти, автори на различни прехвърлителни сделки, чиито транслативни последици се дискутират точно в този текст.

Ако казусът се изследва внимателно, това, което веднага привлича вниманието на тълкуващия е, че в него се съдържа също така хипотеза, в която никой от двамата купувачи няма владението на вещта. Тази хипотеза се открива при Тиций (продавачът):

---

<sup>62</sup> Той всъщност разполага с *exceptio in factum comparata* или *doli mali* срещу *reivindicatio* на имота, която може да бъде упражнена срещу Тиций (който вече е станал собственик), а също така и с *actio Publiciana* за връщането на имота, който евентуално може да бъде владян от него (Тиций), а също така и с *replicatio*, с която да се парализира *exceptio „si non suus esset“*, която може да бъде противопоставена от Тиций срещу *actio Publiciana*. Относно наличието и истинността на *exceptio in factum* в миналото са отправени някои питання и съмнения. Според някои тя би заела мястото на оригиналната *exceptio rei venditae et traditae* (така счита BIONDI, B. *Iudicia bonae fidei*. Palermo, 1920, p. 47 ss.; BOYER, G. *Recherches historiques sur la résolution des contrats*. Paris, 1924, p. 81; PRINGSHEIM. *Eigentumsübergang beim Kauf*, cit., p. 418; WIEACKER, F. *Lex commissoria*. Berlin, 1932, p. 55); според други обаче става въпрос за една следкласическа глосема (така е и според KOSCHAKER. *Fr. 4.32 D. 44.4 Contributo*, cit., p. 3 ss.). Доминиращата доктрина се опитва да запази нейния автентичен характер. В този смисъл вж.: LONGO, C. *L'origine della successione particolare nelle fonti di diritto romano*. – *BIDR*, 14, 1901, p. 254; DE FRANCISCI. *Il trasferimento della proprietà*, cit., p. 252; FERRINI, C. Sulla „*exceptio rei venditae ac traditae*“. – In: *Opere*. III. Milano, 1929, p. 282 ss.; GALLO. *Un capitolo di storia della pubblicità*, cit., p. 123; TONDO. *Convalida del pegno*, cit., p. 96, n. 8; АПАТНУ. *Die actio Publiciana*, cit., p. 176 ss.; DI LELLA. *Formulae Ficticiae*, cit., p. 108; МАССОРМАК. *Dolus in decisions of the mid-classical jurist (Julian-Marcellus)*, cit., p. 108; BURDESE. *Editto publiciano e funzioni della compravendita romana*, cit., p. 124 ss.; CANNATA. *Corso di istituzioni. I*, cit., p. 546, n. 269.

<sup>63</sup> За Улпиан и Юлиан очевидно не се открива положението на *dominus ex iure Quiritium* на продавача от втората продажба за целите на приложението на критерия за предимството на купувача, който първи е получил *traditio*.

D. 21.3.2 (Pomp. 2 ex Plaut.): *Si a Titio...: Iulianus ait aequius esse priorem te tueri... et si ipse Titius eum possideret, Publiciana peteres*

D. 6.1.72 (Ulp. 16 ad ed.): *Si a Titio ... sed et si ipse possideret et tu peteres, adversus exceptionem dominii replicatione uteris.*

D. 44.4.4.32 (Ulp. 76 ad ed.): *Si a Titio ... Iulianus ait ... et, si ipse eum possideret et Publiciana peteres...*

И с позоваване на тази хипотеза, която се характеризира с липса на владение от страна и на двамата купувачи, Юлиан, както и Нераций в предложения от него казус не се колебае да приложи критерия за приоритета при *traditio*.

Приложението на единия или на другия критерий се свързва тясно със специфичните обстоятелства на казуса.

В този смисъл трябва да се помисли, че подобен на въпроса, който разглеждаме тук, е поставен и относно материята на вещните гаранции<sup>64</sup>:

D. 20.4.14 (Paul. 14 ad Plaut.): *Si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pigneraverit, prior potior est, quamvis, si a diversis non dominis pignus accipiamus, possessor melior sit*<sup>65</sup>.

За Паул, ако един собственик по различно време е дал в залог една и съща вещь на две различни лица, трябва да се предпочита първият (кредитор), но продължава юристът, ако получим една вещь в залог от различни несобственици, по-добра е позицията на владелеца.

Изглежда, че двата използвани критерия (привилегия на кредитора, на когото вещта първо е дадена в залог/привилегия на кредитора, който се оказва владелец) са точно тези, които фигурират в D. 6.2.9.4 (привилегия на този, който пръв е

---

<sup>64</sup> CARUSI. *L'azione publiciana*, cit., p. 190, n. 58; cfr. GARCÍA GARRIDO. *Similitudines e interpretación jurisprudencial*, cit., p. 281.

<sup>65</sup> Относно този текст вж. и TONDO. *Convalida del pegno*, cit., p. 141 ss.; FREZZA, P. *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano*. II. Padova, 1963, p. 247 ss.; WACKE, A. *Prozeßformel und Beweislast im Pfandrechtsprätendententstreit*. – TR, 37, 1969, p. 384 s.

получил *traditio* на вещта/привилегия на владелеца)<sup>66</sup>. И в този казус двамата, имащи основание, получават вещта: в първия случай от същия неособственик, а във втория от различни неособственици (*si a diversis non dominis...*)<sup>67</sup>.

Това обаче не означава, че за спора между двамата заложни кредитори се прилагат винаги едни и същи критерии<sup>68</sup>. Не означава също и че ако длъжникът учреди залог върху една и съща вещь в полза на двама различни кредитори, се прилага винаги същият критерий за приоритета на първия кредитор, както е видно в предходната хипотеза. Ако фактическите условия са различни, различен трябва да бъде и използваният критерий.

По този въпрос трябва да се има предвид следният текст:

D. 20.1.10 (Ulp. 73 ad ed.): *Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit ita, ut utrique in solidum obligatae essent, singuli in solidum adversus extraneos serviana utentur: inter ipsos autem si quaestio moveatur, possidentis meliorem esse condicionem...*<sup>69</sup>.

Улпиан твърди, че ако един длъжник учредява залог едновременно на две лица (*simul*) по начин, че те са обвързани за цялото, всеки един от тях може да се възползва от *actio Serviana* срещу третите лица; ако впоследствие възникне спор между тях, безспорно по-добро е положението на този, който владее.

И тук (както и в D. 20.4.14) един длъжник – *dominus* (но този път това обстоятелство няма особено голямо значение, както в D.44.4.32) учредява залог за

---

<sup>66</sup> Както отбелязва TONDO. *Convalida del pegno, cit.*, p. 142: „Приложението на свършено еднакви критерии в отношението при сходни ситуации“. Вж. също така и p. 146.

<sup>67</sup> По отношение на този втори казус пише и FREZZA. *Le garanzie delle obbligazioni. II, cit.*, p. 248, че „нормата «*possessor melior est*» произлиза от невъзможността да бъде установено каквото и да е правно отношение, което да обуславя преимуществената позиция на единия кредитор спрямо другите“.

<sup>68</sup> FREZZA. *Le garanzie delle obbligazioni. II, cit.*, p. 247 ss.

<sup>69</sup> FREZZA. *Le garanzie delle obbligazioni. II, cit.*, p. 249; WACKE. *Prozeßformel und Beweislast im Pfandrechtsprätendententstreit, cit.*, p. 396; HANARD, G. *Interdit salvien et action servienne. La genèse de l'hypothèque romain. – RIDA*, 41, 1994, p. 274; DE SIMONE, M. *Litis aestimatio e actio pigneraticia in rem. A proposito di D. 20.1.21.3. – AUPA*, 51, 2006, p. 26, p. 27; DE LULLIS, F. *Studi sul pignus conventum. Le origini. L'interdictum Salvianum*. Torino, 2017, p. 216.

една и съща вещь на двама различни кредитори. Ако все пак между тях възникне конфликт, този път няма да бъде по-добро положението на този, който пръв е имал вещи в залог, а ще бъде положението на този, който я владее.

Тук различното решение зависи изключително от факта, че длъжникът учредява залога не по различно време (както е във фрагмента от Паул), а едновременно. Това обстоятелство пречи да бъде индивидуализирано преимущество на единия кредитор спрямо другия и не остава друго освен да се прибегне до критерия „*possidentis meliorem esse condicionem*“.

Трябва да се каже, че току-що споменатият фрагмент възпроизвежда „почти буквално“<sup>70</sup> точно един текст на Юлиан:

D. 43.33.1.1 (Iul. 49 dig.): *Si colonus res in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita ut utrique in solidum obligatae essent, singuli adversus extraneum Salviano interdicto recte experientur: inter ipsos vero si reddatur hoc interdictum, possidentis condicio melior erit*<sup>71</sup>.

В този фрагмент юристът твърди, че ако един колон е донесъл вещи като залог в имот, принадлежащ на две лица, *ita ut utrique in solidum obligatae essent*, кредиторите могат *recte* да упражнят *interdictum Salvianum adversus extraneum; inter ipsos*, но определено ще бъде по-добро положението на владелеца.

Очевидно и в този случай е невъзможно да се използва за целите на интердиктната защита критерият за предимството на предаването на вещи, като се има предвид едновременното учредяване на залога в полза на двама кредитори.

Всъщност и тук, както и в случая на разгледания казус за двойната продажба *a diversis non dominis*, решението зависи изключително от обстоятелствата, налични във фактите, разгледани от юристите.

---

<sup>70</sup> DE SIMONE. *Litis aestimatio e actio pigneraticia in rem*, cit., p. 26, p. 27.

<sup>71</sup> Относно този фрагмент вж. и: HANARD. *Interdit salvien et action servienne*, cit., p. 270 ss.; и последно препращам към DE LULLIS. *Studi sul pignus conventum*, cit., p. 215 (и цитираната там библиография).



«MAIORA QUIS PONDERA TIBI COMMODAVIT CUM EMERES AD PONDUS». БЕЛЕЖКИ КЪМ D. 47.2.52.22 (ULP., 37 AD ED.)\* (НА БЪЛГАРСКИ ЕЗИК)

Проф. д-р Марияграция Рици

Университет Милано-Бикока, Милано, Италия

**Резюме:** Статията е насочена към задълбочен анализ на решаването на правен казус, първоначално предложен от Mela, а след това и от Улпиан, по отношение на заема за послужване на теглилки (*pondera maiora*), които са били използвани от заемателя за претегляне на стоки с цел тяхното закупуване. Mela определя заемодателя на теглилките като легитимиран субект по *actio furti*, предявен от продавача на стоките; текстът съдържа и допълнителен коментар, че заемателят-купувач ще трябва да отговоря за същото, ако е знаел за неточността на теглилките. Изследвайки различните хипотези, представени досега от учените, се предлага едно ново ключово тълкуване в опит да се разберат мотивите, които може би са довели Mela до негово решение - разсъждение, което вероятно е било много по-сложно, отколкото досега.

**Ключови думи:** Mela; *furtum*; D. 47.2.52.22.

---

\* Статията със заглавие „*Maiora quis pondera tibi commodavit cum emeris ad pondus*“. Note a D. 47.2.52.22 (Ulp. 37 ad ed.) Index. Quaderni camerti di studi romanistici, 44, 2016, p. 307-321 и е предоставена за превод и издаване на български език с изричното съгласие на автора и издателя.

"MAIORA QUIS PONDERA TIBI COMMODAVIT CUM EMERES  
AD PONDUS". NOTES TO D. 47.2.52.22 (ULP., 37 AD ED.)  
(BULGARIAN LANGUAGE)

**Prof. Mariagrazia Rizzi, PhD**

University Milano-Bicocca, Milan, Italy

**Abstract:** The article is aimed at a thorough analysis of the solution of a legal case originally offered by Mela and then proposed again by Ulpian, regarding the lending of pondera maiora, which were used by the borrower to weigh goods for the purpose of purchasing said goods. Mela identifies the lender of the weights as a legitimate subject to an actio furti brought in by the seller of those goods; the text also contains an additional remark that the borrower/buyer will have to respond to the same action, if he has scientia about the incorrectness of the weights. The author examines the various hypotheses brought forward by scholars so far, and offers a new interpretative key to the case in an attempt to understand the reasoning that might have led Mela to his solution – a reasoning, which possibly might have been more sophisticated than recognized until now.

**Keywords:** Mela; furtum; D. 47.2.52.22.

## 1. Текстът

В рамките на един дълъг фрагмент на Улпиан, взет от книга XXXVII на коментара към преторския едикт (*ad edictum*) и включен от компилаторите в титул II на книга XLVII на Дигестите на Юстиниан, е представен следният казус:

*D. 47.2.52.22 (Ulp. 37 ad ed.). Maiora quis pondera tibi commodavit cum emereres ad pondus: furti eum venditori teneri Mela scribit; te quoque, si scisti: nam<sup>1</sup> non ex voluntate venditoris accipis cum erret in pondere.*

Едно лице е заело<sup>2</sup> теглилка (*pondera*)<sup>3</sup> на друго лице (в текста се използва 2 л. ед.ч.), който ги е използвал за покупко-продажба с претегляне. Теглилката обаче е била „по-голяма“ (*maiora*) в сравнение с посоченото тегло. Така, продавачът, който

---

<sup>1</sup> *Nam* не фигурира в *Littera Florentina*. Въпреки това е въведен от повечето издатели (*ad es. editio maior* на Дигестите), както и в преобладаващата доктрина; в тази насока е и CURSI, F. *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*. Napoli, 2008, 30, п. 13. За въвеждането на *enim* вж. *editio minor* на *Digesta* и по отношение на съвременната доктрина срв. FARGNOLI, I. *Ricerche in tema di furtum. Qui sciens indebitum accipit*. Milano, 2006, p. 139. Не е интегрирано от издателите GARCÍA DEL CORRAL. L. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. III. Barcelona, 1897, p. 663 и в доктрината, наред с останалите вж. ALBANESE, B. *La nozione del furtum fino a Nerazio*. – In: *AUPA*, 23, 1953, p. 71.

<sup>2</sup> За сходен казус на наем на теглилки с цел извършване на покупко-продажба срв. D. 4.3.18.3, към който ще имаме повод да се върнем в хода на анализа. По отношение на неточните теглилки вж. също и D. 19.1.32. Някои източници свидетелстват и за случаи на наем на теглилки и мерки. Най-напред, от значение са свидетелствата в D. 19.2.13.8. В този смисъл може да бъде прочетен и надпис върху релеф, който днес се съхранява във Ватиканските музеи. Там е изобразен Храмът на Богинята Конкордия в Рим с две амфори от страни и един голям кръгъл обект в средата на входа на храма, заедно с надпис, който, водейки се по тълкуването на GUARDUCCI, M. *Il tempio della dea Concordia in un bassorilievo dei Musei Vaticani*. – In: *Rend. Pont. Accad. Rom. di Archeol.* 39, 1961-62, p. 98 (*Scritti scelti sulla religione greca e romana e sul cristianesimo*. Leiden, 1983, p. 152), може да се отнася точно до наемането, вероятно на много символични цени, на мерки, съхранявани в Храма ([*l*]n h[ac] aed[e] [..]bini Ma[-] [-] [mo]di loc[a]ntu[r]).

<sup>3</sup> Не става въпрос за стандартни теглилки, както се сочи от FARGNOLI, I. *Ricerche in tema di furtum, cit.*, p. 139. Стандартните теглилки са официални тежести, които са се използвали при производството на теглилки, използвани за търговски сделки и са се съхранявали на безопасни, обикновено свещени (посветени на богове) места.

се оказва, че е дал повече стоки, отколкото е било договорено<sup>4</sup>, според Mela<sup>5</sup> би могъл да предяви *actio furti*<sup>6</sup> срещу този, който е заел на купувача неточната теглилка (*pondera iniqua*). В текста е добавен и лаконичният израз „*te quoque si scisti*“ - че това действие може да бъде предприето и срещу купувача, ако той е знаел за нередовностите на *pondera*, уточнявайки, че купувачът е получил повече, но не на основание на волята (*voluntas*) на продавача.

---

<sup>4</sup> Тази особеност не се съдържа в частта с решението на Mela, но може да се предположи, че това е бил проблемът, породен от употребата на по-тежки теглилки, използвани за измерването на количеството закупени стоки. Друг би бил въпросът, ако бяхме в хипотеза на продажба, при която количеството на стоките вече е било определено преди претеглянето и теглилките бяха използвани за определяне на цената въз основа на теглото. В такъв случай би следвало продавачът да е дал на купувача договореното количество стоки. Срв. HAYMANN, F. *Grenzen zwischen Betrug und Diebstahl bei der Sachübergabe im römischen Recht.* – *BIDR*, 59, 1956, p. 29 ss. Що се отнася до стоката, тя е трябвало да бъде заменяема, както отбелязва JOLOWICZ, H. F. *Digest XLVII.2. De furtis.* Cambridge, 1940, p. 77, n. 22, а след това и от FARGNOLI, I. *Ricerche in tema di furtum, cit.*, p. 139.

<sup>5</sup> В Дигестите този юрист е цитиран четиридесет пъти от юристи от следващата епоха - предимно от Улпиан (30), Паул (7), Африкан (2), Венулей (1). От друга страна няма фрагмент, който да е взет директно от неговите творби. Само в един пасаж на Дигестите е посочено и *nomen Fabius* (D. 43.23.1.2), докато от неговите трудове се споменава само веднъж десета книга и то без уточнения (D. 46.3.39). По-задълбочен анализ на тази фигура се съдържа предимно в по-старите съчинения. Изследването на DIRKSEN, H. E. *De Favio Mela juriconsulto.* Regiomonti, 1818, *passim* е от началото на XIX в., докато в края на същия век е трудът на FERRINI, C. *Saggi intorno ad alcuni giureconsulti romani.* - *RIL*.s.II, 18, 1885, p. 900 ss. [= *Opere di Contardo Ferrini II. Studi sulle fonti del diritto romano*, куратор E. Albertario, Milano, 1929, p. 11 ss.], посветен на Mela, в рамките на по-обширен труд за някои „по-млади“ юристи от Републиканската и Класическата епохи. От същата епоха е и трудът на BRASSLOFF, S. v. „*Fabius*“. – *RE*, VI.2, Stuttgart, 1909, 1830. На Fabio Mela са посветени и други задълбочени анализи - на KRÜGER, P. *Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts.* München-Leipzig, 1912, p. 160; DETLEFSEN, D. *Die Geographie Afrikas bei Plinius und Mela und ihre Quellen der Formulae Provinciarum. Eine Hauptquelle des Plinius.* Roma, 1972, *passim*; GUARINO, A. *L'esegesi delle fonti del diritto romano.* I. Napoli, 1968, p. 199, n. 38; KUNKEL, W. *Die Römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung.* Köln-Weimar-Wien, 2001, p. 116. Докато в някои случаи изцяло липсва изложение за Mela и трудовете му, то други се ограничават само до това да го споменат измежду останалите юристи от края на класическата епоха и началото на Принципата. Срв. BONFANTE, P. *Storia del diritto romano.* Milano, 1923, p. 381; DE FRANCISCI, P. *Storia del diritto romano.* II. Milano, 1943, p. 418; RICCOBONO, S. *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano.* Milano, 1949, p. 83; ARANGIO-RUIZ, V. *Storia del diritto romano.* Napoli, 1984, p. 279; BRETONE, M. *Storia del diritto romano.* Roma-Bari, 2006, p. 282, p. 428. За други препратки към юриста срв. *infra* § 5.

<sup>6</sup> В допълнение към въпросния текст, в Дигестите се говори за вижданията на Mela по отношение на въпроси, свързани с *furtum* и в D. 47.2.52.23, към които ще имаме повод да се върнем за малко по-нататък в труда, а именно в D. 47.2.52.7 и D. 47.2.52.18.

Конструкцията на текста оставя впечатлението, че Mela преди всичко определя заемотателя на теглилката като пасивно легитимиран по отношение на *actio furti*; отговорността за кражбата на заемателя-купувач изглежда, че е по изключение и зависи от знанието му за неточността (*iniquitas*) на теглилката.

В доктрината тази последователност предизвиква известни съмнения, което води до формулирането на различни хипотези. По-специално, спорно е дали Mela в действителност е считал като пасивно легитимиран единствено заемотателя, както и до каква степен откъсът от текста „*te quoque, si scisti*“ може да бъде относим за него или по-скоро дали не е бил добавен впоследствие, може би от Улпиан или от Юстиниановите компилатори, за да се структурира мисълта му.

## 2. Възможни тълкувания на идеите на Mela

Подробно могат да бъдат индивидуализирани следните интерпретации на пасажа, представени в романистичната доктрина.

Някои автори, в частност Ferrini, а сравнително наскоро и Fagnoli<sup>7</sup>, приемат че частта *furti ... si scisti* е един общ израз, според която *si scisti* би представлявала един хипотетичен период, отнасящ се както за заемотателя, така и за заемателя/купувача. С други думи, на база този прочит, ако купувачът (*emptor*) е наясно с разликата в мерките, продавачът ще може да се позове на *actio furti* срещу *emptor*, който ще отговаря като извършител на кражбата, както и срещу заемотателя, който пък ще носи отговорност като съучастник. В случай обаче, че купувачът не знае за неточността (*iniquitas*) на теглилката, то нито *emptor*, нито заемотателят могат да бъдат пасивно легитимирани по иска за кражба.

Huvelin, Haymann и Watson също подкрепят тезата за съучастие, макар и изтъквайки различни от разгледаните доводи. Според френския учен заемотелят, който е пасивно легитимиран по *actio furti*, в хипотезата на съучастие като *ope*,

---

<sup>7</sup> FERRINI, C. *Appunti sulla teoria del furto in diritto romano nei suoi rapporti con la teoria del possesso*. – AG, 47, 1891, цера в *Opere di Contardo Ferrini V*, купатор V. Arangio Ruiz, Milano, 1930, p. 150 ss; FARGNOLI, I. *Ricerche in tema di furtum*, cit. p. 146 ss.

винаги носи отговорност, независимо дали е знаел или не за *iniquitas* на теглилката<sup>8</sup>. Според Naumann<sup>9</sup>, става въпрос за съучастие, в което както заемотателят, така и заемателят/купувач са били наясно с неточността на теглилката. И според Watson<sup>10</sup> Mela е взел предвид хипотезата на съучастие, но според него е счел за толкова очевидна *scientia* на заемателя/купувача, че не е сметнал за необходимо да дава допълнителни пояснения; компилаторите от друга страна, откривайки тези пропуски, са ги добавили, по граматически несвързан начин, чрез думите *te ... pondere*.

Според друга съвременна теория, Mela е индивидуализирал единствено заемотателя като пасивно легитимиран по *actio furti*, воден от широкото понятие за кражба. А *actio furti* срещу заемателя/купувача е бил добавен впоследствие от Улпиан<sup>11</sup> или евентуално от компилаторите<sup>12</sup>. В тази теория са развити няколко варианта, свързани с широкото понятие за *furtum*, въз основа на което юристът се обосновава. Някои го определят като умишлено намаляване на имуществото, възприето от други като *contrectatio*, реализирано чрез купувача, без *animus lucri faciendi*. Към широкото понятие за *furtum* и приложението на *actio furti* се свързва още една теория, според която и двата варианта на думите *furti ... si scisti* са били взети предвид от Mela<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> HUVELIN, P. *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*. I. Les sources. Lyon-Paris, 1915, p. 617 ss.

<sup>9</sup> HAYMANN, F. *Grenzen zwischen Betrug und Diebstahl*, cit., p. 30 ss.

<sup>10</sup> WATSON, A. *Contrectatio again*. – *SDHI*, 28, 1962, p. 338 [= *Studies in roman private law*. London-Rio Grande, 1991, p. 298].

<sup>11</sup> FLORIA HINDALGO, M. D. *La Casuística del Furtum en la Jurisprudencia Romana*. Madrid, 1991, p. 195; FERRETTI, P. *Complicità e furto nel diritto romano*. Milano, 2005, p. 96 ss., n. 84, p. 201 ss., n. 111. ALBANESE, B. *La nozione del furtum*, cit., p. 73, смята тази част от текста за класически, като същевременно признава съществено съкращение от страна на компилаторите, в което Улпиан е трябвало да развие по-широко позицията си и по отношение на наличието на *actio de dolo*.

<sup>12</sup> Така BREMER, F. P. *Jurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*. II.1. Lipsiae, 1898, p. 297; JOLOWICZ, H. F. *Digest XLVII.2*, cit., p. 77 ss. Bremer, Jolowicz и Albanese смятат, че и следващият *non ... in pondere* е добавено от Юстиниановите компилатори.

<sup>13</sup> В този смисъл STEIN, P. *False Measures in the Roman Law of Sale*. - *The Cambridge Law Journal*, 13.2, 1995, p. 229 ss.; ID. *Fault in the Formation of Contract in Roman Law and Scots Law*. Edinburgh, 1958, p. 95 (в което изцяло се съдържа гореспоменатата статия, публикувана през 1955). Ученият придава значение само на последния израз *cum erret in pondere*. На Mela се приписва и частта, в която се споменава за *scientia* на заемателя/купувача последно от CURSI, F. *L'eredità dell'actio de dolo*, cit., p. 32.

Накрая, се изказва и хипотеза, че Mela изначално не е имал предвид *actio furti*, а *actio de dolo*<sup>14</sup>.

### 3. Връзката между решението на Mela и предложението на Требаций в D. 4.3.18.3

В допълнение към тълкуването на разглеждания текст, е връзката му с D. 4.3.18.3<sup>15</sup>, в който се разглежда хипотезата за заем с *pondera ut venditor emptori merces adpenderet*, като според Требаций решението е в упражняването на *actio de dolo* срещу заемотателя.

*D. 4.3.18.3 (Paul. 11 ad ed.). De eo qui sciens commodasset pondera<sup>16</sup>, ut venditor emptori merces adpenderet, Trebatius de dolo dabat actionem. Atquin si maiora pondera commodavit, id quod amplius mercis datum est repeti condicione potest, si minora, ut reliqua merx detur ex empto agi potest: nisi si ea condicione merx venit, ut illis ponderibus traderetur, cum ille decipiendi causa adfirmasset se aequa pondera habere.*

Fagnoli<sup>17</sup>, която както вече бе споменато, поддържа тезата за съучастие, счита че в двата текста е разгледано едно и също - заем с *pondera maiora* на купувача. Според нея има само една единствена, но важна разлика - в D. 47.2.52.22

<sup>14</sup> SCHULZ, F. *Classical Roman Law*. Oxford, 1951, p. 577.

<sup>15</sup> Двата текста често са анализирани заедно.

<sup>16</sup> В текста изглежда е попаднало прилагателно, което квалифицира неточността на теглилката, която е дадена на заем. Формулировките в доктрината са различни. Някои учени предлагат да се въведе *iniqua*: като Mommsen, в *editio maior* и BREMER, F. P. *Iurisprudentiae anthedrianae, cit.*, p. 418. За въвеждането на *maiora vel minora pondera* HUSCHKE, E. *Weitere Beiträge zur Pandektenkritik*. – ZSS, 9, 1888, p. 353. Други се спират на *maiora* о *minora*, в зависимост от тълкуването, което дават по отношение на субекта, на когото биха заели теглилката. Така за *pondera maiora* са на мнение HELDRICH, K. *Das Verschulden beim Vertragsschluss im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung*. - *Leipziger rechtswissenschaftliche Studien*, Leipzig, 1924, p. 15; ALBANESE, B. *La nozione del furtum, cit.*, p. 95, n. 35. Albanese смята въвеждането на *minora*, макар и да я смята за „по-малко вероятна“ в сравнение с *maiora*. Наскоро бе предложено *pondera* редом до *maiora* о *falsa CURSI*, F. *L'eredità dell'actio de dolo, cit.*, p. 30. Към този автор се препраща и за поглед към различните тези в доктрината по отношение на възможните промени в текста. (p. 29 и n. 9).

<sup>17</sup> FARGNOLI, I. *Ricerche in tema di furtum, cit.*, p. 139 ss.

заемателят/купувачът е знаел за *iniquitas* на теглилката, а според D. 4.3.18.3 - точно обратното. Следователно, в първия случай купувачът и заемодателят/съучастникът биха били недобросъвестни, доколкото във втория - *emptor* би бил добросъвестен.

Както в рамките на втората, така и в третата хипотеза, Mela е имал широко понятие за кражба, докато Требаций е следвал една по-тясна концепция, което го е подтикнало да изключи възможността за *actio furti*<sup>18</sup>.

Накрая, последната хипотеза изключва всяка възможна разлика между двата текста, като според нея и в двата случая първоначално е било предвидено наличието на *actio de dolo* срещу заемодателя, което впоследствие е било изменено в D. 47.2.52.22 с *actio furti*<sup>19</sup>.

#### 4. Теорията за *actio de dolo* и тази за съучастието

Последното посочено тълкуване най-лесно може да бъде оценено като неприемливо. Тезата, че Mela действително е говорил за *actio de dolo* и че впоследствие го е заменил с *actio furti* не намира нищо в своя подкрепа, освен в различното решение на Требаций. За сметка на това, позиционирането на фрагмента от Палингenezата, в частта от коментара на Едикта на Улпиан, посветен на кражбата, позволява да се насочим срещу подобна хипотеза. От друга страна, не е и възможно да се видят някакви елементи, които да предполагат последваща замяна (от страна на Улпиан? от компилаторите?) с *actio furti* от посочения преди това от Mela *actio de dolo* - замяна, която между другото би била формулирана по много по-фин и формален начин.

Оценката на другите хипотези, от друга страна, изисква повече размисъл. По отношение на първата теза, спомената по-горе за съучастието, може да насочим вниманието си към възгледите на Huvelin. Авторът приписва на Mela само решението за *actio furti* срещу заемодателя, като счита, че впоследствие е допълнена препратката към *scientia* на заемателя/купувача. Следователно, според Huvelin отговорността на заемодателя за кражба не е свързана със *scientia* на

---

<sup>18</sup> CURSI, F. *L'eredità dell'actio de dolo, cit.*, p. 32.

<sup>19</sup> SCHULZ, F. *Classical Roman Law, cit.*, p. 577.



заемателя/купувача. Той би отговарял като съучастник чрез материално участие, *ope tantum*. Въпреки това остава трудно да се разбере по какъв начин заемодателят би могъл да отговаря като съучастник при липсата на главно деяние<sup>20</sup>. Затова и тази теза, формулирана по този начин, не може да бъде приета.

Тезата на Ferrini, по-късно възприета и от Fagnoli, относно възможността за съучастие във връзка с D. 47.2.52.22 е значително по-обоснована. В подкрепа на тезата си, учените изтъкват и подходящ пасаж на Василиките<sup>21</sup>.

Във Василиките става ясно, че в случай на заем на *pondera maiora* купувачът и заемодателят отговарят за *furtum*:

B. 60.12.52.22 (BT VIII 2838 = Hb. V 502): 'Εάν τις άγνοοῦντος τοῦ πράτου μείζονα στάθμια ὑποβάλῃ, καὶ αὐτὸς καὶ ὁ άγοραστής ὑπόκεινται τῇ περὶ κλοπῆς άγωγῆ.

Така според Василиките купувачът и заемодателят, *scientes* за *iniquitas* на теглилката, са пасивно легитимирани по *actio furti*, упражнен от пострадалия продавач.

Още по-ясно в тази насока са схолиите, вероятно приписвани на Agioteodorita:

Sch. 103 ad B. 60.12.52.22 (BS VIII 3404 = Sch. 56 Hb. V 502): Τοῦ αὐτοῦ. 'Εάν ἦδει. Τότε γάρ ὁ μὲν ὑποβαλὼν τὰ στάθμια ὑπόκειται ὡς σπουδάσας ἐτέρῳ κλέπτοντι. 'Ο δὲ τοῦτο εἰδὼς άγοραστής ὑπόκειται ὡς κλέψας, ὡς γίνεται ἐν τῷ ι'. καὶ ις'. καὶ ιη'. θέμ. Εἰ γάρ οὐδὲ ὁ άγοραστής ἦδει τὸ τῶν σταθμίων ἄδικον, τότε οὐδὲ ψηλάφησις γίνεται οὐδὲ κλοπὴ ἐστίν, ὡς θεμ. ις'. (ἀνάγνωθι καὶ κεφ. ξζ'. θεμ. ε'.), ἀλλὰ μόνῃ ἤρμοζεν ἡ περὶ δόλου άγωγή κατὰ μόνου τοῦ ὑποβαλόντος τὰ στάθμια, ὡς βιβ. ι'. τίτ. γ'. κεφ. ιη'. θεμ. δ'.

<sup>20</sup> Дори констатацията за незнанието на заемодателя не може да бъде приета. Dolus към момента, в който срещу него е предявен *actio furti*, трябва да се счита като имплицитна. Срв. FARGNOLI, I. *Ricerche in tema di furtum*, cit., p. 145, n. 27, като критика на мнението на FERRETTI, P. *Complicità e furto*, cit., p. 201, която подчертава липсата в текста на каквото и да било споменаване за психологичното състояние на заемодателя.

<sup>21</sup> FERRINI, C. *Appunti sulla teoria del furto*, cit., p. 50 ss.; FARGNOLI, I. *Ricerche in tema di furtum*, cit., p. 146 ss.

Най-напред се взема предвид хипотезата, в която заемателят/купувачът е знаел за *iniquitas* на теглилката, за което е посочено, че в такъв случай заемодателят ще отговаря в качеството на съучастник. Ако обаче заемателят не е бил запознат с грешката, то *actio furti* не би бил приложим и срещу заемодателя, тъй като не е имало *contrectatio* и следователно не е била налице *furtum*. За продавача остава единствена възможност да предяви *actio de dolo* срещу заемодателя.

Въпреки това възникват редица пречки за приемането на тази теза<sup>22</sup>. Като за начало, доколкото се вижда във Василиките и в *scholium*, не са налице сериозни доводи, че Mela е стигнал до този извод (а може би дори и Улпиан<sup>23</sup>). Всъщност, е напълно възможно, както може би ще успеем да докажем, решението на юриста да е резултат от едно по-фино и прецизно разсъждение от даденото в двата текста, които видяхме по-нагоре. Вероятно във Василиките и относимите към него схолии е постигнато едно опростено решение, което в действителност е било много по-комплексно.

Ако обърнем отново внимание на фрагмента, подобно тълкуване би довело до необходимостта да признаем, че текстът е формално много сложен и малко последователен. Структурата на фрагмента предполага, че решението на Mela при всички случаи е предвиждало отговорност на заемодателя, независимо от знанието или незнанието на заемателя/купувача. С други думи, Улпиан, изглежда иска да съсредоточи вниманието към решението на Mela, акцентирайки най-вече върху положението на заемодателя като пасивно легитимиран. Разбира се, това не означава, че Mela не е считал заемателя/купувача за отговорен за кражба, в хипотеза на *scientia* и поради тази причина вероятно е поставено във фрагмента - дали от Mela или добавена от Улпиан<sup>24</sup> или от компилаторите, няма решаващо значение. Това обаче не е акцентът в размислите на Mela. Преди всичко той разглежда проблема с отговорността на заемодателя точно в хипотезата, в която

---

<sup>22</sup> За критики по отношение на разглежданата теза срв. CURSI, F. *L'eredità dell'actio de dolo, cit.*, p. 32, n. 19.

<sup>23</sup> В доктрината преобладава мнението, според което Улпиан, добавяйки *te quoque si scisti*, е превърнал казуса от обикновена кражба в хипотеза на съучастие. В този ред да се видят FLORA HIDALGO, M. D. *La Casuística del Furtum, cit.*, p. 195 ss.; FERRETTI, P. *Complicità e furto, cit.*, p. 202, n. 111.

<sup>24</sup> Препраща се към горепосочените автори на втората и третата теза.

заемателят/купувачът *non sciens*. Ако Mela е искал да анализира казуса от гледна точка на съучастието, формулировката на текста би била съвсем различна, като на първо място би се индивидуализирала пасивната легитимация на заемателя/купувача, а след това и тази на заемодателя на теглилката. От друга страна, фактът, че Mela проявява особен интерес към *actio furti* срещу „Hintermann“ би могло да се потвърди с последващия § 23<sup>25</sup>.

Забележките, отправени по отношение на току-що разгледаната теза, стигат и до тезите на Haymann и Watson. Първият<sup>26</sup> се позовава най-вече на Василиките, в подкрепа на тезата си, като твърди, че това е имал предвид и Mela, но думите му са били съкратени и усложнени от Юстиниановите компилатори. Въпреки това, от една страна не е задължително Василиките да са отразявали становищата от края на Републиканската епоха/началото на класическата епоха, а от друга страна обяснението за съкращението на едно по-широко изложение, първоначално развито в текст, изглежда противоречи на идеята, която изплува от решението на Mela и особения му интерес по отношение на субекта, който „маневрира“ с незаконното си поведение друг субект<sup>27</sup>. Последното, от своя страна, може да бъде противопоставено на тезата на Watson. Както вече видяхме, ученият счита, че Mela е имал предвид съучастие, но не го бил споменал изрично, тъй като хипотезата била очевидна, а впоследствие е била направена „корекция“ от компилаторите, които били установили „липсата“ на описанието в предложеното решение. По този начин

---

<sup>25</sup> D. 47.2.52.23 (Ulp. 37 *ad ed.*): *Si quis servo meo persuaserit, ut nomen suum ex instrumento, puta emptionis, tolleret, et Mela scripsit et ego puto furti agendum*. Независимо от различните проблеми в тълкуването, които се създават около текста и за които се препраща към задълбочения анализ на FERRETTI, P. *Complicità e furto, cit.*, p. 215, Mela изглежда предлага за отговорен в качеството си на основен извършител, а не като съучастник, този, който е убедил роба да изтрие надписа от *instrumentum*.

<sup>26</sup> HAYMANN, F. *Grenzen zwischen Betrug und Diebstahl, cit.*, p. 31.

<sup>27</sup> Трябва да се отбележи, че преди това ученият (*Vom Überlassen falscher Maße und Gewichte in den Digesten*. – ZSS, 40, [1919], p. 352 ss.) е предложил различна теза в сравнение със сегашната. В този си труд авторът е поддържал тезата за неволното съучастие, смятайки заемодателя за съучастник, дори и заемателят/купувачът да е бил добросъвестен, както и в случай, че е бил недобросъвестен (п. 353). Въпреки това и тази теза поражда известни недоумения, като се има предвид, че трудно може да се възприеме идеята за съществуването на съучастник, без основен извършител, с допълнително усложняващо обстоятелство, че кражбата е била извършена при случай на добросъвестност от страна на заемодателя.

ученият не взема предвид това, което, както видяхме, е повратната точка в решението на Mela.

Ако преминем към решението на Требаций, съмненията, свързани с тезата за съучастието, обхващат и опита на Fagnoli да обясни чрез него връзката с D. 4.3.18.3. За да преодолее контраста между двата фрагмента, авторът действително твърди, че и в случая на Требаций също се разглежда хипотеза на заем на *pondera maiora* на купувача, но при него, противно на изводите на Mela, е било добросъвестно. За да подкрепи становището си, ученият посочва, че във втората част на текста на Паул, тази, въведена с *atquin*, юристът най-напред говори за хипотезата на заем на *pondera maiora*, а след това и за заем на *pondera minora*<sup>28</sup>. Създавайки връзка между първия случай, съдържащ се във второто изречение, и предходното предложение, Fagnoli стига до заключението, че това е “Grundkonstellation”, на която може да се позове<sup>29</sup>.

От една страна, подобна връзка не може да бъде възприета като убедителна<sup>30</sup>, като се има предвид, че първото изречение на D. 4.3.18.3 изглежда оставя отворени както възможността да става въпрос за *pondera maiora*, така и за *pondera minora*, както и че е възможно да са били дадени на купувача, както и на продавача<sup>31</sup>. От друга страна, направените възражения, по отношение на хипотезата за съучастие, за да разберем D. 47.2.52.22, позволяват категорично тя да бъде изключена.

## 5. Теорията за широкото понятие за кражба на Mela

---

<sup>28</sup> Тази част от текста, както и последната фраза, не могат да бъдат анализирани задълбочено в този труд. Трябва само да се отбележи, че Паул изключва приложението на *actio de dolo*, като приема, че в случай на *pondera maiora* продавачът може да използва *condictio indebiti*, в случай на *pondera minora* - с *actio empti*. Изглежда не може да се сподели мнението на тези, които смятат, че продавачът се е възползвал от *condictio ex causa furtiva*, тъй като основният проблем, разглеждан в този пасаж, изглежда включва като предпоставка добросъвестността на този, който е получил неверните теглилки.

<sup>29</sup> FARGNOLI, I. *Ricerche in tema di furtum*, cit., p. 142.

<sup>30</sup> Обратното в CURSI, F. *L'eredità dell'actio de dolo*, cit., p. 31, n. 16.

<sup>31</sup> Наскоро, описаният казус бе включен и от P. SCHEIBELREITER като част от труда, озаглавен *Klagen wegen falscher Gewichte? Überlegungen zur Entscheidung des Trebaz in D. 4.3.18.3*, през XX в. Sommerseminar Infrastruktur und Recht svoltosi a München. В този смисъл е и хипотезата на заем на *pondera maiora* о *minora* на продавача срв. CURSI, F. *L'eredità dell'actio del dolo*, cit., p. 31.

Ако в последно разгледаната теза, въпросът за различното решение на Требаций и Mela, е разрешен в смисъл, че и в двата случая е налице заем на *pondera maiora* на купувача, но с ключова разлика в психологическото състояние на заемателя/купувача, което при недобросъвестност би довело до *actio furti*, а в случай на добросъвестност - до *actio de dolo*<sup>32</sup>, то за тези, които възприемат горепосочените втора и трета хипотези, има значителна разлика между вижданията на двамата юристи. В действителност, Требаций е възприемал по-тясно понятие за *furtum*, а Mela - по-широко такова<sup>33</sup>. Ако тезите на двамата юристи се разгледат в хронологичен ред, то единият е ограничил или разширил понятието за *furtum* на другия. Ако обаче ги сравним като съвременници, то би имало сблъсък между техните възгледи.

Като цяло, в доктрината се посочва само, че има разлика в концепцията за кражба на двамата юристи<sup>34</sup>. Някои учени се задълбочават в съдържанието на това по-широко понятие, което Mela предлага. Според част от доктрината, в конкретния случай биха били налице данни за *contrectatio*, докато по времето на Mela<sup>35</sup> още не е било предвидено *animus lucri faciendi* на заемодателя. Следва обаче да се отбележи, че е много спорно дали подобно условие действително е било необходимо преди късната Класическа епоха, тъй като, в случай, че отговорът е положителен, би следвало да се установи дали действително липсва в

---

<sup>32</sup> Pur respingendo la teoria di Fagnoli, è da ritenere probabile, come si è già avuto modo di accennare (*supra* nt. 30) che nel caso analizzato in D. 4.3.18.3 colui che ha ricevuto i pesi falsi (compratore o venditore) fosse in buona fede. In caso contrario, avrebbe trovato applicazione contro di loro quantomeno l'*actio de dolo* se non un'altra azione.

<sup>33</sup> Si v. gli autori menzionati *supra* al § 2. In verità, anche I. Fagnoli, *Ricerche in tema di furtum* cit. 139, accoglie l'idea di una «figura molto ampia di furto»; la tesi della complicità da lei appoggiata, tuttavia, porterebbe piuttosto a pensare ad una nozione ristretta di questo delitto.

<sup>34</sup> Срв., tra gli altri, NIEDERLANDER, H. *Die Entwicklung des furtum und seine etymologischen Ableitungen*. – ZSS, 67, 1959, p. 243; THOMAS, J. A. C. *Furtum of Documents*. – RIDA, 15, 1968, p. 430; HORAK, F. *Rationes decidendi: Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*. I. Aalen, 1969, p. 157; GIOFFREDI, C. *I principi del diritto penale romano*. Torino, 1970, p. 29, n. 81; DESANTI, L. *Delitti privati e concorso di azioni*. Torino, 2010, p. 15.

<sup>35</sup> Срв. STEIN, P. *False Measures*, cit., p. 229; ID. *Fault in the Formation*, cit., p. 95. In questo senso sembrerebbe orientarsi CURSI, F. *L'eredità dell'actio de dolo*, cit., p. 32, la quale però non specifica in cosa dovrebbe sostanziarsi questa ampia nozione di *contrectatio*.

разглеждания случай, както и дали във всеки казус можем да говорим за широко понятие на кражбата. Съвсем скоро ще имаме възможност да се върнем отново към този въпрос.

Според други автори обаче Mela, заедно с група юристи - негови съвременници или предшественици, биха могли да зародят идеята за *actio furti*, дори и при липсата на *contrectatio*<sup>36</sup>. Тази хипотеза се подкрепя от поредица свидетелства, в резултат на които би могло да се приеме, че в Републиканската епоха е съществувало понятие за кражба, което се е събирало в тези граници. Като за начало се прави препратка към недобросъвестно призоваване (*in ius vocatio*) на *mulio*, когато мулетата, оставени за пазене от него, са оставени без надзор и те са избягали. Случаят е решен чрез позоваване на *veteres*, в смисъл на противопоставимост на *actio furti* срещу *in ius vocans*, като изглежда обаче, че текстът не съдържа допълнителна информация по отношение на това, дали мулетата са заловени от трето лице<sup>37</sup>:

*D. 47.2.67(66).2 (Paul. 7 ad Plaut.). Eum, qui mulionem dolo malo in ius vocasset, si interea mulae perissent, furti teneri veteres responderunt.*

Наред с този са посочени и други текстове, в които се вижда разграничението между първоначалните възгледи на юристите от Републиканската епоха за по-широко понятие за кражба, и това на последващата юриспруденция<sup>38</sup>. В тази насока е и следният пасаж, взет от деветнадесетата книга на коментара по цивилното право *ad Sabinum* на Помпоний:

---

<sup>36</sup> ALBANESE, B. *La nozione del furtum*, *cit.*, p. 95.

<sup>37</sup> За значението на *perire* във връзка със загубата на животните срв. FERRETTI, P. *Complicità e furto*, *cit.*, p. 24 ss., която цитира поредица от източници, в които глаголът е използван в този смисъл. Други автори са на мнение, че с този глагол се е имало предвид отвличането, извършено от трети лица. Да се сравни цитираната литература от Ferretti (24 nt. 72). В смисъл на широко понятие на *furtum* в разглеждания текст, вж. FENOCCHIO, M. A. *Sulle tracce del delitto di furtum. Genesi sviluppi vicende*. Napoli, 2008, p. 200 ss.; DESANTI, L. *Delitti privati*, *cit.*, p. 12.

<sup>38</sup> Да се сравни и с FERRETTI, P. *Complicità e furto*, *cit.*, p. 26 ss., който следва това тълкуване; има и обширен преглед на различните теории, по отношение на значението на този текст.

*D. 47.2.37 (Pomp. 19 ad Sab.). Si pavonem meum mansuetum, cum de domo mea effugisset, persecutus sis, quoad is perit, agere tecum furti ita potero, si aliquis eum habere coeperit.*

Според анализираната тук доктрина, предкласическите юристи, подобно на разгледания казус с *mulio*, са смятали за уместно предявяването на *actio furti* срещу този, който е изпуснал паун, а след това го е преследвал, докато не го е изгубил. По-късно Сабин или Помпоний е приел за необходимо избягалият паун да бъде хванат от друг субект. Други текстове потвърждават това развитие на понятието за *furtum*<sup>39</sup>.

Тези *veteres*, чиито възгледи Mela е възприемал, връщайки се към думите на Albanese, са формулирали като кражба всяко “действие, което води до загуба на *res*<sup>40</sup>”. Следва обаче да се отбележи, че макар и от една страна, свидетелствата да са всичко друго, но не и безспорни с оглед евентуално разширяване и последващо стесняване на понятието за *furtum*, то от друга страна, възниква въпросът за хронологичната връзка между Mela и *veteres* по отношение на понятието за кражба. Въпросът съдържа известни затруднения, поради недостига на информация относно юриста. Въз основа на оскъдните данни, които са налични, може да се смята, че Mela е познавал, доколкото от него самия са споменати, Сервий Сулпиций

---

<sup>39</sup> Срв. A. Gell., NA. 11.18.4: *Atque id etiam, quod magis inopinabile est, Sabinus dicit furem esse hominis iudicatum, qui, cum fugitivus praeter oculos forte domini iret, obtentu togae tamquam se amiciens, ne videretur a domino, obstitisset.* И в този случай *actio furti* би могло да се предяви срещу този, който е размахал наметалото си, за да попречи на господаря си да види как робът му бяга. Да се сравни и с D. 9.2.27.21 (Ulp. 18 ad ed.): *Si quis de manu mihi nummos excusserit, Sabinus existimat damni iniuriae esse actionem, si ita perierint, ne ad aliquem pervenirent, puta si in flumen vel in mare vel in cloacam ceciderunt: quod si ad aliquem pervenerunt, ope consilio furtum factum agendum, quod et antiquis placuit. Idem etiam in factum dari posse actionem ait.* В този случай сме изправени пред предкласическо решение по отношение на *antiqui*, в което *actio furti* се предявява срещу този, който е предизвикал падането на чужди монети, независимо, че са били събрани от трето лице, достатъчен е фактът, че са изгубени. В тази насока е прочетена и първата част от D. 47.2.67.4 (Paul. 7 ad Plaut.): *Si tu Titium mihi commendaveris quasi idoneum, cui crederem, et ego in Titium inquisii, deinde tu alium adducas quasi Titium, furtum facies, quia Titium esse hunc credo ...* За тези текстове, по отношение на настоящото тълкуване, вж.. DESANTI, L. *Delitti privati, cit.*, p.12 ss., за други примери.

<sup>40</sup> ALBANESE, B. *La nozione del furtum, cit.*, p. 45.

и Аквилей Галл<sup>41</sup>. Той, от своя страна, е споменат от Прокул<sup>42</sup>, както и в някои източници, в които се споменава заедно с Лабейон<sup>43</sup>. Това изглежда насочва, в съответствие с преобладаващата доктрина, към това, че дейността на Мела е била около последните години на Републиката, може би началото на Принципата, по едно и също време с Лабейон<sup>44</sup>. В този контекст, не може да се изключи и възможността да е писал по същото време като Требаций. Следвайки обаче подобно хронологическо позициониране, трябва да се изключи възможността Мела да е бил сред *veteres*<sup>45</sup>, а същото така и да се допусне, че в момент, в който се е ограничавало приложението на *actio furti*, той е продължил да се позовава на него<sup>46</sup>.

С оглед тези констатации е необходимо да се провери дали не е допустимо и друго тълкуване, която да обясни решението на Мела.

## 6. Теорията на „mittelbare Täterschaft“

---

<sup>41</sup> Вж. D. 33.9.3.10 и D. 19.1.17.6.

<sup>42</sup> D. 9.2.11 pr.

<sup>43</sup> D. 19.2.13.8.

<sup>44</sup> Вж. DIRKENS, H. E. *De Fabio Mela, cit.*, p. 5 ss.; FERRINI, C. *Saggi intorno ad alcuni giureconsulti, cit.*, p. 11 ss.; KRÜGER, P. *Geschichte, cit.*, p. 160; KIPP, G. *Geschichte der Quellen des römischen Rechts*. Leipzig, 1903, p. 115; Lenel, O. *Palingenesia iuris civilis*. I. Aalen, 2000, p. 691; KUNKEL, W. *Die römischen Juristen, cit.*, p. 116.; DESANTI, V. L. *Delitti privati, cit.*, p. 15, n. 42.

<sup>45</sup> Този факт би трябвало да се счита още повече релевантен, доколкото се отнася до тезата, която Мела счита по-късна от тази на Лабейон. В този смисъл, сред по-старите учени, вж. BREMER, F. B. *Iurisprudentiae antehadrianae, cit.*, p. 288. В близкото минало е и FARGNOLI, I. *Die Durchschnittene Kehle. – Fundamina*, 20.1, 2014, p. 286, към която се препраща за други препратки, във връзка с доктрината, която клони в тази насока. Вж. DESANTI, V. L. *Delitti privati, cit.*, p. 15, n. 42. В подкрепа на тази теза е D. 19.2.13.8, в който пише *et ita Labeo et Mela scribunt*. Трябва обаче да се отбележи, че споменаването на Мела след Лабейон не може да бъде решаващо в смисъла на хронологичната им последователност, тъй като например тази последователност може да бъде свързана с по-голямата тежест и значение на фигурата на Лабейон в сравнение с Мела, като цяло или по отношение на конкретния въпрос, за който са споменати.

<sup>46</sup> Това е тезата на ALBANESE, B. *La nozione del furtum, cit.*, p. 68, който след като предполага, че Мела е сред последните юристи от Републиканската епоха, признава, че това е несигурна теза и дава предположение, че „в крайна сметка е възможно възгледите на Мела, съответстващи на понятието за *furtum* от републиканската юриспруденция, да не представляват еволюцията на понятието за *furtum*, а да са реликви“, добавяйки и че „това, което мислим, е че вероятно не Мела отбелязва напредък (разсъждавайки към посоката, в която се развива понятието *furtum*), а Лабейон“.



Вече имаме повод да споменем, че вниманието на Mela е насочено към *actio furti* срещу заемодателя на теглилката, т.нар. „Hintermann“ - независимо от поведението на заемателя/купувача, или по-скоро, в случай че не е възможно предявяването на *actio furti* срещу тях.

Според Mela заемодателят трябва да се счита за *fur*, поради факта, че недобросъвестно е дал на заем компрометирани теглилки, с които впоследствие е извършена продажбата според теглото. Ако погледнем по-внимателно казуса, решен от Mela, можем да стигнем до извода, че продавачът, чрез употребата на *pondera maiora* е дал по-голямо количество от стоката си, в сравнение с договорената цена. По този начин, продавачът е претърпял нежелано намаляване на патримониума си, за сметка на това на заемателя/купувача, което се е увеличило. Увеличаването обаче, не е нито в резултат на сключения договор, нито по друга причина, която може да бъде оправдана, а произтича единствено от *animus* на заемодателя на теглилката. Сравнявайки различните елементи, които са включени в настоящия казус, връщайки се към дефиницията на Паул за *furtum*<sup>47</sup>, може да се отбележи, че е налице *contrectatio*<sup>48</sup> да се отнеме чужда вещь, *invito domino*, против волята на продавача/собственика на *res, non sciens* от страна на заемателя/купувача, но породено от *animus furandi* на заемодателя, чиято воля е да

---

<sup>47</sup> D. 47.2.1.3 (Paul. 39 ad ed.): *Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia, vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve*. Срв. и I. 4.1.1.

<sup>48</sup> BUCKAND, J. *Contrectatio*. – *LQR*, 57, 1941, p. 472, приема, че се е осъществил *contrectatio* чрез заемателя/купувача. Това мнение се поддържа и от STEIN, P. *False Measures*, cit., p. 229; ID. *Fault in the Formation*, cit., p. 95. Наличието на *contrectatio* се подкрепя и от CURSI, F. *L'eredità dell'actio de dolo*, cit., p. 32. Особена е тезата на Watson, който първоначално приема, че е налице *contrectatio* в конкретния случай, а после се отрича от тази теза. WATSON, B. A. *Contrectatio as an Essential of furtum*. – *LQR*, 77, 1961, p. 341 (= *Studies in Roman Private Law* cit. 289), пише, че „тук, в първата алтернатива купувачът е невинен. Въпреки това заемодателят на компрометирани теглилки е виновен за *furtum*. Може да се каже, че е действал измамно чрез подставено невинно лице. Това не е широко понятие за *contrectatio*“. Впоследствие, в труда *Contrectatio again*, cit., p. 338 (= *Studies in Roman Private Law* cit. 298), отхвърля тезата със следните думи: „Но това е лишено от смисъл. Подобно разширяване, естествено, би лишило концепцията за *contrectatio* от цялата ѝ стойност, за да се реши дали е или не *furtum*“. Истината е, че стойността на *contrectatio* трябва да се разгледа в по-широка рамка, включваща и останалите елементи, които се смятат за необходими, за да се очертае *furtum*. Веднага се забелязва в текста в какъв смисъл и какви са последиците при очертаването на *delictum*.

намали патримониума на продавача. Повечето елементи, макар и не по отношение на същото лице, съвпадат.

Единственият профил, който не би съвпаднал с дефиницията на Паул, за т. нар. *animus lucri faciendi*. В тази връзка е редно да се отбележи, както вече бе споменато, че е спорно дали това условие е било изисквано в края на Републиканската епоха - началото на класическата епоха. Различни автори го отричат, като посочват редица източници, които свидетелстват за наличието на такова условие едва в Късната класическата епоха<sup>49</sup>. Някои текстове, обаче, изглежда са относими и към предходна епоха<sup>50</sup>. Най-сложният въпрос е дали тези свидетелства са били „коригирани“ в резултат на въвеждането на това изискване или са били считани за реални виждания на юриста през Късната Република - началото на класическата епоха, на която са приписани. Остава въпросът дали са изолирани виждания на юристи или по-широко и общо признание на необходимостта от такова условие.

Дори ако се насочим в тази посока, може да се констатира по отношение на решенията от Mela казус, че този, който дава на заем компрометираните теглилки знае, че ще бъдат използвани за претегляне на покупката на заемателя/купувача; че по този начин продавачът ще даде повече, отколкото ще вземе; че така продавачът ще понесе загуба в патримониума си и че тази изгубена част ще бъде в полза на заемателя/купувача. Следователно е налице *lucrum*, макар и не за сметка на заемодателя, а за сметка на заемателя, и именно *animus* на заемодателя е насочен към загуба за продавача/печалба за купувача.

---

<sup>49</sup> В тази връзка JOLOWICZ, H. F. *Dig. XLVII.2, De Furtis, cit.*, lix; STEIN, P. *False Measures, cit.*, p. 229; ID. *Fault in the Formation, cit.*, p. 95.

<sup>50</sup> От голямо значение в тази насока е D. 41.1.5.1 (Gai. 2 *rer. cott.*): *illud quaesitum est, an fera bestia, quae ita vulnerata sit, ut capi possit, statim nostra esse intelligatur. Trebatius placuit statim nostram esse et eo usque nostram videri, donec eam persequamur, quod si desierimus eam persequi, desinere nostram esse et rursus fieri occupantis: itaque si per hoc tempus, quo eam persequimur, alius eam ceperit eo animo, ut ipse lucrifaceret, furtum videri nobis eum commisisse. Plerique non aliter putaverunt eam nostram esse, quam si eam ceperimus, quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus: quod verius est.* Връщайки се към казуса с бягащото пострадало животно в контекста дали собствеността е или не е придобита от този, който го е наранил, се препраща към мнението на Требаций, според когото този, който е ранил животното незабавно става негов собственик и ще продължи да бъде такъв, докато животното се преследва. Така, ако по време на преследването, животното бъде заловено от друг *eo animo, ut ipse lucrifaceret*, ще се приеме, че е извършена кражба.

Следователно не може да се изключи възможността Mela да не е възприемал широко понятие за *furtum*, както се твърди в доктрината, а е добавил *actio furti*, вследствие на внимателна преценка. Всички условия са налице, с едно изключение - заемателят/купувачът, чието пряко поведение е противоправно, действа без "намерение", докато "Tatherrschaft" е за сметка на заемотателя.

Немският наказателен кодекс познава фигурата на т.нар. „mittelbaren Täters“, който „die Tat durch einen anderen begeht“ (§ 25 Absatz 1, BGB, предложение второ). „Mittelbaren Täters“ е този, който предизвиква извършването на неправомерно деяние, държи нещата под свой контрол и действа предумишлено. Що се отнася до „unmittelbarer Täter“, т.е фактическия извършител, по отношение на него съществува „Strafbarkeitsdefizit“, а именно липсата на наказание, например поради липса на знание за фактите, представляващи неправомерно деяние<sup>51</sup>. В анализирания тук фрагмент са налице всички елементи<sup>52</sup>.

Тази конструкция не е изолирана в източниците. Има доказателства за други казуси<sup>53</sup>, които могат да се свържат с тази догматична фигура, разработена в

---

<sup>51</sup> В тази връзка е необходимо да се направи сравнение. В австрийското право също се използва „mittelbare Täterschaft“, но му се придава различно от немското значение. Според австрийското право „Hintermann“ (заемотателят, в анализирания от нас казус) се наказва като „unmittelbarer Täter“, като пряк извършител, докато „Handelnde“ (заемателят/купувачът, в нашия казус) се смята за „човешкия“ инструмент, в известен смисъл „оръжие на престъплението“. От друга страна, в италианското наказателно право косвеният извършител и прекия извършител се смятат за съучастници. Липсата на наказание на прекия извършител като такъв (както в този случай на незнание) не променя наказанието му като съучастник на косвения извършител. За разлика от италианската система, според горепосочените тези на Ferrini и Fagnoli предявяването на *actio furti* срещу косвения извършител е свързано с предявяването на същия иск срещу основния извършител *sciens*. От друга страна, връщайки се към теорията за косвения извършител, приета в Италия, не може да се твърди, че по този начин е разсъждавал и Mela при решението на анализирания казус. Това е така, защото в текста липсва какъвто и да било елемент, който да навежда на мисълта, че Mela е разсъждавал в посока към съучастие.

<sup>52</sup> Връзката между анализирания тук текст и „mittelbare Täterschaft“ вече е установена от BOCK, D. *Römischrechtliche Ausgangspunkte der strafrechtlichen Beteiligungslehre. Täterschaft und Teilnahme im römischen Strafrecht*. Berlin, 2006, p. 70. По-специално, авторът включва въпросния текст между тези, в които е налице „mittelbare Täterschaft kraft überlegenen Wissens“ и още по-конкретно случай на „vorsatzlos handelndes Werkzeug“. Авторът обаче не обяснява последиците от подобна конфигурация на решението на Mela по отношение на въпроса за понятието за кражба, което юристът разработва.

<sup>53</sup> За обширно проучване на различни казуси се препраща към гореспомнатия труд на BOCK, D. *Römischrechtliche Ausgangspunkte, cit.*, p. 68 ss. За връзката с решението на Mela, тук анализирано, особено показателно е D. 2.1.7.5, отнасящо се до едикта за

немската доктрина в края на XIX в. Разбира се, в римската доктрина не може да се говори за теоретична конструкция на това понятие, но със сигурност може да се твърди наличието на разсъждения по отношение на въпроси, чрез които може да се оцени поведението на даден субект, който не е реализирал фактически вредоносното събитие, но е допринесъл за него, в смисъл, че той е автор на самото действие.

## 7. Заключителни бележки

Обобщавайки резултатите, в посочения казус в D. 47.2.52.22, кражбата според Mela е осъществена от заемотателя, който за тази цел се възползва от невежеството на заемателя/купувача. Основният елемент от решението на юриста е *actio furti* срещу заемотателя, независимо от използването на такъв иск срещу заемателя/купувача.

Тезата за прилагане на широкото понятие за кражба, която се предполага в доктрината, вероятно също трябва да бъде приета за относителна. Напълно възможно е Mela да е маневрирал отделните елементи и да ги е претеглял помежду им, за да стигне най-накрая до предложеното решение. Чрез „разширително“ тълкуване, би могло да се мисли за *contrectatio* чрез *animus* на „Hintermann“, но фактическият извършител е субект, който нищо не подозира или *animus lucri faciendi*, в който случай *lucrum* се реализира за сметка на трето лице. Дали става въпрос за концептуално разширяване или виждане, което за първи път се споменава от Требаций или впоследствие, не може да се каже. Във всеки случай, не е необходимо да се приема, че решението е необяснимо или да се мисли за случай на съучастие, чрез един не особено чист прочит на текста или дори за *furtum* в смисъл на поведение, целящо намаляване на нечий патримониум.

---

изменение на документи. Текстът гласи, че този едикт се прилага и срещу този, който е възложил на друг да извърши промяната и по-специално, че в случай възложителят е действал умишлено, за разлика от този, който е изпълнил възложеното. В такъв случай *qui mandavit tenebitur*, а ако и двамата са недобросъвестни - *ambo tenebuntur*.

В пасажа, който единодушно му се приписва, Mela развива (вероятно по един по-фин и прецизен начин, отколкото се предполага) понятието за „Hintermann“, който е отговорен за *furtum*, независимо или дори точно в хипотезата за липса на отговорност на фактическия извършител на противоправното поведение.

## ПРОИЗХОДЪТ НА REGULAE IURIS: МАКСИМАТА “PACTA SUNT SERVANDA” (НА БЪЛГАРСКИ ЕЗИК)

**Проф. д-р Мария Етелвина де лас Касас Леон**

Университет „Ла Лагуна“, Сан Крестобал де Ла Лагуна, Тенерифе, Испания

**Резюме:** Под влиянието на гръцката диалектика юристите от Късната Републиканска епоха формулират определени принципи чрез обобщение на решенията, до които са стигнали при разглеждането на частни случаи. Те се опитват да решават казусите, които им се представят, без да следват каквито и да било предварително зададени правила, но и без да знаят, че чрез някои от тези решения изграждат правила, които ще достигнат до наши дни. Тази статия разглежда произхода и развитието на римските *regulae iuris*, при което – без да си дават сметка, те създават съвкупност от правила, използвани и до днес от правните системи на Civil Law и на Common Law.

**Ключови думи:** *regulae iuris*; римски юристи; глосатори.

## THE ORIGIN OF THE REGULAE IURIS: SPECIAL REFERENCE TO THE PRINCIPLE “PACTA SUNT SERVANDA” (BULGARIAN LANGUAGE)

**Prof. Maria Etelvina de las Casas León, PhD**

University of La Laguna, San Cristóbal de La Laguna, Tenerife, Spain

**Abstract:** The jurists of the late Republican period, under the influence of the Greek dialectics, formulated certain principles or rules across the generalization of decisions to which they had come across the study of particular cases. They were trying to solve the cases that were appearing ignoring any type of rules or rather without knowing that across some of these decisions they were constructing rules that would come to the present day. Along this work there will be studied the origin and evolution of the roman regulae iuris, where the jurists, without realizing elaborated a corpus of rules that have been and are used not only for the juridical classifications of the Civil Law, but also of the Common Law.

**Keywords:** regulae iuris; roman jurist; glossators.

## 1. Увод

Професор Iglesias отбелязва, че „ако трябва да разчитаме на настоящето такова, каквото е, то трябва да го подобряваме с помощта на едни просто формулирани принципи, които времето не е успяло да задуши в нас. Трябва винаги да вярваме, че колкото и голям да е техническият прогрес, правилата на духа, моралните сили и „дадените ни“ традиционни истини управляват нашия живот, който кореспондира с живота на нашите предци от древността“<sup>1</sup>. Тези думи на професора, както и изследователският проект, в който участвам, ме накараха да се замисля отново за произхода на *regulae iuris*. *Regulae iuris*, които присъстват не само в нашата правна уредба и в множество решения на Върховния съд, но и в други правни уредби и играят фундаментална роля в европейското право. Поради това Съдът на Европейската общност и други европейски правораздавателни органи използват юридически максими, изразяващи правилата на древното римско-каноническо *ius commune*, при това обикновено в традиционната им формулировка на латински<sup>2</sup>. Нашият европейски свят, казва Troeltsch, „се състои днес повече от всякога от древност и съвременност, тъй като макар историята да ни казва, че дълбоките сили на нашата култура са се променили, те все пак са още живи“<sup>3</sup>.

Може би тук бихме могли да отбележим, че кодексите и правните уредби се опитват да погребат завинаги римското право, както казваше Iglesias<sup>4</sup>. Наистина животът непрекъснато се променя и непрекъснато се актуализира поради социалните, икономическите, политическите, технологичните промени... Всяко поколение юристи трябва да се адаптира към тези промени и да се доближава максимално до новите реалности и потребности, но без да забравя корените си. Това законодателно развитие трябва да се осъществява в рамките на системата от

---

<sup>1</sup> IGLESIAS, J. *Derecho romano y esencia del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1957, p. 27.

<sup>2</sup> SANTOS, F. A. *Valor epistemológico de las reglas jurídicas romanas en el Derecho comunitario europeo*. – In: *Liber amicorum Juan Miquel, Estudios Romanísticos con motivo de su Emeritazgo*, p. 26.

<sup>3</sup> CURTIUS, E. R. *El humanismo como iniciativa*. – *Rev. De Occidente*. T. XXXVII, № 109, 1932.

<sup>4</sup> IGLESIAS, J., *op.cit.* p. 28.



източници, методи, понятия, правила и аргументи, която наричаме „традиция“. Много от тези термини произхождат от римските юристи, макар те да не са съзнавали, че делото им ще достигне до наши дни и да не са имали претенции за оригиналност, а просто да са давали решения на проблемите, които във всеки един момент поставяло пред тях обществото. Истината е, че тази традиция, както казва Zimmermann<sup>5</sup>, е допринесла за оформянето на съвременна Европа, а ние сме нейни наследници. Развитието на съвременното право неизменно е свързано с миналото.

## 2. От архаичното право до класическата юриспруденция

Съгласно разпоредбата на D. 50.17.1. *Regula est, quae rem, quae est, breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat (...)*. Приема се, че това е една проста и обобщена формулировка. Такива правила се раждат от наблюдението на наложени вече решения съгласно установеното право, постановени от юристите по предварително поставени им въпроси. Оттук и твърдението, че „правилата се създават в съответствие със съществуващото вече право“.

Римското право е част от европейския правен дух и традиция. То е източник и основен извор на юридически максими, правила, принципи и аксиоми, които се прилагат в действащото право. Въпросът за *regulae iuris* е много стар и е бил предмет на дебати още в римскоправната и каноническата традиции. Както казва Masi Doria<sup>6</sup>, на пръв поглед бихме могли да помислим за едно опростяване и редуциране на комплексния юридически опит. Дори ако искахме да банализираме правното им значение, бихме могли да създадем една система от решения – „полуфабрикати“ и риторични аргументи, които да служат за решаване на проблемите с една „вълшебна формула“. Обаче историко-теоретическият и оперативният въпрос за *regulae iuris* е много сложен.

---

<sup>5</sup> ZIMMERMANN, R. *Derecho privado europeo*. Buenos Aires: Astrea, 2017, p. 16.

<sup>6</sup> MASI DORIA, C. *Variazioni in tema di regulae iuris*. – In: *Regulae iuris. Ipotesi di lavoro tra storia e teoria del Diritto*. Jovene Editore, 2016, p. 1 ss.

В текста на Помпоний в D. 1.2.2 е обяснен произходът и развитието на правото. Първоначално обединението между *ius* и *fas* е било очевидно и двете думи даже се бъркали. Думата *ius* била по-близка до нашата представа за право и играела важна роля както в публичното, така и в частното право<sup>7</sup>, като става дума за едно обичайно право.

След публикуването на Закона на XII Таблици започва усилена работа по тяхното тълкуване – както гласи самият текст, въз основа на авторитета на юристконсултите и се появява наименованието „цивилно право“. Фрагментът съдържа процеса на установяването на *legis actiones*, така че хората да водят споровете помежду си съгласно закона, а не по свои си правила. Науката за тяхното тълкуване, както и самите акции, се пазели в Колегиума на понтифиците, които отговаряли за съхранението на процесуалните формули и формулите за сделките. Частните лица трябвало задължително да се обръщат към понтифиците, докато Гней Флавий не предал на народа откраднатата книга, която съдържала тези формули (D. 1.2.2.7). По-късно магистратите обобщили правилата, така че плебсът да знае какво е приложимото за всички право. За целта използвали едиктите (които оформили хонорарно право). Още тогава тълкуването на законите било възложено на юристконсултите. Законът на XII Таблици е първият опит да се систематизира правото. Те са в основата на преторския едикт и други последващи законодателни актове, с които се създава цивилното право. Те са и първият опит да се раздели *ius* от *fas*. Затова Fernández de Buján смята, че *„не е уместно да говорим за кодекс, който систематизира и подрежда логически цялото действащо право, но може да говорим за кодифициране на голяма част от правото предвид липсата на конституционен и съдебен ред, което отговаря на напредничави за времето си логически и системни критерии“*<sup>8</sup>.

В D. 1.2.2.39 Помпоний споменава като основатели на цивилното право Публий Муций, Брут и Манилий, оставили кратки юридически трактати, различни от

---

<sup>7</sup> Римляните смятали Законът на ДВАНАДЕСЕТТЕ Таблици за „източник на публичното и частното право“ (Liv. 3.34.6) или „сборник на цялото римско право“ (Liv. 3.34.7), MIQUEL, J. *Derecho romano*. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 47; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho romano*. Navarra: Aranzadi, 2017, p. 97.

<sup>8</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *op. cit.*, p. 97.

други сборници с формуляри. С отделянето на *ius* от *fas* изчезва монополът на понтифиците<sup>9</sup> и новите светски юристи не се ограничават само до юридическите матери. С отделянето им от членовете на колегията на понтифиците „престижът, произтичащ от качеството на юрист, се превръща в определящо достойнство за достъп до колегията на понтифиците<sup>10</sup>“. Публикуват се съчинения, наречени “*Responsa*”, но от този момент нататък отговорите, които дават юристите на гражданите по правни въпроси не винаги съвпадат. За първи път се проявяват юридическите спорове, така че II в. сл. Хр. се смята за период на промяна на римската юриспруденция, а техните отговори се считат за първите, достигнали до нас като отговори на римски юристи.<sup>11</sup>

Според Wieacker<sup>12</sup>, „във всяко право, неартикулирано езиково, решението трябвало да бъде намерено чрез процес на индукция (за момента преднаучно) на основата на предходни решения или на основата на *regula veterum* за нов фактически казус със същото *ratio decidendi*“. Така например споменатите юристи заявяват своите разногласия относно термините на *Lex Atinia* в средата на II в. пр. Хр. и по-точно относно възможното действие с обратна дата на този закон. За противоречията им знаем благодарение на Авъл Гелий (Gell.N.A.17.7.1-8 : 1).

Фактът, че този закон е в същия дух като Закона на Дванадесетте Таблици, предполага една неприемлива социално-правна ситуация, вероятно защото тя не отразявала достатъчно ясно този аспект, което води до различното ѝ тълкуване<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> Това не означава, че понтифиците бързо изчезнали, тъй като самият Муций Сцевола е бел *pontifex maximus*. Първоначално разликата с новите светски юристи не е много голяма.

<sup>10</sup> FERNÁNDEZ BARREIRO, A. *El factor jurisprudencial como elemento de identidad*. Granada: Comares, 1998, p. 33 говори за появата на фигурата на юриста в смисъл, че въвежда качествена промяна в правния мир, действа като рационален фактор на последователност и противопоставяне на риска от дегенеративна и инструментална употреба на правото в служба на властта, превръща се в система, която гарантира неутралитета във всяка съдебна система

<sup>11</sup> STEIN, P. *Regulae iuris*. University of Edinburgh, 1966, p. 26 ss.

<sup>12</sup> WIEACKER, F. *Formación del sistema en la jurisprudencia romana*, en *Seminarios complutenses de Derecho Romano*. Vo.: III, p 1991, Fundación Seminario de Derecho „Urcisino Álvarez“, Madrid, 1992, p. 19.

<sup>13</sup> CALZADA, A. *A propósito de la Lex Atinia de rebus subreptis*. – In: *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, LVII, 2010, p. 79 потвърждава спора за действието с обратна дата на закона между тримата юристи по време, когато има много социални проблеми, свързани с чуждата собственост, поради което се прибегвало до разпоредбите в тази материя в

Това е само един пример за случващото се – освен закона и обичая не съществували други норми, които юристите трябвало да тълкуват извън едикта на магистратите<sup>14</sup>. Функцията на *ius honorarium* била да подпомага, допълва или коригира *ius civile*. То съдържало един собствен процес – формуларният. В споровете било очевидно нарастващото влияние на хонорарното право, а чрез него – на *ius gentium* върху *ius civile*, както посочва Fernández de Buján<sup>15</sup>. Включването в правната уредба на изрази като *aequitas*, *bona fide*, *boni mores*, *dolus malus* и др. предполага вече една съдебна и юрисдикционна преценка чрез тълкуване, в противовес на строгия формализъм на *ius civile*. Това означава да се използват допълнителни и творчески критерии за претегляне и интегриране, които изисквали да се вземат предвид както обективните, така и субективните обстоятелства във всеки конкретен казус. Както казва Iglesias-Redondo, „*философско-юридически понятия оглавяват представата за ius като ars boni et aequi, т.е. търсещо и целящо справедливост в конкретния казус (aequitas), схващането за ius като онова, което е добро и справедливо, с определението naturale; понятието iustitia, разбирана като voluntas, като habitus animi; понятието юриспруденция, доколкото тя търси справедливост*“<sup>16</sup>. Ако римското право има философия, то тя е римска.

Римското право е най-вече право на юристи<sup>17</sup>; едно казуистично право, поради което не можем да твърдим, че има тенденция към изковаване на абстрактни юридически понятия, а още по-малко на общи такива. Търсели са решението за конкретния казус, следвайки критерия за *utilitas*. Улавяли

---

Дванадесетте таблици. Затова Calzada смята, че самият закон утвърждава забраната на *usucapio* на *res vi possessae*, както фигурира в закона на децемвирите.

<sup>14</sup> FERNÁNDEZ BARREIRO, A., *op. cit.* p. 35 смята, че преторският едикт е средство за модернизиране на частното право през Късната Република. Магистратите, съдиите и юристите са хората, които общуват с потребителите на правото. Връзката между съдиите и магистратите и юристите е осигурена чрез *consilium*. В този смисъл, KUNKEL, W. *Forschungen zum römischem Recht*. Weimer: Hermann Böhlhaus Nachfolger, 1952, p. 42 y ss.

<sup>15</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*, p. 225, също така предполага унифициране на хода на процесите пред преторите и признаване на правото на чужденците да участват в тях.

<sup>16</sup> IGLESIAS-REDONDO, J. *La técnica de los juristas romanos*. Universidad Complutense, 1987, p. 23.

<sup>17</sup> DE CASTRO CAMERO, R. *El jurista romano y su labor de concreción de la justicia*. – In: *Revista Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, № 74, 2017, p. 128.

справедливото от реалността, и на това се дължи казуистичният характер на римското право и връзката му с истинската природа на нещата. Така то постига концентрация – взема под внимание обстоятелствата по казуса и се отдалечава от възможността да се сведе до един абстрактен размисъл за справедливото и несправедливото в казуса. Паул в D. 50.17.10 говори за природата на нещата, за да се даде юридически отговор: „*Secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda*<sup>18</sup>“. Относно логиката на класическото право Schulz<sup>19</sup> посочва, че тя е присъщата на едно естествено право, стъпило на римското законодателство и на някои традиционни фундаментални понятия. Според него юриспруденцията търсела правилото, произтичащо от отношенията в самия живот. Решенията трябвало да бъдат кохерентни и затова трябвало да се прибегва до предюридическите реалности, тъй като реалността щяла да даде решението на поставения проблем. Ето защо, като се формулират максимите, не се обяснява тяхната основа, а отговорът произтича пряко от реалната природа на нещата – от *ratio iuris*<sup>20</sup>.

Това не означава, че никога не са се създавали теории. Римските юристи създавали нещо, което може да се нарече „полезна теория“, валидна за практиката<sup>21</sup>. Яволен отбелязва в D. 50.17.202: „*Omnis definitio in iure civili periculosa est; parum est enim, ut non subverti possit.*“ Вярно е, че дефиницията крие риска да загуби стойността си поради това, че съдържа твърде много или недостатъчно казуси, но несъмнено тя подпомага тълкувателната функция, а в много случаи и

---

<sup>18</sup> Паул в D. 50,17,10: „Съобразено с природата е, че удобствата за всяка една вещь съответстват на това, в което се състоят нейните неудобства “.

<sup>19</sup> SCHULZ, F. *I principii di Diritto romano*. Roma: Casa editrice Sansoni, 1946, p. 29 ss.

<sup>20</sup> CUENA BOY, F. *Sucesión intestada y natura rerum: el caso del „póstumo sus“*. – In: *O Dereito das sucessoes: do dereito romano a dereito actual*. Universidad do Coimbra, Coimbra 2016, p. 199.

<sup>21</sup> REINOSO-BARBERO, F. *Los principios generales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Madrid: Dykinson, 1987, p. 14.

уеднаквяването на много направени интерпретации<sup>22</sup>. Wieacker<sup>23</sup> говори за знание за *rationes decidendi*, тъй като не само за *responsum*, но и за дейностите *agere* и *cavere* определянето на правото се извършвало чрез преценка по аналогия при сравняване на казусите. Но казуистичността на правото не означава, че казусите се решават, без да се направи сравнение или анализ на *ratio decidendi*: изложенията за казусите в големите текстове са претеглени следствия от вариации на един и същ *quaestio iuris*, при което чрез сравняване на казусите се обобщават максимите на изходния казус. Римските юристи не се стараели да създават обща теория или понятие „метод“.

От друга страна бихме могли да помислим за съответствие или връзка на казуизма на римското право със съдебните прецеденти в Common Law. Но между тях съществува една огромна разлика – при прецедентите се следва една система в общия смисъл и властта на английския съдия носи в себе си обвързаност с предходното решение. Koschaker вижда в римското право един идеален тип, ефикасен срещу юридическия позитивизъм, издигнат до „абсолютни височини“. Изследвайки римското право като *Juristenrecht*, твърди, че то е противоположно на английското право, което е един *judge made law* и това обстоятелство показва разликата между римското и английското право. *Ius Romanum* в никакъв случай не може да се смята за прецедентно право. То е по-гъвкаво в своите максими и по отношение на възможността да се разменят параметрите му при вземането на решения<sup>24</sup>. Един от примерите, които привежда Wieacker<sup>25</sup>, е известното дело „*Causa Mancini*“ (137 г. пр. Хр.), при което ясно се откроява вниманието към неутралността и редуцирането на *quaestio iuris*. Брут и П. Муций оставят настрана политическите аспекти, но и двамата прилагат сравнението на казусите. „П. Муций

---

<sup>22</sup> Според SCHULZ, F. *Principios del Derecho Romano*. Ed. Civitas, 1990, p. 65, враждебността на римляните към абстракцията се проявява също в отказа да се фиксират юридически понятия. Например в източниците няма да намерим дефиниция на правна дееспособност, правна сделка и дори на собственост. Това обаче не означава, че фактът, че не съществува правен термин ще рече, че не е съществувала идеята; че думата „лице“ (*persona*) не се отнася за правоспособен човек, или че терминът *negotium* не включва в себе си много повече от съвременната идея за правна сделка.

<sup>23</sup> WIEACKER, F., *op. cit.*, p. 19.

<sup>24</sup> WIEACKER, F., *op. cit.*, p. 22-23.

<sup>25</sup> WIEACKER, F., *op. cit.*, p. 20, където дава друг пример за получаване на общи формулировки чрез гръцката *theoria* при напредването на обобщението на *furtum usus*.

следва според Wieacker една не много разумна аналогия – загубата на гражданството на консула с едностранно *aquae et igni interdictio*, докато Брут (Помпоний, D. 50.7.18 във връзка с Модестин D. 49.15.4), прави своята дедукция, изхождайки от аналогията с двустранното *donatio*, че се запазва правото на гражданство. И двамата свеждат темата до формална *quaestio iuris*, като търсят *ratio decidendi* в сравняването на казуси“. В английското право обаче съгласно закона съдията не е толкова задължен да се ръководи от съдебните прецеденти<sup>26</sup>.

Друга разлика между римското и английското право виждаме в *ars distinguendi*, поради което може да признаем голямата способност за абстракция на римските *iurisconsulti*, която *communis opinio* отдавна е отрекло на римското право. Schulz<sup>27</sup> говори за аверзия на римляните към абстракцията<sup>28</sup>. Фактически в *responsa* фигурират единствено съществените правни елементи, за разлика от *rationes decidendi* и *obiter dicta* на прецедентите в англосаксонската система. Ето защо разликата между римското и англосаксонското право се състои в *ars abstrahendi*, което се усеща в трудовете на юрисконсултите, работили през последните векове на предкласическата епоха на римското право<sup>29</sup>.

Първите два века и половина сл. Хр. са считани за класически период на римското право. Юристите от късната републиканска епоха, под влиянието на гръцката диалектика, формулират някои абстрактни принципи въз основа на обобщението на постигнатите решения чрез разглеждането на конкретните казуси. Тъй като юристите били основно практични, те се стремели да постигнат най-добрите решения за представените им казуси, без да търсят някакво правило. В посткласическия период се възражда гръцкото влияние, характеризиращо се с интерес към общите правила, към които строго се придържат византийците. От тази гледна точка историята на римската юриспруденция изглежда, както казва Stein<sup>30</sup>,

---

<sup>26</sup> KOSCHAKER, P. *Europa und das römisches Recht*. Biederstein: C.H. Beck Verlag, 1947, където ясно се вижда характерът на юриспруденциалното право на *ius Romanorum*.

<sup>27</sup> SCHULZ, F., *op. cit.*, p. 86 ss.

<sup>28</sup> HAMZA, G. *Tradición romanística y Derecho privado comparado*. Argentina: Olejnik, 2017, p. 39.

<sup>29</sup> Това мнение на Hamza не се споделя от по-голямата част от доктрината; дори споменава Schultz като несподелящ това мнение.

<sup>30</sup> STEIN, P., *op. cit.*, p. 49.

като сандвич – началото и краят са направени със сходен материал, но междинният период е съставен от нещо по-различно. Римските юристи използвали термина “*regula*”, с който обозначаваха правилата, формулирани от *veteres*. Самите класически юристи не формулирали правила в строгия смисъл на думата. Според Stein, общите правила са елинистичен продукт и, следователно, може да бъдат открити само при *veteres* и византийците. За Институциите на Гай например може да кажем, че той рядко се решава да направи някоя дефиниция<sup>31</sup>, но че споменава осем пъти думата *regulae* в своя учебник – според Blanch Nougues два пъти като стандарт или мярка за поведението, необходимо за да бъде валиден юридическият акт, три пъти като *Spruchregel* и още три пъти като *Spruchregel* – правна норма<sup>32</sup>.

През посткласическата епоха продължават усилията за систематизиране чрез разграничаване и изграждане на категории, но все още не може да се говори за система<sup>33</sup>.

Наистина в казуистичния метод може да намерим много пропуски, но няма съмнение, че той постига гъвкавост и жизненост, трудно постижима с абстрактни понятия. Затова мнозинството автори в романистичната доктрина приемат, че класическата юриспруденция и нейната система са адмирирани като ненадминато творение до момента. Дори е уместно да укорим онези, които все още се опитват да сложат знак за равенство между юриспруденцията и съвременната правна наука. Това би могло да стане само ако съвременната правна наука следва методиката на класическите юристи<sup>34</sup>, което обаче според мен не се случва.

### 3. Произход на *regulae iuris*

---

<sup>31</sup> Gayo Inst. 3,89, 90, 139, 142, 148, 155.

<sup>32</sup> BLANCH NOUGUES, J. M. *La certissima iuris regula de Gayo*. - *RIDA*, 1997, p. 55.

<sup>33</sup> SCHULZ, F., *op. cit.*, p. 86 ss твърди, че враждебното отношение на римляните към абстракцията е било описано от Цицерон чрез изложението на собствения му идеал за правна наука – антиетичен спрямо идеала на юристите.

<sup>34</sup> IGLESIAS-REDONDO, J., *op. cit.*, p. 19 ss. Смята, че ако римските юристи бяха поели по друг път, различен от този, който им определя народът, не би било такова, каквото е било в миналото нито каквото е днес нашето право.



Терминът „*regula*“ е произведен от „*regere*“ – ръководя и е свързан с термина *recto* (направо). Отнася се за един прав инструмент – дървен или стоманен, използван от дърводелеца за получаване на един предмет<sup>35</sup>. С времето думата „*regula*“ придобила и други значения, като например „мярка“, „еталон“ или „стандарт“<sup>36</sup>. Във връзка с човешкото поведение означава онова, което трябва да бъде спазвано, тъй като така е договорено или решено от общността. И накрая, в естествен смисъл, „*regula*“ означава мярка за ценност и е превод от гръцки - „*Κανών*“, означаващо стандартна мярка, норма, линия – термин от геометрията, прилаган и за човешкото поведение. Цицерон го използва в такъв смисъл като казва „*Ad certam rationis normam vitam dirigere*“.

За Saldaña<sup>37</sup>, квалификацията *iuris* придава аналогична на предходните конотация – кратки максими, които анализират правото с цел обобщение. В същия този дух го приемат Guarino, Burdese и D’Ors<sup>38</sup>.

Sansón Rodríguez<sup>39</sup> сочи, че „последният титул на юстиниановите Дигести, посветен на „*de diversis regulis iuris antiqui*“, включва като заключение на законодателната творба различни древни юридически правила, които по онова време още са действащи“. Stein смята, че този титул има практическа функция както поради разнообразието на правилата, които съдържа, така и защото по онова време византийските адвокати много използвали тези правила в аргументацията си пред съдилищата.

---

<sup>35</sup> SCHMIDLIN, B. *Die Römischen Rechtsregeln*. Köln-Wien: Böhlau Verlag, 1970, p. 20.

<sup>36</sup> STEIN, F., *op. cit.*, p. 50 ss; SCHMIDLIN, B. *Die Römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie*. Köln: Böhlau Verlag, p. 23 ss.; SALDAÑA, J. *Moral y Derecho. De nuevo sobre el contenido de las regulae iuris del derecho romano clásico y su recepción en el derecho mexicano*. – In: UNAM, 2002, p. 431.

<sup>37</sup> SALDAÑA, *op. cit.*, p. 431.

<sup>38</sup> GUARINO, A. *Storia del Diritto romano*. Nápoles: Jovene, 1990, p. 458 ss.; BURDESE, A. *Manuale di Diritto privato romano*. Turín: Turret, 1987, p. 37; D’ORS, A. *Sobre la palabra „norma“ en el derecho canónico*. – In: *III Congreso Internacional de Derecho Canónico*. Pamplona: Eunsa, 1997, p. 44.

<sup>39</sup> SANSÓN RODRÍGUEZ, M. V. La regla „*nemo plus iuris transferre postest, quam ipse haberet*“. – In: *Revista General del Derecho romano*, № 29, 2017, p. 2.

*Regula* се появява за първи път в края на I в. сл. Хр. По принцип *regulae iuris* се споменава за първи път от Нераций Приск<sup>40</sup>. *Regulae* съставят най-видните юристи като Помпоний<sup>41</sup> (*Liber singularis regularum*), Гай (*Regularum libri III*), Паулус<sup>42</sup> (*Regularum I. VII, Regularum I. sing.*; Марциан (*Regularum I.V*), Цервидий Сцевола (*regularum liber singularis, regularum libri IV*), Улпиан (*Regularum I.VII, regularum I. sing.*); и Модестин (*Regularum I.X.*). В D. 50.17: *De diversis regulis iuris antiqui* виждаме употребата на *regulae* от класическата юриспруденция, но те са пръснати и в петдесетте книги на Дигестите<sup>43</sup>, така че не винаги срещаме този термин в определени или специфични титули<sup>44</sup>. Blanch Nougues подчертава, че този литературен жанр е използван за първи път в *Phitana* на Лабен „като колекция от предложения с юридическа логика, направени на основата на стоицизма с цел да бъдат дискутирани и приети от цялата юриспруденция“. Това твърдение почива на мнението на Cannata<sup>45</sup>, който смята, че *Phitanon* е казуистично решение във вид на правило. Това правило трябвало да бъде следвано от останалите юристи, ако става дума за същия казус, като може да бъде коригирано или отхвърлено, ако те го преценят като неправилно или неуместно. Horak<sup>46</sup> обаче смята, че класиците не са използвали термините *regula* нито *regula veterum*, а говорели за тях, боравейки с понятия като *definitiones, constitutio, traditio* или *vulgum dictum*<sup>47</sup>.

---

<sup>40</sup> BLANCH NOUGUÉS, J. M., *op. cit.*, p. 53, обяснява, че тази първа книга на Нераций Приск сама по себе си е един собствен литературен жанр. Той пръв използва *regula* в смисъл на юридическо правило.

<sup>41</sup> Използва *regula* веднъж, както и Модестин и Помпоний.

<sup>42</sup> SCHMIDLIN, B., *op. cit.*, p. 21, посочва, че думата *regula* се появява в 20 фрагмента на Дигестите и в осем на Гай. Паул използва *regula* четири пъти, Улпиан – три пъти, Нераций веднъж, Юлиан пет пъти, Модестин веднъж, Помпоний веднъж, Гай в пет фрагмента на Дигестите и в осем на неговите институции.

<sup>43</sup> REINOSO-BARBERO, F. *Paroemia et regulae iuris romanorum: Desde el ius commune a la jurisprudencia de la Unión Europea*. – In: *Glossae, en European Journal of Legal History*, 13, 2016, p. 593; SCHMIDLIN, B., *op. cit.*, p. 121 се позовава на *libri singulares regularum*, от които са запазени малко фрагменти от Помпоний, Гай, Паул и Улпиан, за които има сериозни съмнения за автентичност.

<sup>44</sup> AA.VV. *Textos de Derecho romano*. Navarra: Thomson, 2002, p. 301.

<sup>45</sup> CANNATA, C. A. *Potere centrale e giurisprudenza nella formazione del diritto privato romano*. – In: *Poder político y derecho en la Roma Clásica*, Madrid, 1996, p. 63.

<sup>46</sup> HORAK, F. *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den alteren römischen Juristen bis Labeo*. 1. Band. Aalen, 1969, p. 116 ss.

<sup>47</sup> SCHMIDLIN, B., *op. cit.*, pp. 19 смята, че едва при юристите от времето на Хадриан думата *regula* се разбира като правила в строгия смисъл на думата. „*Celsus nennt das von*

Трябва да извлечем от самите източници какво са разбирали римските юристи под правило, като анализираме текстовете, в които юристите говорят за *regula* или *definitio*. Само така може да избегнем често допусканата грешка да се слага знак за равенство между *regula* и *definitio* с една обща и неясна идея за принцип и правна дефиниция, или с намерението двата термина да бъдат прецизирани, прилагайки чисто теоретични и неисторически критерии.

Като гледаме източниците, на пръв поглед признаваме, че *regulae* се делят на две групи. От една страна намираме редица солидни правила – някои от тях наричани *regulae*, а други просто твърдения, признати в съдебни решения. Втората група се оформя в късната класическа и в посткласическата епоха чрез *libri regularum*. В самото наименование на титула прозира, че самите юристи считали тези твърдения за *regulae*<sup>48</sup>.

Дълго време Savigny и изобщо романистиката отъждествяват *regulae* с *definitiones*, като забравят отбелязаното от глосаторите<sup>49</sup>. Други изследвания обаче изтъкват разликата между двата термина. Stein например отхвърля тезите на Pringsheim<sup>50</sup> и Schulz<sup>51</sup>, които обаче са много разпространени в романистиката. Според него римляните били противници на абстракцията и затова не могли да способстват за формулирането на правила и дефиниции. По-нататък Stein сочи, че *regulae*, които не може да се преведат като генерически максими, са инструменти, прилагани при решаването на специфични и спорни въпроси, опирайки се винаги на други, решени вече проблеми<sup>52</sup>.

---

*Cato aufgestellte Gültigkeitskriterium für Legate regula Catoniana (D. 34.7.1)*“ Смята, че дори Целз се съмнява дали *regula Catoniana* е *definitio* или *regula*, което ясно показва, че изразите *regula* и *definitio* все още не са били съвсем ясни.

<sup>48</sup> SCHMIDLIN, B., *op.cit.*, p. 6-7. Vid. n. 44.

<sup>49</sup> IGLESIAS-REDONDO, J., *op. cit.*, p. 54 ss., посочва, че различни изследвания показват разликата между *regula* и *definitiones* както в етимологично, така и в структурно отношение, и най-вече във връзка със съответствието им с тезата за развитието на методологията и на правната епистемология на *iurisprudentia*.

<sup>50</sup> PRINGSHEIM, F. *The inner Relationship between English and Roman Law*. – In : *Cambridge Law Journal*, 5, 1935, p. 347 ss.

<sup>51</sup> SCHULZ, F., *op. cit.*, p. 34

<sup>52</sup> STEIN, P., *op. cit.*, p. 65 ss. *Definitio* е описание на закона с ограничен обхват. Адаптира се към закона.

Употребата на термина „*regula*“ в правния дискурс е тази, която според Stein, се намира в един пасаж на L. Crassicius Pasicles и която той сравнява с аналогията. В този смисъл той счита, че има голямо сходство между формирането на правилата на граматиките и формирането на *regulae iuris*. Смята, че аналогията е по-ограничено понятие от *regula*. Аналогията просто се свежда до няколко примера, които не следват определено правило. Поради общия си характер, *regula* включва голям брой казуси, които се отнасят за един и същ принцип (*ratio*), които не са затворени и нямат една и същата форма. Разбира се някои правила са по-обща от други поради обхвата си. Гърците ги наричат „канони“ (Κανόν) и те се смятат за един по-бърз път за коригиране на дискурса<sup>53</sup>. Iglesias-Redondo<sup>54</sup> сочи, че *regulae* не може да се преведат като „максими с генеричен или абстрактен характер“, тъй като те са инструмент за решаване на конкретни казуси на основата на други, вече решени такива.

Ако погледнем прокулеанците, които са по-съгласни с граматиките, виждаме, че те считат, че *regula* не е равнозначно на *definitio*, а е нормативно предложение, което управлява всички ситуации, които може да попаднат в *ratio*. Обратно – за сабинианците *regula* е равнозначно на *definitio*, която винаги декларира съществуването по-рано право и губи функцията си, когато е неточна в която и да било ситуация<sup>55</sup>.

Ако се вгледаме в текста на Яволен в D. 50.17.202<sup>56</sup> и на Целз в D. 34.7.1<sup>57</sup>, ще си дадем сметка, че те отразяват разликата в позициите на прокулеанците и

---

<sup>53</sup> STEIN, P., *op. cit.*, p. 60. IGLESIAS-REDONDO, *op. cit.*, p. 55 цитира Stein в смисъл, че според него *regula* се доближава до смисъла на Κανόν на граматиките, а не до смисъла на „мярка“, който виждаме у философи, както и при Цицерон Cicerón. Цитира Brutus, 41.152. Ако в текста не се говори за *regulae iuris*, то се говори за мярка, която предоставя диалектиката с цел различаване на вярното от невярното. Според Stein, Лабееон прехвърля в юридическия език значението, което придават граматиките. Обаче IGLESIAS-REDONDO, *op. cit.*, p. 57, не е съгласен с тази идея.

<sup>54</sup> IGLESIAS-REDONDO, *op. cit.*, p. 55.

<sup>55</sup> IGLESIAS-REDONDO, *op. cit.*, p. 56 siguiendo a Stein.

<sup>56</sup> D. 50.17.202<sup>56</sup> „*Omnis definitio in iure civil periculosa est; parum est enim, ut non subverti possit*“

<sup>57</sup> В D. 34.7.1, като говори за *regula catoniana*, Целз говори за *definitio* вместо да говори за *regula*. Той е класически юрист и републиканец, обаче използва термина *definitio*, което потвърждава идеята, че до времето на Принципата терминът *regula* не е бил познат в юриспруденцията. От този момент му се придава съдържание, съставено от две

сабинианците<sup>58</sup>. В класическата епоха *regula*, дадена от юриста, почива на неговия авторитет и власт. Ако погледнем последните юристи на класическата епоха, ще видим, че „*regula*“ се уеднаквява с „*maxima*“, т.е. общо теоретично твърдение. Няма съмнение, че *regula* е работен инструмент, използван от много юристи. В тези случаи Stein<sup>59</sup> намира прилика между *regulae* и *rules* в *Common Law*, в смисъл, че и едните, и другите възникват за решаване на особени казуси. Несъмнено римските юристи са искали да дадат отговор и да решат конкретните проблеми, поставени пред тях, и от тези решения възникнали правилата, които потвърждавали взетата от тях мярка. Но както има процес на формулиране на *regulae*, съществува и друг, разрушителен процес. Помпоний например твърди в D. 50.17.7; „*nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest; testatus et intestatus inter se pugnata est*“; а в обратния смисъл - Папиниан приема в D. 5.2.15.2: „*Nec absurdum videtur pro parte intestatus viderit*“<sup>60</sup>.

Значението на *regulae iuris* се намира у Паул в D. 50.17.1<sup>61</sup>, който цитира Сабин. Schimdlin<sup>62</sup> смята, че няма никакъв фрагмент от *veteres*, който да съдържа термина *regula*. Според него първото свидетелство, което в действителност не отразява една *regula*, а съдържа декларацията на един юрист относно една *regula*,

---

характеристики – отражение на повтаряща се предишна юриспруденциална практика (*ex iure quod est regula fiat*) и да служи като средство за предаване на тази практика на последващата юриспруденция (*brevis rerum narratio traditur*); STEIN, P., *op. cit.*, p. 66 казва, че става дума да първата *definitio*, към която се прилага наименованието *regula*, и че това е дело на Лабеон. Обратно – HAUSMANNINGER споменава липсата на доказателствени текстове, *Celsus und die Regula Catoniana*. – In: *TR*, 36, 1968, p. 475 ss.

<sup>58</sup> SANSÓN RODRÍGUEZ, M. V. *La regla nemo plus iuris...*, *op. cit.*, p. 3 казва, че сабинианците отхвърлят нормативната стойност и смятат правилата само за описание на действащото право, подобно на STEIN, P., *op. cit.*, p. 65-73. Други автори като KASER, M. *Zum Wesen der röm. Stellvertretung*, In: *Augewälte Schriften II*, Jovene 1976, p. 247, считат, че римляните не ги възприемат като твърди и установени, а смятат, че са гъвкави правила с ексцепции, които може да не се прилагат, когато това е необходимо. Цитира позицията на FINKENAUER, Th. *Le „regulae iuris“ come strumenti nemotecnici*. – In: *Index* 43, 2015, p. 15 ss., който не е съгласен с цитираните автори и смята, че всички предишни форми за описание на правилата от страна на доктрината не са адекватни, тъй като римляните решавали всеки случай поотделно. В същия дух - SCHMIDLIN, B., *op. cit.*, p. 17.

<sup>59</sup> STEIN, P., *op. cit.*, p. 103 ss.; IGLESIAS- REDONDO, J., *op. cit.*, p. 56 ss.

<sup>60</sup> REINOSO BARRERO, F., *op. cit.*, p. 36, който препраща към García Garrido, n. 40.

<sup>61</sup> SCHMIDLIN, B., *op. cit.*, p. 8. Die Kompilatoren haben diesen einen Text aus der sonst streng eingehaltenen Ordnung der Literaturmassen herausgenommen und bewusst an den Anfang der Regelsammlung gesetzt.

<sup>62</sup> SCHMIDLIN, B., *op. cit.*, p. 19.

е цитираният фрагмент от Паул, където съвсем ясно е обяснена мисията на *regula*: да даде кратко обяснение на определено правно решение. Ако бъде доказана неговата неприложимост, тя губи функцията си. Както казва Reinoso<sup>63</sup>, използването на една *regula iuris* насочва и пояснява конкретни казуси.

В *Constitutio Tanta*, 18, Юстиниан говори за необходимостта да бъдат попълнени белите полета в закона и позволява компилаторите да правят целесъобразните по тяхно мнение промени, за да се адаптира текстът към необходимостта в момента. Юристите смятали, че тези бели петна трябвало да бъдат попълнени от императорските конституции. В Дигестите често се споменават *regulae* във фрагменти на Юлиан. Юристите не били законодатели, но техните решения служели за ориентир не само за решаването на конкретния, поставен пред тях въпрос, но и за други подобни казуси. Юлиан в D. 1.3.10 признава, че източниците на позитивното право, каквито били *leges* или *senatusconsulta*, не можело да бъдат написани така, че да покрият всички казуси. Тези промулгации трябвало да бъдат тълкувани от юристите или от някоя императорска конституция, за да бъдат обяснени по-добре техните термини, условия и значение. След като се изясни приложното им поле, магистратът можел да го прилага и при други подобни казуси. От своя страна Улпиан<sup>64</sup> обикновено се вслушвал в тенденцията, установена от Юлиан, чрез наблюдението на общото да се решава конкретното, и неговите ученици го следвали в своите решения.

Юристите от II в. използват различни методи в подхода си към *regulae*. Понякога твърдели направо, че *regula iuris* не трябвало да бъде следвана. В други случаи позволявали да се използват *regula* в ситуациите, в които те вече били прилагани, но не и към други ситуации, които нямали същите параметри.

В своите Институции Гай<sup>65</sup> например използва израза „*regula*“ като норма на *ius gentium*, като право, прието от цялата социална общност в Римската империя, а не само от римските граждани. Той обяснява и решенията на императорите Адриан и Веспасиан, които смятали, че правилата важат за всички случаи и за всички и

---

<sup>63</sup> REINOSO-BARBERO, F., *op. cit.*, p. 34.

<sup>64</sup> Улпиан в D. 6.2.11.4 и D.17.1.10.12.

<sup>65</sup> IG. 1.83 – 1.85.

затова трябва да се прилагат по аналогия. Тъй като две от тези правила не отговаряли на това условие, двамата императори въвели възражение. Смятало се, че договорените решения, противно на правилата на цивилното право, не са валидни<sup>66</sup>.

Blanch Nougues<sup>67</sup> сочи, че според начина им на употреба през епохата на Принципата може да различим от една страна *libri regularum*, т.е. всички казуистични правила, и *definitiones*, а от друга страна, истинските *regulae*, сред които попадат както *regula catoniana*, така и *certissima iuris regula* на Гай – „нормативни правила, които съставляват конкретни приложения на признати от юриспруденцията правни принципи в рамките на *ius civile*“. Според Sansón Rodríguez<sup>68</sup> „не всички правила, които намираме в компилацията на Юстиниан, са от един и същи вид“. Stein смята, че някои от тези правила, включени в титул 17 на книга 50 на Дигестите, са се прилагали за конкретни въпроси, докато други били общи принципи.

Напълно съм съгласна с Blanch Nougues<sup>69</sup>, че нормативността на *regulae iuris* съдържа един от откритите проблеми в римското право; може би, както казва той, оскъдността на източниците предизвиква постоянен дебат в доктрината по този въпрос. Изглежда все пак *iuris civilis regulae* са имали съдържанието на правна норма, тъй като ограничавали личната свобода на лицата и не допусkali противно на това ограничение споразумение<sup>70</sup> (Гай D. 2.14.28). Те били приети от юриспруденцията поради своята строгост и древност.

Към средата на III в. сл. Хр. класическата юриспруденция като източник на правото отпада поради политическите и културни промени, предизвикали

---

<sup>66</sup> Гай в D.2.14.28: „*Contra iuris civilis regulas pacta conventa rata non habentur, (...)*“.

<sup>67</sup> BLANCH NOUGUÉS, J. M., *op. cit.*, pp. 53.

<sup>68</sup> SANSÓN RODRÍGUEZ, M. V. La regla „*nemo plus iuris...*“, *op. cit.*, p. 2, дава примерите на Stein за конкретни случаи като например, че продажбата не е фиктивна, когато има договорена цена.

<sup>69</sup> BLANCH NOUGUÉS, J. M., *op. cit.*, p. 59 споменава позицията на Nörr, че наистина не е съгласен със Schmidlin, но изтъква, че тези *regulae* не са имали абсолютна и неизменна стойност за класическата юриспруденция, тъй като нормативната им стойност е била пониска от тази на една правна разпоредба, като тази стойност е нараснала в посткласическия период; SANSÓN RODRÍGUEZ, M. V. La regla „*nemo plus iuris...*“, *op. cit.*, p. 3 смята, че въпросът за *regulae iuris* е бил и продължава да бъде предмет на дебати в доктрината.

<sup>70</sup> Гай в D.2.14.28: „*Contra iuris civilis regulas pacta conventa rata non habentur (...)*“.

изменения в общественния ред на късния Рим. Това води до промени и в сферата на правото – развитието на императорската практика на прескриптите по време на Северите предизвиква загуба на независимостта на юриспруденцията. Нейното действие можело да продължи в служба на държавата, макар че фактически до IV в. сл. Хр. се запазва класическото правно изкуство. Юристът бил под ръководството на императора и имперският абсолютизъм заличава неговата личност. Конституционната и процесуална основа на класическото право, структурата на класическите норми и техните прецизни различия, произтекли от историята, отмират. Всичко това, както и спадът на духовната енергия, слагат край на творческия период на юриспруденцията<sup>71</sup>.

Истината е, че бюрократизирането на правото уврежда техничността и класицизма от предходната епоха. Доктрината нарича това изменено право „вulgаризирано римско право“. Според Fernández de Buján<sup>72</sup>, единственият положителен аспект е влиянието на християнската философия в законодателството. Тенденцията била да се резюмират или опростяват писанията на класическите юристи. Освен това, при явяване пред съда и при опит да се аргументираш с мнението на някой юрист, често се случвало да бъде цитиран трети юрист с друго мнение. Оттам и необходимостта да се обръща внимание на автентичността на цитираните текстове, тъй като можело да се случи да няма правна сигурност, понеже не се знаело кои текстове можели да се смятат за действащо право. Ето защо през 426 г. бил издаден Законът за цитиранията (*Lex Allegatoria*) от източноримският император Теодосий II (401-450 г.) и западноримския император Валентиниан III (419-455 г.), който определя само петима юристи<sup>73</sup>, които можело да бъдат цитирани в съдилищата.

След падането на Римската империя през 476 г. варварските държави се разпрострели на нейната територия. Въз основа на принципа за персонално

---

<sup>71</sup> KUNKEL, W. *Historia del Derecho romano*. Barcelona: Ariel, 1981, p. 151 ss.

<sup>72</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *op. cit.*, p. 106.

<sup>73</sup> Юристите, които можело да бъдат цитирани в съда, били Гай, Паул, Улпиан, Папиниан и Модестин. Решението се вземало на основата на мнението на мнозинството, а при непостигнато съгласие превес имало мнението на Папиниан.



действие на правото, германите прилагали собствените си норми на обичайното право, докато римляните си служели с римското право<sup>74</sup>.

Направените компилации от императорски конституции от правните школи в Бейрут и Константинопол били много престижни. Юристите събирали действащите конституции, наричани вече *leges* и така са създадени частните компилации, известни като Грегориановия и Хермогениановия кодекс и Сирмондиановите конституции, а по-късно – и официалната кодификация – Теодосиевият кодекс. Паралелно германските народи, завоювали територията на Западната римска империя, също създават кодификации по римски модел - *Edictum Theodorici*, *Lex romana Visigothorum* и *Lex romana Burgundiorum*.

#### 4. Глосатори и брокарди

След X век развитието на търговията разрушава съществуващите дотогава феодални социални структури и се появява буржоазията. Градовете се превръщат в икономически и културни центрове. В тях се съсредоточава политическият живот и това се отразява на образованието, тъй като се появява светско образование в противовес на клерикалното, съществувало дотогава. Новата социална класа живо се интересува от културата, от знанията на древните, и се насочва към университетите. Като най-значимо събитие трябва да отбележим откриването на флорентинския ръкопис и на вулгатите с римски норми, по които работят средновековните юристи. През 1100 г. *Corpus Iuris Civilis* на Юстиниан достига максималния си престиж. От тогава Дигестите стават основа за изучаването и преподаването на правото в университетите – първоначално в Болонския университет, кодето се стичат студенти от цяла Европа. Обучението е насочено към упражняване на професията на юриста, той получава специфична подготовка – самостоятелно само правото, без „други обучения, в които до тогава на Запад

---

<sup>74</sup> HAMZA, G. *Tradición romanista y Derecho privado comparado*. Argentina: Olejnik, 2017, p. 45 ss монарсите на варварите сметнали за необходима кодификацията на римските норми и изготвили няколко кодекса на латински, наречени *Leges Romanae barbarorum*.

попадало и опознаването на правната култура<sup>75</sup>. Обучаващите се боравели с нормативни текстове, изработени в една напълно различна епоха от тази, в която те живеели. Затова дейността им е една конструктивна интелектуална дейност, целяща адаптиране на нормите от Дигестите към новите обществени потребности. Изучаваните от тях общи принципи били предмет на дискусии, от които произтичали решенията на практическите казуси, които им били задавани.

Методът в началото на Болонската школа може да се определи едновременно като дедуктивен и индуктивен. Дедуктивен защото мисията на юриста в която и да било епоха е да прилага дадено правило към конкретните казуси в реалния живот и затова той може да разширява, както и да стеснява приложението на тази норма. Индуктивен, защото същият юрист, изхождайки от обществената действителност, може да достигне до общи формулировки, каквито са *regulae*<sup>76</sup>. Затова и така наречената *traditio regulae* се състои в *reductio ad unum* на казусите или *rationes*, пръснати в целия *Corpus Iuris* – сходни казуси, решени по един общ принцип, който по някакъв начин ги представял всичките. Затова в глосите от XII и XIII в., както и в коментарите от XIV в. се сблъскват двете тенденции – индуктивната и дедуктивната. От една страна, когато се прави опит да се приложи едно правило към даден фактически казус, първото нещо, което се прави, е да се види нормата, която трябва да се приложи и след това се пристъпва към дедукция<sup>77</sup>. Разбира се, трябвало в целия материал на *Corpus Iuris* да се търсят казусите, които трябвало да са сходни и при които юристите са дали сходен отговор. Тази работа се извършвала чрез аналогична *extensio* – да се групират всички идеи в една *regula*, която в случая се нарича брокард (от латинското *brocardae*).

---

<sup>75</sup> MIQUEL, J. *Derecho romano, op. cit.*, p. 91 ss.; FERNÁNDEZ BARREIRO, A. *La tradición romanística en la cultura jurídica europea*. Madrid: Centros de Estudios Ramón Areces, 1992, p. 15 ss. Обяснява, че моделът на университета и на обучението в Болоня са подобни на най-важните византийски школи (Берито и Константинопол).

<sup>76</sup> CARPINTERO, F. *En torno al método de los juristas medievales*. – In : *AHDE*, Madrid, 1982, p. 631.

<sup>77</sup> CARPINTERO, F., *op. cit.*, p. 631 обяснява, че прилагането на вече съществуващите и локализираните в определена част на *Corpus Iuris* норми се изразява в наличието на различни *apparatus*, които представляват логическата операция, чрез която се прилага общият принцип, открит в римското право, към даден практически казус от живота.

Движени от интерес към общата тенденция за абстракция и обобщение на решенията, глосаторите се вглеждат в римските правни текстове. Брокардите са сбирка, появила се около 1180 г., но вероятно създадена преди това. Произходът ѝ не е съвсем ясен. Вероятно наименованието им е производно от името на канониста Burchard of Worms, чиито декрети (*Decretum*) са публикувани около 1200 г. По същество брокардите правят дисекция на юстиниановите текстове и извличат от тях сравнително голям брой кратки правила, изразяващи основания, взети от римското право. Тъх като Юстиниан не желаел да има противоречия в неговата компилация, глосаторите сметнали, че чрез тези текстове може да обединят в едно значението им.<sup>78</sup> Затова може да твърдим, че те са създадени съгласно критерия за полезност, както казва Reinoso-Barbero, „за да се улесни постигането на една тройна цел – съвместното асимилиране на големите водещи нишки на правните доктрини, да се даде възможност по този начин за една глобална визия за правната система и правото да се преподава на учениците чрез епитоми и сборници от брокарди със съответното им приложение и екцепции“.

Тази задача осъществяват най-вече Azon с неговите Brocardica и Pillio da Medicina, Irnerius и неговият български ученик Vulgarus, които извличат доста на брой кратки брокарди, и третото поколение глосатори, сред които може да споменем Placentino и Basiano<sup>79</sup>.

Тези максими или брокарди произтичат от последната част на Дигестите, от титул 50.17, както и от други текстове на компилацията, и може да бъдат използвани за аргументиране във всяка материя<sup>80</sup>. Така от конкретни правила за даден казус те се превръщат в общи принципи. Тъй като учениците идвали от различни страни за обучение в Болонския университет, влиянието върху националните

---

<sup>78</sup> REINOSO-BARBERO, F. *Paroemia et regulae iuris romanorum (...)*, *op. cit.*, p. 593; STEIN, P., *op. cit.*, p. 131; SCHMIDLIN, B., *op. cit.*, p. 131 твърди, че интересът на глосаторите към *regulae* бил обща тенденция към абстракция и обобщение на решенията, открити в римските правни текстове. Смята, че глосаторите не ограничавали термина *regula* до предложения, описани като *regulae* в текстовете, до титула *de regulis* или до правилата, представени като максими, като например I.2.112, от което произтича, че всяко кратко юридическо правило, открито в текстовете, може да се смята за *regula*.

<sup>79</sup> STEIN, *op. cit.*, p. 137 ss.

<sup>80</sup> STEIN, *op. cit.*, p. 131 посочва, че глосаторите не ограничавали термина *regula* до предложения, описани като *regulae* в текстовете или до съдържащите се в титула или до изложените като максими.

законодателства води до разпространение на римската правна култура. Юридическият метод и мисъл са едни и същи за всички тях и затова, както твърди Fernández Barreiro<sup>81</sup>, „европейската юриспруденция, която се ражда от този културен феномен, намира идентичност в интелектуалното *съзнание* за участие в една романистична правна традиция, възприемана и приемана като общо културно наследство на всички европейски народи“. За Reinoso Barbero<sup>82</sup>, „при завръщането си в съответните им страни с глосираните вулгати и книгите с брокарди, те предизвикват масова европейска рецепция на римско-каноничното право, смятано за истинската основа на общото право в Европа.“

Така през XII в. се появяват сборници с брокарди, приети включително от канонистите. В *Liber extra* на Григорий IX от 1234 г. са публикувани редица папски декрети, в които са включени 11 юридически правила. В *Liber Sextus* на папа Бонифаций VIII от 1298, са включени 88 юридически правила<sup>83</sup>.

Болонският университет е първият, който започва да прилага нов метод на обучение, непознат до тогава. Примера му следват други университети, като тези в Орлеан, Авиньон, Монпелие и Тулуза във Франция, Саламанка в Испания, Льовен в Белгия, Утрехт в Холандия, Оксфорд и Кентърбъри в Англия, и дори в Германия. Така в края на XIII в. *regulae iuris* и произтеклите от тях брокарди са познати и с тях се работи в цяла Европа. Тази линия на работа продължава с постглосаторите до XV в., най-вече под ръководството на Bartolo de Sasoferato, така че изучаването и изследването на римското право се разпростира като общо право в цяла Европа. Както посочва Reinoso-Barbero<sup>84</sup>, „рецепцията вече не може да спре и глосираните вулгати на Дигестите са „сакрализирани из цяла Европа, където се разпространява *ius commune* под наименованието *mos italicus* или бартолизъм“.

По-късно започва етап на развитие на *ius commune romanorum*, и през Възраждането започва сближаване на правилата на юриспруденцията и средновековните брокарди. И едните и другите имат „казуистично-описателна“

---

<sup>81</sup> FERNÁNDEZ BARREIRO, *op. cit.*, p. 16.

<sup>82</sup> REINOSO-BARBERO, F. *Paroemia et regulae iuris romanorum...*, *op. cit.*, p. 594.

<sup>83</sup> MENTXACA, R. *Argumentación, máximas jurídicas y jurisprudencia comunitaria*. - *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, № 8, La Coruña, 2004, p. 527.

<sup>84</sup> REINOSO-BARBERO, F. *Paroemia et regulae iuris romanorum...*, *op. cit.*, p. 595.

структура и се прилагат в различни области на правото, но достатъчно гъвкаво, за да има изключения, както казва Reinoso-Barbero<sup>85</sup>.

Тъй като в Германия рецепцията на римското право се извършва през XV в., там вече има богата традиция на догматично развитие на римското право. То достига своя връх с Школата за история под ръководството на Savigny. Затова през XVIII в. Германия добавя към тази тенденция една нова фаза на европейското *commune - usus modernus pandectarum*, чрез което се адаптират римските текстове към потребностите на обществото в онзи момент. Затова Гражданският кодекс на Германия BGB, (1900) е силно повлиян от римското право.<sup>86</sup> Правото на пандектистите от XIX в. е общата теория на германското частно право, в основата на което е римското право, чиято функция и значение е във формирането и развитието на основите на частно-правната система<sup>87</sup>.

Влиянието на Болоня се усеща и на Иберийския полуостров. Алфонсо X Мъдри, който се е обучавал в болонската школа и е особено чувствителен към

---

<sup>85</sup> REINOSO-BARBERO, F. *Paraemia et regulae iuris romanorum...*, *op. cit.*, p. 595 y ss. Обяснява как са започнали първите издания на *Corpus Iuris Civilis*, както и на средновековните ръкописи, сред които се намирали брокардите (*Brocardica* на Азон например). Отпечатването на всички тези текстове води до демократизиране на познанието за римските *regulae iuris* romanas, което благоприятства тяхното изучаване, например с холандската *iurisprudentia elegans*, френския *mos gallicus francés* или испанската втора схоластика. От XVII век насетне философите на европейското право отъждествяват римските *regulae iuris* с принципите на естественото право.

<sup>86</sup> REINOSO-BARBERO, F. *Paraemia et regulae iuris romanorum....*, *op. cit.*, p. 598, описва създаването на други европейски граждански кодекси, като италианския ГК, (1942), австрийския или гръцкия, стъпили на *ius commune* и, следователно, на римското право. Vid. SANSÓN RODRÍGUEZ, M. V. *La regla alteri stipulari nemo potest.* – In: *Revista General del Derecho romano*, № 17, 2011; ID. *La regla nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habere.* – In: *Revista General del Derecho romano*, № 29, 2017.

<sup>87</sup> HAMZA, G., *op. cit.*, p. 36 ss. уточнява, че макар пандектистиката да се е развила в Германия, тази тенденция не означава само „доктрината на *gemeines Recht*“, според Koschaker, а упражнява още с формирането си голямо влияние извън Германия. Това се отнася и до Англия, ако цитираме съчинението *Introduction to the Study of Jurisprudence* на Nathaniel Lindley от 1845, което е превод на Общата част от „*System des Pandektenrechts*“ на Thibaut de 1803. Може също да се позовем на *Ancient Law* на Sir Henry Sumner Maine от 1861 г., в което се откриват пандектни влияния. Така STEIN, P., *op. cit.*, p. 155 обяснява, че практиката да се цитират този тип норми става обичайно и английските юристи не пропускат да го възприемат. Цитира се Thus Maitland, който макар и погрешно, счита, че „*when in any century from thirteenth to the nineteenth, an English lawyer indulges in a Latin maxim, he is generally, though of this he may be profoundly ignorant, quoting from the Sext*“ – вж. POLLOCK and MAITLAND. *History of English Law*. Segunda edición, 1898, vol I, p. 218.

правните теми и в частност към римското право, публикува през 1265 г. своите *Siete Partidas*. Последният титул (*Partida VII*) е посветен на юридическите правила и съдържа 37 правила<sup>88</sup>. Много от цитираните там юридически правила са достигнали до наши дни като общи принципи на правото. Както подчертава Mentxaca<sup>89</sup>, за значението на този факт говори обстоятелството, че чл. 1 на испанската конституция определя, че източниците на правото са законът, обичаят и общите принципи на правото. Тези принципи се прилагат в случай, че няма закон или обичай. Въпросът, който може да си зададем, е кои юридически максими се превръщат в общи принципи на правото. За Mentxaca отговорът е „юридическото правило да не въвежда принцип, противен на закона, да може да бъде прилагано към съответния казус, да може да се смята за принцип в светлината на римското право или на националната правна традиция, да е било признато вече в решения на Върховния съд и, накрая, решенията, в които се съдържат споменатите принципи, да бъдат цитирани“.

След като бъдат изпълнени тези изисквания, римското право и средновековните юридически максими се превръщат в общи принципи с всички произтичащи от това последствия. Mentxaca дава един много красноречив пример, който разглежда и Sansón Rodríguez: Улпиан, D. 50.17.54: „*nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*<sup>90</sup>“ или както всички го знаем *nemo dat quod non habet* (никой не дава това, което няма). Други варианти на този принцип<sup>91</sup>, включени в Дигестите, са *nemo transfert si non habuit* (никой не прехвърля, ако няма, или *nemo plus commodi heredi suo relinquit, quam ipse habuit* (никой не може да остави на наследника си повече, отколкото има). Както казва Mentxaca, може да смятаме, че това правило не е предизвиквало спорове, тъй като в посочените примери идеята е

---

<sup>88</sup> CRADDOCK, R. *La cronología de las obras legislativas de Alfonso X el Sabio*. – In : *AHDE*, 51, 1981, p. 365-418; GARCÍA y GARCÍA, A. *Un nuevo código de la primera partida de Alfonso X el Sabio. El MSHC:397/573 de la Hispanic Society of America*. – In: *AHDE*, 33, 1963, p.267-243; GARCÍA GALLO, A. *El libro de las leyes de Alfonso el Sabio: del Espéculo a las Partidas*. – In: *AHDE*, 21-22, 1950-1951, p. 345-528; ID. *Nuevas observaciones sobre la obra legislativa de Alfonso X*. – In: *AHDE*, 46, 1976, p. 609-670.

<sup>89</sup> MENTXACA, R., *op. cit.*, p. 528 ss.

<sup>90</sup> „Никой не може да прехвърли другиму по-голямо право от това, което има“ (превод на автора. Б.ред.) .

<sup>91</sup> MENTXACA, R., *op. cit.*, p. 529.

една и съща, а освен това е включена в VII Partidas 7.34.12<sup>92</sup>. Според Sansón Rodríguez<sup>93</sup>, „това правило днес е общ принцип, заемащ челно място в описанието на изискванията за прехвърляне на собственост“. За разлика от Mentxaca той смята, че правилото не е било разбирано по еднакъв начин във всички епохи и затова допуска различни подходи – в някои епохи е било смятано за общ принцип – „логичен и абсолютен, произтичащ от самото естество на нещата и който не допуска изключения (така е било от края на XVI в. до XIX в.). В други епохи е било смятано за нормативно правило с абсолютна стойност, но с посткласически произход поради множеството промени, направени от компилаторите на Юстиниан при реализирането на компилацията (така е било в първата половина на XX в.) и накрая (след 70-те години на XX в.) често е било смятано за правило с класически произход, но с относителна стойност, тъй като е допускало изключения и е можело да не се прилага)“. Schmidlin<sup>94</sup> твърди, че то произхожда от *libri regularum* от времето на Принципата и го определя – подобно на Sansón Rodríguez – като чисто казуистично правило, различно от по-старите нормативни правила като *regula Catoniana* или *alteri stipulari nemo potest*.

Виждаме как понастоящем Върховният съд продължава да използва *regulae iuris*, взетите пряко от римското право или създадените през средните векове<sup>95</sup> *regulae iuris*.

Но не само нашата правна уредба и civil law използват *regulae iuris* на римското право и изработените през Средновековието юридически максими и институти. Common Law също използва романистични понятия и институти, тъй като макар да се е превърнало в обичайно право, стъпило на съдебните прецеденти, то

---

<sup>92</sup> „E aun dixerón que ningun non puede dar mas derecho a otro en alguna cosa de aquello de que le pertenece en ello“.

<sup>93</sup> SANSÓN RODRÍGUEZ, M. V. *La regla nemo plus iuris...*, *op. cit.*, p. 5 ss., смята, че след Schulz, романистиката отново си поставя въпроса за стойността и произхода на това правило и много автори смятат, че произходът ѝ е „класически“, а стойността ѝ – „относителна“, тъй като става дума за едно казуистично правило, което допуска изключения.

<sup>94</sup> SCHMIDLIN, B., *op. cit.*, p. 146 ss.

<sup>95</sup> MENTXACA, R., *op. cit.*, p. 529 ss. Цитира редица решения на Върховния съд, в които се споменават различни римски максими, като „*prior tempore potior iure*“, цитирана в различни присъди от XX и XXI век, или *pacta sunt servanda*, в различни решения та BC - TS 1702/2015 или TS 208/1962.

по принцип се основава на римското право. Както Berman, така и Reid казват, че е „излишно да припомним, че името на Европа има няколко значения, особено ако се погледне от историческа гледна точка<sup>96</sup>“ Развитието на различните национални чувства е свързано с процес на териториална експанзия на културата и консолидиране на юристите като социално значима професионална група или сектор по отношение на римското право. Това е характерното за периода на общото европейско право през Средновековието – националните права се развиват по различен начин, но общият корен на всички тях е съвкупността от норми и общи принципи, представлявана от римско-каноническото право.

Много от тези *regulae iuris* са загърбили аксиоматичната плоскост, за да се превърнат в общи принципи на правото, които не само се използват в националните законодателства, но и са приети като общи принципи на европейското право или на правото на ЕС, като например принципът *pacta sunt servanda*.

### **5. Развитие на *regulae iuris*. Принципът „*pacta sunt servanda*“**

Разликите между различните европейски законодателства, в частност между техните граждански кодекси, са очевидни. Всички те обаче използват много *regulae iuris*. Всяка страна използва онези, които са ѝ най-полезни в конкретната ѝ юридическа практика. Други се прилагат в почти всички страни от нашата среда и това се дължи основно на юриспруденциалната практика. Някои *regulae iuris* са прескочили от националната практика на отделните страни в категорията общи принципи на европейското право. Един от тези принципи е “*pacta sunt servanda*”<sup>97</sup>, който произтича от CJ. 2.3.12: „*Pacta novissima servari oportere, tam iuris quam ipsius rei aequitas postulat. Quapropter si conventione, quae praecessit, diversa pars usuram se non esse consensit, et maxime si, ut proponis, id etiam apud acta praesidis asseveravit, actionem, quae super prima conventione fuerat, exercere non prohiberis*”<sup>98</sup>.

---

<sup>96</sup> BERMAN, H. J., REID, J. *Roman Law in Europe and the Ius Commune: a Historical Overview with Emphasis on the New Legal Science of the Sixteenth Century*. – In: *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, № 20, 1994, p. 1.

<sup>97</sup> REINOSO-BARBERO, F. *Paroemia et regulae iuris romanorum...*, *op. cit.*, p. 598.

<sup>98</sup> C.2.3.12.



Регламентиран е в членове 1091, 1256, 1258, 1278 на ГК на Испания и е включен в съдебната практика на Върховния съд от 1967 г.<sup>99</sup> От прочита на тези разпоредби може да заключим, че всички те са свързани с афоризма “*pacta sunt servanda*”, ако са изпълнени определените условия – „задължителност, двустранност, реципрочност, консенсусност, неофициалност и обхват на последствията от договореното“. Reinoso-Barbero посочва, че „макар принципът да може да се счита за законен, общият му характер води до множество изключения на практика“. Като пример за рецепция на това правило и за неговите изключения той цитира Първи състав на Върховния съд в решението му от 7 януари 1967 г., където в увода се цитира максимата като основание за решението, заедно с членовете на ГК, приложими в този случай. *Sensu contrario*, в решението на Първи състав от 31 март 1900 г. съдът приема, че принципът не е нарушен<sup>100</sup>.

Свещеният принцип на класическото облигационно право е идеята “*pacta sunt servanda*”, въз основа на която договорите трябвало да се спазват изцяло. Този принцип задължавал договарящите се страни да изпълняват клаузите на договора така, както са били договорени. Всички упълномощени лица можели да сключват всякакви договори по своя преценка стига те да не нарушават правната уредба или онова, което немците наричат *Abschlussfreiheit*. Също така можели да вземат решения относно тяхното съдържание - *Inhaltsfreiheit*. Но този принцип винаги е имал определени ограничения. Още в римското право не всички договори задължавали страните при всякакви обстоятелства. Едностранното разтрогване на договора било позволено например, ако една от страните не изпълнявала своите задължения. Друг начин за разтрогване на договора бил *laesio enormis* (разтрогване на договора ако даден парцел бъде продаден на по-ниска от реалната цена). Пандектистиката позволявала разтрогване на договора по причина неизпълнение на някоя от неговите клаузи. Това било прието от правните уредби поради интереса да бъдат защитени правата на потребителите.

---

<sup>99</sup> REINOSO-BARBERO, F. *Los principios generales del derecho...*, *op. cit.*, p. 272-274 и по-конкретно на с. 274 отразява първото основание, където се появява първото оправдание.

<sup>100</sup> REINOSO-BARBERO, *op. cit.*, p. 273-274, посочва, че изключенията се проявяват най-вече в онези фигури, които създават задължения, изискването за които може да е съмнително поради атипичността им, като напр. фидуциарните пактове.

Ако погледнем текста на Яволен в D. 19.2.21, ще видим съвсем ясно смисъла на принципа „*pacta sunt servanda*“ – „*Contractus ex conventione legem accipere dinoscuntur*“. Да не забравяме, че договорите в Рим имали *numerus clausus* и се считали за такива само някои договори като например *stipulatio* – договор, до който пилигримите нямали достъп, тъй като ставало дума за договор съгласно *ius civile* (и затова нямали акция). От това заключаваме, че всяко споразумение извън тази малка група, признати от римската правна уредба договори можело да бъде социално валидно, но нямало правна защита. Така Улпиан счита в D. 2.14.7.4: „*Sed quum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse onstitui obligationem. Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*“). Оттам и известните брокарди „*nuda pacta obligationem non parit*“ или „*ex nudo pacto actio non nascitur*“.

Това състояние се запазва и по време на Републиката и Империята, но е също така вярно, че броят на различните видове договори нараства с развитието на търговските отношения поради римската експанзия (мандат, депозит, залог ...).

От друга страна трябва да припомним, че думата *contractus* предполага признати от *ius civile* споразумения и затова те са защитени с граждански иск, като оставим настрана *pactum* и *conventiones*. Понастоящем думата договор включва всяко споразумение между страните, което поражда задължения, като включва и понятията *pactum* и *conventio*. Само споразумения, при които има *causa civilis*, която им придава силата да пораждат изискуеми задължения, били смятани за договор<sup>101</sup>. Но имат ли всички тези термини едни и същи конотации? Току-що видяхме значението на *contractus*, но какво да кажем за *pactum*? В действителност това е терминът, който се използва и за който ще кажа няколко думи. Albuquerque<sup>102</sup> ни

---

<sup>101</sup> MARTÍNEZ DE MORENTÍN, M<sup>a</sup>. L. *Sobre la construcción del principio pacta sunt servanda rebus sic stantibus, su aplicación a los contratos y estado actual de la cuestión*. – In : *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 61, 2014, p. 332 ss посочва, че „консенсусните, реални, формални, ненаименовани пактове разполагат с една специфична *actio*, ако се наложи да бъде преследвано по съдебен ред изпълнението на пактовете.

<sup>102</sup> ALBURQUERQUE, J. M. *La protección jurídica de la palabra dada en Derecho romano*. Servicios de publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1996, p. 16 ss. Казва, че пример за умиротворяващото действие на термина намираме в D. 2.14.7.14.

насочва първоначално към етимологичния аргумент – „*договор за установяване на мир, слагане край на конфликт*“.

Първите примери, в които се признава и се дава правна сила на пактовете, виждаме в закона на Дванадесетте таблици, като например в Таблица VIII: „*Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*“. В случая *pactum* служи за това да се избегне наказанието по закона на талиона. Тъй като законът на децемвирите не определя съдържанието на пакта нито неговата форма, доктрината твърди, че съдържанието трябва да е било парично обезщетение или плащане на определена сума заради престъплението. Този пакт замества отмъщението по силата на закона и всъщност става дума за мирно споразумение, състоящо се в това да бъде прието паричното наказание<sup>103</sup>.

Поради строгостта на санкциите държавата трябва да намери решения, макар и косвено, за да сложи край на частните войни и така да постигне обществен мир, който по онова време бил напълно разстроен. Държавата цели да се възстанови редът. Според Alburquerque<sup>104</sup> и Talamanca<sup>105</sup> и преобладаващото мнение в доктрината, *pactum* можел да функционира като начин за погасяване на частната наказателна отговорност. При това положение основна роля играе преторското право с правни термини като *bona fides*<sup>106</sup>, който не се основава на *ius*, а на *fides*, за разлика от *ius civile*. Страните се задължавали взаимно въз основа на договореното, но тази връзка не е правна, а етична и реципрочна на основата на *fides*. Затова не можем да твърдим, че става дума за правно задължение<sup>107</sup>.

Докато не били признати и защитени с преторския едикт за пактовете, те попадали в сферата на добросъвестността и според Fernández de Buján, се изисквало изпълнението на решенията и вярност на дадената дума, така че „*преторската санкция за пактовете означава към тях да се прилагат*

---

<sup>103</sup> ALBURQUERQUE, *op. cit.*, p. 18 ss.

<sup>104</sup> ALBURQUERQUE, *op. cit.*, p. 24.

<sup>105</sup> TALAMANCA, M. *La tipicità dei contratti romani fra conventio e stipulatio fino a Labeone*. – In: *Contractus et Pactum*, p. 37.

<sup>106</sup> FERNANDEZ DE BUJÁN, A. *El papel de la buena fe en los pactos, arbitrajes y contratos*. – In: *Revista de Derecho de la UNED*, № 7, 2010, p. 277 ss. Набляга на това, че добросъвестността възниква в сферата на търговската етика

<sup>107</sup> ALBURQUERQUE, J. M., *op. cit.*, p. 29.

критериите за *bona fides* и *aequitas*, присъщи на *ius praetorium*“. Поради това *factum* трябва да се счита за предхождащ договора. Фактът, че преторът дава защита на тези решения *inter partes* предполага сам по себе си засилване на личната свобода и на свободата на договаряне. Били приемани всички пактове, които не противоречали на правната уредба<sup>108</sup> и преторът, извън *ius civile*, развивал защита в случай на неспазване на тези свободи: Улпиан в D. 2.14.7.7 посочва, че преторът казвал „Ще приема договорените пактове, направени без умисъл или в нарушение на плебисцитите, сенатусконкултите, едиктите на принципите, и с които се извършва измама спрямо тях. В D. 2.14.1 Улпиан се пита дали има нещо така съзвучно с човешката лоялност като спазването на договореното между хората.

Разрастването на търговските отношения с други - латински, италиански и средиземноморски общности предполага неизбежно да има признаване на извършените сделки между различните общности – било чрез *ius commercii*, било чрез международни договори. На свързаните, подчинени или поддържащи търговски отношения с Рим общности бил позволен достъп до сделки по *ius civile*; създават се специални състави и се приемат търговските практики с тези народи без да се нарушава *ius civile*. Fernández de Buján сочи, че така се заражда едно свободно от формалности право за юридическия трафик, което е по-гъвкаво и стъпва върху *fides* и *bona fides*<sup>109</sup>, и което в края на Републиката е наречено *ius gentium*.

---

<sup>108</sup> MAGDELAIN. *Le consensualisme dan l'Edit du preteur*. Paris, 1958, смята, че този фрагмент е прецедент на бъдещите договори на добросъвестност и дела за договорна добросъвестност. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *op. cit.*, p. 284, приема теорията на Magdelain, тъй като поставя ударението върху значението на консенсусността в областта на договорите и в правните сделки на *ius Gentium*.

<sup>109</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*, p. 285, следвайки D'Ors посочва, че „*fides u bona fides* не са равнозначни понятия. *Bona fides* на притежателя е различна от *fides*, от реципрочната лоялност на страните при определени договори или от общата деловитост, присъща на добрия стопанин“. MIQUEL, J. M. *La buena fe y su concreción en el ámbito del Derecho Civil*. – In: *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XXIX, p. 11; SANSÓN RODRÍGUEZ, M. V. *La buena fe en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones desde la perspectiva del Derecho privado romano*. – In: *Seminarios complutenses de Derecho romano: revista complutense de Derecho romano y tradición romanística*, № 13, 2001, p. 185-229.

Затова пактовете, основаващи се на лоялността, са защитени от претора, така че никоя от страните да не остане без правна защита и да трябва да прибегне към индивидуални акции.

Върховният съд многократно се е произнасял за приложението на принципа *Pacta sunt servanda* и неговите характеристики. Посочва, че става дума за правило, което задължава да бъдат спазвани съществуващите пактове (Решение на Гражданския състав на Върховния съд от 11 юни 1951 г.); че изискуемостта на свободно договореното от страните не може да се счита за нарушаващо добросъвестността и не представлява злоупотреба с правото или антисоциално упражняване на това право (STS 531/1992); че афоризмът отразява задължаващия ефект на договорните правила (STS 3509/2009); че е основен принцип на испанската договорна система (STS 5365/2013).

## 6. Заключение

Нормативният характер на *regulae iuris* съдържа един от откритите проблеми в римското право – може би поради недостига на източници, и това води до непрестанен дебат в доктрината.

Правните уредби не трябва да забравят корените си и да ги тълкуват съгласно собствените си законодателства. Много от термините, с които боравят юристите, идват от римското право и са включени в правните уредби като общи принципи на правото.

Римската юриспруденция търси правилата, произтичащи от отношенията в самия живот. Правен е опит тази дейност да се сравнява с дейността по *Common Law*. Подобно срявяване е погрешно, тъй като в англосаксонското право съдиите са подчинени на прецедентите дори повече, отколкото на самите закони, което не е така в римското право, което е по-гъвкаво в своите максими и може да разменя параметрите си при вземането на решения.

*Regula* се появява за първи път в края на I в. сл.н.е. *Regula* трябвало да бъде следвана от юристите, ако случаят е идентичен, и можело да бъде коригирана или отхвърлена, ако те я сметнали за несправедлива или неправилна. Други романисти

са на обратното мнение. Те твърдят, че класиците говорели за *regula* чрез понятия като *definitiones*, *constitutio*, *traditio* или *vulgum dictum*. В този смисъл, като анализираме Дигестите, откриваме, че думата *regula* се споменава с различни наименования и че тези обозначения имат нюанси спрямо *regula*, като *definitiones*, аналогия, максима... *Regulae* може да се разделят на две групи – твърди правила, истински *regulae* (като *regula catoniana*, *regula nemo plus iuris trasferre potest, quam ipse haberet*, или *certissima iuris regula* на Гај) и друга група *regulae*, за които знаем от *libri regularum*: казуистични правила и дефиниции.

Паул в D. 50.17.1 обяснява, че регула е онова правило, което излага нещата такива, каквито са. Правото не произтича от правилото, а правилото се определя съгласно съществуващото право и може да бъде спазвано при условие, че казусът, за който ще се прилага, е подобен на или идентичен на предишните.

Брокардите са поредица, появила се около 1180 г. Те анализират Юстиниановите текстове и извличат кратки максими или сентенции, изразяващи прецедентни основания в римското право. За да избегнат противоречия в Юстиниановата компилация, глосаторите заключават, че чрез тези текстове можело да се обедини значението на отделните правила. През XII в. се появяват поредица брокарди, приети включително от каноническото право.

След като студентите се завръщали в своите страни, те прилагали понятията и знанията, придобити в Болоня, и се смята, че това предполага рецепция на самото римско право в съответните правни уредби на отделните държави.

Пример за общ принцип на правото, преминал и в други правни уредби, в случая – в испанската, е принципът „*pacta sunt servanda*“. Той идва от CJ. 2.3.12 и означава, че ако са изпълнени условията по договора, той трябва да бъде изпълнен от страните.

Доказателство за това е обстоятелството, че пактовете можело да бъдат защитени от *ius civile* или от претора, т.е. да съдържат акция, защитаваща страните. Етимологично пактовете били договори за установяване на мир, така че не индивидите да водят битка за правата си, а държавата да осигури този мир (*pax*) и да сложи край на конфликтите. В този смисъл изразите *fides* и *bona fides* играят съществена роля. Те възникват във връзка с разрастването на търговските

отношения с други общности, при което се търсят средства за защита на тези отношения, тъй като *ius civile* не може да се прилага. Причината преторът да защити тези пактове *inter partes* предполага сама по себе си засилване на личната свобода и на свободата на договаряне (Улпиан D. 2.14.77)

Принципът *pacta sunt servanda* е средновековен израз, появил се в каноническото право и развит от теолозите през XVI в. Той е приет от по-късната доктрина на естественото право и се смята за „принцип“ в кодификациите на различните правни уредби, както и в самия Европейски съюз. Това е върховна норма в договорните отношения и се смята, че изразява свободата на човека да създава правни отношения и да регламентира тяхното съдържание въз основа на *fides* (честно, лоялно, правилно, справедливо, искрено и последователно отношение, опиращо се на вярата в стойността и изпълнението на дадената дума).

## OBLIGATIO, SOLUTIO, SATISFACTIO ET PROBATIO (НА БЪЛГАРСКИ ЕЗИК)

**Проф. д-р Мария Лурдес Мартинес де Морентин Лямас**

Университет в Сарагоса, Испания

**Резюме:** Изхождайки от една обща визия за римското право в областта на задълженията, тази статия анализира връзката между точното им изпълнение и удовлетворяването на кредитора. На основата на източниците излагам свои лични разсъждения относно процесуалния иск при неизпълнение, извършеното плащане след *litis contestatio*, и правя преглед на доказателствените средства в римския частен процес в италианската доктрина.

**Ключови думи:** *obligatio; solutio; satisfactio; litis contestatio; probatio.*



## OBLIGATIO, SOLUTIO, SATISFACTIO ET PROBATIO (BULGARIAN LANGUAGE)

**Prof. María Lourdes Martínez de Morentin Llamas, PhD**

University of Zaragoza, Spain

**Abstract:** Starting from a general vision of Roman law regarding obligations, this article analyzes the relationship between the exact fulfillment of the former and the creditor satisfaction. In addition, based on the sources, some personal reflections are made as for the procedural claim in case of non-compliance, the payment made after the *litis contestatio*, and a review of the means of proof in the Roman private process in the Italian doctrine.

**Keywords:** obligatio; solutio; satisfactio; *litis contestatio*; probatio.

## 1. Въведение. *Obligatio*

Има много трудове, посветени на възникването на *obligatio* в римското право и развитието на тази фигура от архаичната епоха до Юстиниановата компилация, през историческото право и европейската правна наука до наши дни. Тук не бих могла да резюмирам различните теории на авторите, нито да посоча огромната специализирана библиография за многото свързани с това понятие аспекти, но е единодушно мнението, че терминът „*obligatio*“ (задължение) произлиза от латинската дума *obligatio*, а тя от своя страна – от *ob-ligare* (*ob*, „поради“, и *ligare*, „връзвам“). Означава „лигатура“, „физическа връзка“, „свързка“, „обвързаност по причина на нещо“. Това понятие, което идва от римското право след една интересна еволюция<sup>1</sup>, е послужило за модел при изработването на облигационното право в съвременните правни уредби<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Библиографията по този въпрос е много обширна. Много полезна е дадената от BRASIELLO, U. *Obbligazione*. (Diritto romano). - *NNDI* 1957, p. 554, sobre temas generales; вж. също *Manuales de Istituzioni di Diritto romano*; също така, BONFANTE, P. *Corso IV. Le obbligazioni*. Milano, 1979; PEROZZI, S. *Le obbligazione romane*. Bologna, 1903; ALBERTARIO, E. *Le definizioni dell'obbligazione romane*. – In: *Studi di diritto romano*. III. 1936, p.1 ss.; SCHULZ, F. *Classical Roman Law*. Oxford, 1951; TALAMANCA, M. *Obbligazione*. (Storia). *Diritto romano*. - ED, 29, 1979; GUARINO, A. *Diritto privato romano*. 10<sup>a</sup> ed. Napoli, 1994. За испанската библиография е достатъчно да цитираме всички учебници на de ARIAS RAMOS, J.-ARIAS BONET, J. A. *Derecho romano*. II. 18<sup>a</sup> ed., 3<sup>a</sup> reimp. Madrid, 1991; IGLESIAS, J. *Derecho romano*. 11<sup>a</sup> ed. Barcelona, 1993; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho privado romano*. 13<sup>a</sup> ed. Madrid, 2020.

<sup>2</sup> SCHULZ, F. *Derecho romano privado*. Trad. J. Santa Cruz Teigeiro. Barcelona, 1961, p. 442; CARBONNIER, J. *Flexible Droit. Pour une sociologie du Droit sans rigueur*. Paris, 1998; CRISTÓBAL MONTES, A. *El pago o cumplimiento de las obligaciones*. Madrid, 1986; HATTENHAUER, H. *Conceptos fundamentales del Derecho civil*. (Trad. de G. HERNÁNDEZ). Barcelona, 1987; BISCARDI, A. *La genesi del concetto clásico di obligatio*. – In: *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*. Madrid, 1994, p. 19-28; GAUDEMET, J. *Naissance d'une notion juridique. Les débuts de „l'obligation“ dans le Droit de la Rome Antique*. - *Archives de Philosophie du Droit*, 44, 2000, p. 19 ss.; RAMPENBERG, R. *L'obligation romaine: Perspective sur une évolution*п - *Archives de Philosophie du Droit*, 44, 2000, p. 51 ss.; RODRÍGUEZ ENNES, L. *En torno al derecho romano de obligaciones*п - *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, 5, 2001, p. 693-710; CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español común y foral*. T. 3. *Derecho de obligaciones, puesto al día por GARCIA CANTERO, G*. Madrid, 2008.

Но не виждаме дефиниция на *obligatio* в Институциите на юриста Гай – една определено дидактична творба. След като излага други материи, авторът казва направо: *nunc transeamus ad obligationes* (да преминем сега към задълженията)<sup>3</sup>, след което говори за разделението им (на два основни вида, тъй като всяко задължение произтича от договор или деликт). Въпреки това имаме две дефиниции на *obligatio* в текстове от компилацията на Юстиниан, макар че най-вероятно те са интерполирани<sup>4</sup>.

Първата дефиниция, приписвана на юриста Флорентин (или може би Паул) фигурира в Институциите на Юстиниан :

<p>IJ.3.13. пр. <i>Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura</i></p>	<p>Облигацията е правна връзка, по силата на която сме принудени от необходимостта да платим нещо според законите на нашата държава.<sup>5</sup></p>
---	--

Тя изисква някои уточнения, тъй като от първоначалното значение „развързвам, прекъсвам връзката“, което описва по същество физическото естество на задължаващата връзка<sup>6</sup>, глаголет *solvere* обозначава самия акт на освобождаване на длъжника, изпълнението, което обикновено наричаме плащане,

<sup>3</sup> Gai.3.88. Може би дефиницията в Институциите на Юстиниан се дължи на един посткласически глосатор на Гай, смята ARANGIO RUIZ, V. *Istituzioni di Diritto romano*. 14 ed. rived. Napoli, 1968. (Trad. Española: *Instituciones de Derecho romano*. Buenos Aires, 1986), p. 281.

<sup>4</sup> Класическото понятие *obligatio* е тема на задълбочените изследвания на PEROZZI, S. *Le obbligazione romane*, 1903. Вж. SCHULZ, F. *Derecho romano privado, cit.*, p. 438 ss.; ARIAS RAMOS, J.- ARIAS BONET, J. A., *Derecho romano, cit.*, p. 556. Според ALBANESE, A. (*SDHI*, 50, 1984, p. 167 ss.), макар че други смятат, че е на Папиниан. Истинската дефиниция би гласяла *vinculum personae* – вж. BIONDI, B. *Concetto e definizione di obligatio*. - *Atti Congres. Naz. di studi roman.*, 1921.

<sup>5</sup> Преводът на всички текстове от латински на български е според интерпретацията им на испански от автора (б. ред.) .

<sup>6</sup> SOLAZZI, S. *L'estinzione delle obbligazioni nel diritto romano*. 2<sup>a</sup> ed. Napoli, 1935, p. 9; CRUZ, S. *Da solutio, Terminologia, conceito e características, e análise de vários institutos afins, I, Épocas arcaicas y clásicas*, Coimbra, 1962, p. 36. Вж. GUARINO, A. *Diritto privato romano, cit.*, p. 813.

което в широкия смисъл на думата трябва да разбираме като действие, което сме задължени да извършим и към което романистите интегрират едно много по-общо понятие – правно задължение<sup>7</sup>.

Втората дефиниция дава Паул в Дигестите (D.44.7.3). Тя формулира отличителните черти на задълженията от вещните права и описва по-прецизно от предната съдържанието и предмета на облигационната връзка:

<p><i>D. 44.7.3. Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutum nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, veal praestandum.</i></p>	<p>Същността на задълженията не се състои в това дадена вещь или сервитут да стане наш, а че някой друг трябва да ни даде нещо, да направи нещо или да отговаря за нещо .</p>
--	---

Тази разлика при определянето на облигацията ни препраща ясно към *ius civile*, тъй като именно глаголите *dare, facere, praestare, oportere* отразяват нейното съдържание при процесуален иск в случай на неизпълнение<sup>8</sup>. Тези думи винаги присъстват във формулата *in ius* на *actio in personam* на формуларния процес и са соленелно потвърждение, отразяващо един правен дълг. Както посочва Arangio-Ruiz, не бихме могли особено енергично да твърдим, че *obligatio* има само когато исковата формула се отнася до соленелно твърдение за дадено правно задължение<sup>9</sup>. Обаче в последния стадий на еволюцията на римското право, след

<sup>7</sup> Вж. ARANGIO-RUIZ. *Istituzioni, cit.* p. 318. Изразът *solvendae* трябва да се разбира като наименование на всякакъв вид престации, не само като даване на определена вещь, вж. ARIAS RAMOS, J.- ARIAS BONET, J. A. *Derecho romano, cit.*, p. 557.

<sup>8</sup> За едно по-детайлно проучване на значението им вж. ARIAS RAMOS, J.- ARIAS BONET, J. A. *Derecho romano, cit.*, p. 569 и бележка 1 в тази статия; CUENA BOY, F. *La prestación y sus requisitos. - Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor J. L. Murga Gener*, p. 94-124; AEDO BARRENA, C. *Obligatio in iure consistunt. - Rev. Chilena de Derecho*, 40, 3, 2013, p. 953-988.

<sup>9</sup> ARANGIO-RUIZ. *Istituzioni, cit.*, p. 289-290. Вж.. IGai. 4.2: „*l'actio in personam compete contra qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus DARE FACERE PRAESTARE OPORTERE*“. Вж. BISCARDI, A. *La genesi del concetto clasico de obligatio, cit.*, p. 21 ss. GAUDEMET, J. *Naissance de la notion d'obligation dans le droit de la Rome Antiqua, AAVV. - Iuris vincula. Studi in onre di M. Talamanca. T. 4. Napoli, 2001.*

като са премахнати разликите между цивилното и преторското право, те се сливат в едно по-широко понятие - *obligatio*, както тези на *ius civile*, така и произтичащите от преторското право, както виждаме в Институциите на Юстиниан.

## 2. *Solutio* и *satisfactio*

Във връзка с целта на тази статия трябва да отбележа най-напред, че ще оставим настрана разсъжденията относно предмета на престацията (*dare, facere, praestare*) и неговите реквизити (възможност, законосъобразност, определеност, имуществен характер), както и произтичащите от това проблеми, и ще се фокусираме върху изследването на изпълнението в широкия смисъл на думата като основание за самото съществуване на задължението, и ще изключим от нашето изследване причините за погасяване на задължението, *ipso iure* и *ope exceptionis*, както и цялата тема за отговорността в случай на неизпълнение. По тези аспекти препращам към множеството изследвания, направени от романистичната доктрина, тъй като не е възможно да разгледам в дълбочина всяка една от темите, възникващи във връзка с тази материя.

Обичайният казус на погасяване - *ipso iure* - на задълженията е тяхното изпълнение. За да се обозначи то в първата епоха на римското право се използва терминът *solutio*, който с времето започва да обозначава генерически „плащането“ като погасяващ фактор на задълженията<sup>10</sup>. Първоначално *solvere* и *solutio* имат материално значение.

Употребата на термина *solutio* претърпява промяна по време на архаичния и класическия период, поради което *solutio* престава да обозначава тържествения акт на освобождаване от състоянието на отговорност и изразява съществения акт на изпълнение, извършен от длъжника в полза на кредитора.

В източниците на римското право има свидетелства за две схващания, свързани с термина *solutio*. От една страна се срещат текстове, свидетелстващи, че това понятие се използва, за да се обозначи погасяването изобщо на задълженията,

---

<sup>10</sup> SOLAZZI, S. *L'estinzione*, cit.; CRUZ, S. *Da solutio*, p. 36, твърди, че в класическата епоха се отнася само за плащанията, предполагащи *dare certum*.

а от друга страна откриваме текстове, в които *solutio* или някоя от глаголните форми на *solvere* идентифицира ограничен вид изпълнение на дължимата престация<sup>11</sup>.

През архаичната епоха *solutio* се смята за истинска сделка сама по себе си<sup>12</sup> извършена по обратния начин на сделката, породила задължението. Всяко задължение трябва да бъде погасено, напомня Помпоний в коментара към съчинението на Квинт Муций, по съответен „обратен“ начин на начина, по който е било сключено (*prout quidque contractum est, ita et solvi debet*)<sup>13</sup>. Думите му служат за основа в изграждането на доктрината за *contrarius actus*<sup>14</sup>.

Така например *nexum* (може би най-старата *obligatio*)<sup>15</sup> се погасява чрез *nexi liberatio* или *solutio per aes et libram*, а по-късно *stipulatio* като начин да се поеме задължение словесно, се погасява чрез *acceptilatio verbis*, а *expensilatio (obligatio litteris contracta)* чрез *acceptilatio litteris*. С други думи, за да се погаси задължението не е достатъчно то просто да бъде изпълнено от длъжника, а трябва да се извърши идентичен по форма акт, но с обратен на породилния задължението знак. Тези актове материализират изпълнението и му придават освобождаващо действие,

---

<sup>11</sup> Детайлно проучване на тези въпроси е направил ROBLES BACCA, P. *Contenido y alcance del concepto de cumplimiento de las obligaciones (solutio) en derecho romano clásico*. - *Rev. de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, 31, 2016, p. 55-86.

<sup>12</sup> CRUZ, S. *Caracter crediticio da solutio no epoca classica do Direito Romano*. - *Bol. Fac. Direito U. Coimbra*, 1956, 32, p. 218.

<sup>13</sup> D. 46.3.80 . *Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. Et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet, verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum solvit quod promisit. Aequae cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest*. Текстът на Помпоний е бил „манипулиран“ според KASER, M. *Derecho romano privado*. Madrid, 1982, p. 238.

<sup>14</sup> Този принцип за формалното съответствие (идеята за симетрия), според който правното действие, породено от един формален акт, може да бъде премахнато само с обратен акт от същия вид, според Kaser никога не е бил изведен в правило в правото и е само един принцип, спазван в определени случаи (KASER, M. *Derecho romano privado, cit.*, p. 40).

<sup>15</sup> Нейният произход и естество са извън предмета на това изследване. Препращам към множеството изследвания на тази фигура, вж. IMBERT, J. *Fides et nexum*. - *Studi in onore Arangio Ruiz*, vol. 1, 1953, p. 339 ss.

поради което е крайно необходимо да бъдат спазвани, тъй като изпълнението само по себе си не поражда *ipso iure* погасяване на задължението<sup>16</sup>.

В *nexum* освобождаването на *nexi liberati* или на поръчителите, които го гарантират, има значението на освобождаване („развързване“) от връзките - включително физическите такива, които ги обвързват с изпълнението<sup>17</sup>, докато в класическата епоха *solutio* започва да означава изпълнение на престацията в най-общ смисъл, както може да заключим от следния текст на Гай:

<p>IG. 3.168: <i>Tollitur autem obligatio praecipue solutione eius quod debeantur, unde quaeritur, si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit, utrum ipso iure liberetur, quod nostris praeceptoribus placuit, an ipso iure maneat obligatus, sed adversus petentem per exceptionem doli mali defendi debeat, quod diversae scholae auctoribus visum est.</i></p>	<p>Задължението се погасява основно чрез плащане на длъжното и дори се допуска (длъжникът) да бъде освободен, когато е платил едно нещо с друго със съгласието на кредитора, като се дава възражение за измама (<i>exceptionem doli mali</i>) срещу претендиращия (да се плати с уговореното първоначално).</p>
---	---

Задължението се погасява главно чрез изпълнението му, но Гай допуска също така, че е възможно длъжникът да бъде освободен когато със съгласието на кредитора даде различна от договорената престация. Затова твърдението му не би

---

<sup>16</sup> ROBLES BACCA, P. *Contenido y alcance del concepto de cumplimiento de las obligaciones, cit.*, p. 57 ss.

<sup>17</sup> CRUZ. *Da solutio, cit.*, p. 36 ss., смята, че „по време на архаичния период *solvere-solutio* били понятия, тясно свързани с *pecunia*. *Solvere* означавало да се прекъсне обвързаността на задълженото лице след съответното даване на *pecunia* на кредитора; покъсно, когато възникват сечените пари, се отъждествява със самото връчване на парите. Затова архаичното *solutio* не било изпълнението, а реалното и тържествено плащане на дадена сума пари, предназначена за собственото или на друго лице освобождаване, за да се сложи край на една ситуация на отговорност или да се избегне консолидирането на ефекта, присъщ на *manus iniectio*“.

имало смисъл, ако юристът не смяташе тази хипотеза за *solutio*<sup>18</sup>. И продължава относно задълженията - вербалните задължения (*verbis contracta*):

IG. 3.169: *Item per acceptillationem tollitur obligatio. Acceptillatio autem est veluti imaginaria solutio.* Задължението се погасява също чрез *acceptillatio*. *Acceptillatio* е един вид фиктивно плащане.

IG. 3.170: *Quo genere, ut diximus, tolluntur illae obligationes quae in proprietate verborum stant, non etiam ceterae; consentaneum enim visum est verbis factam obligationem posse allis verbis dissolui ....* По този начин се погасяват, както казахме, задълженията, принадлежащи към категорията на вербалните (задължения), но не и другите, защото е логично едно задължение, породено от думи, да бъде погасено с други думи.

Напълно възможно е от края на републиканската епоха *solutio* да поражда погасително действие за всички видове задължения, след като е постигнато удовлетворение на кредитора. В този смисъл Улпиан казва:

D.50.16.176. *Solutionis verbo satisfacciones quoque omnem accipiendam placet, solve dicimus eum, qui fecit quod facere promisit:* Счита се, че думата плащане (*solutio*), включва всяко удовлетворение, и казваме че плаща онзи, който е направил това, което е обещал.

<sup>18</sup> Вж. SACOCCIO, A. *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare*. Milano, Giffrè, 2008. Вж., BLANCH NOUGUÉS, J. M<sup>a</sup>. *Una aportación sobre la naturaleza jurídica y la eficacia de la dación en pago (datio in solutum) en Derecho Romano*. - *RGDR*, 13, 2009 с богатата библиография в бел.2. Вж. от същия автор: *Acerca de la datio in solutum necessaria en el derecho romano, en la tradición jurídica europea y en los códigos civiles iberoamericanos*. - *RJUAM*, 21, 2010-I, p. 33-53.



Друг фрагмент от Улпиан в съответния титул в Дигестите за правния режим на плащанията и освобождаването от задължение гласи:

D.46.3.30. *Si debitor offerret pecuniam, quae peteretur, creditor nollet accipere, Praetor ei denegat acciones.* Ако длъжникът предложи исканите от него пари, а кредиторът не пожелае да ги приеме, преторът отказва на кредитора да му даде иск.

*Solutio* предполага длъжникът да извърши дължимото действие и да даде цялата престация, в който случай задължението се погасява *ipso iure*, а длъжникът се освобождава. От своя страна *satisfactio* – термин, който се появява в множество източници, идентифицира в широкия смисъл на думата всеки акт на удовлетворяване на кредитора, а в един по-тесен смисъл – изпълнението на задължението. Но има случаи, в които *solutio/satisfactio* се появяват не само като различни, но и като противоположни понятия. Доктрината утвърждава, че *satisfactio* обхваща всеки механизъм на удовлетворяване на кредитора, различен от изпълнението на задълженията *dare certum*<sup>19</sup>.

Вместо *solutio satisfactio* се появява в D.46.3.52: *Satisfactio pro solutione est*, като изрично се постановява, че *satisfactio* се смята за плащане.

При задълженията, състоящи се в *dare*, юристите смятат *solutio* като транслативна сделка, с която се прехвърля собствеността върху дължимата вещ, като причината за това е *voluntas* на страните да бъде погасено задължението. Освен абстрактните сделки като *mancipatio* или *in iure cesio*, при които формалната

---

<sup>19</sup> Вж. по този въпрос интересния принос и изчерпателен анализ на източниците - ROBLES BACCA, P. *Contenido y alcance del concepto de cumplimiento de las obligaciones, cit.*, p. 72, tomando como base el estudio de BRASIELLO, U. *Satisfactio. Preliminari e diritto classico* – In: *Studi Senesi*, LII, Siena, 1938. Para GARCÍA GARRIDO, M. J. *Diccionario de Jurisprudencia romana, cit.*, *Satisfactio* es el cumplimiento de la obligación consistente en *facere*; Вж. *Satisfactio* en BERGER, A. *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Filadelfia, 1953.

им стойност с непосредствено действие позволява абстрахиране от каузата, плащането трябва да е каузално. Ако се докаже несъществуването на *causa solutionis* и, следователно на задължението, длъжникът би могъл да предяви претенция за недължимото плащане (*solutio indebiti*) чрез *condictio indebiti*, целяща да се унищожи едно прехвърляне на имущество без кауза/причина. От друга страна би могло плащането да не може да се извърши поради различни причини, като например непълнолетие на кредитора, отсъствие на същия, неизвестност кой е кредиторът или недостатък в упълномощаването на неговия представител. В първия случай би съществувал риск плащането да се счете за невалидно и да се прибегне към *restitutio in integrum*<sup>20</sup>. В останалите случаи римляните прибегвали до различни механизми, за да може то да се извърши.

### 3. Задължените субекти

Първоначално *obligationes* трябва да са възникнали в сферата на заемите, поради което длъжниците трябва да са били задължени само да върнат сумата или вещта, дадена в заем<sup>21</sup>. Това отношение първоначално не е било признато за *obligatio*; така се наричал само *nexum*, тоест *mancipatio* на самия себе си, която длъжникът правел, за да даде гаранция на кредитора, с цел най-вероятно да се подчини на властта му докато с труда си не върне дължимата сума и така да се освободи. Обаче в края на републиканската епоха идеята за *obligatio* се разпростира върху задълженията, произтичащи от договора и от деликта. Това развитие настъпва по линия на частния деликт, наказанието за който зависело от инициативата на потърпевшия. В началото става дума за частно отмъщение над личността на причинителя, което се избягвало чрез плащане на определена сума пари като компенсация, първоначално доброволна (и определяна чрез свободно споразумяване между извършителя на деликта и потърпевшия), а по-късно

---

<sup>20</sup> Вж. SOLAZZI, S, *La estinzione ... cit.*, несъмнено това е един класически казус на *restitutio in integrum* (D.50.1.26 pr. y 1); PS 1.7 y D.4.1 *De in integrum restitutio*. ÁLVAREZ, U. *Curso de Derecho romano*. T. I. Madrid, 1955, p. 487, p. 522.

<sup>21</sup> Вж. ARANGIO RUIZ, V. *Istituzioni, cit.*, p. 155.

обезщетяването става законово, тоест наложено от държавата, определено *a priori* в законов акт или решавано от арбитър<sup>22</sup>.

В резултат на еволюцията на понятието *obligatio*<sup>23</sup>, за източник на задълженията освен древните *stipulatio* и *mancipatio* се смятат и договорите по *ius gentium* и деликтите<sup>24</sup>, както и други категории, наречени „квази договори“ и „квази деликти“. Така правното задължение да се изпълни облигацията обхваща и други актове<sup>25</sup>. Юстиниановото право – последен стадий в еволюцията на римското право, смята, че задълженията произтичат от договорите, деликтите, квазидоговорите и квазиделиктите (I.J.13.2).

Легитимиран да получи плащането е най-вече кредиторът, но, както сочат източниците, можело да бъде и трето лице, упълномощено от кредитора, като пълномощника при *delegatio dandi, servus pecuniis exigendi praeposito*<sup>26</sup> или всяко трето лице, назначено да го получи (*adiectus solutionis causa*)<sup>27</sup>, което дори можело

---

<sup>22</sup> Типичен пример е съдържащият се в XII Таблицы, *membrum ruptum*, по повод на който разпорежда: *si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*, което е напредък спрямо Закона на Талион, като говори за споразумението (т. е. доброволния състав) като начин да се избегне правилото „око за око и зъб за зъб“. Интересна е констатацията, че в текстовете за прилагането на тази норма съставът се смята за нормален резултат и че за *actio iniuriarum aestimatoria* на преторския едикт няма друга санкция освен паричната.

<sup>23</sup> Вж. ARANGIO-RUIZ, V. *Istituzioni, cit.*, p. 284 ss. TALAMANCA, M. *Obligatio, ED, 29, cit.*

<sup>24</sup> От множеството незаконосъобразни деяния, описани в източниците, само четири (*furtum, rapina, iniuria, damnum iniuria datum*) били смятани от класическите юристи за източник на задължения по *ius civile*, докато *actio* на *effusis et deiectis* и *positis et suspensis* били създадени от претора (той първо наложил в едикта си парично наказание за тези действия, а после им дал *actio*). От друга страна, защитените от преторското право положения с искове никога не били наричани *obligatio*; този термин бил запазен за произтичащите от *ius civile*; за тях се казвало *actione teneri* и никога *obligatio teneri*. По същия начин *successio pretoria* никога не била наричана *hereditas*, нито бонитарното притежание - *dominium*, вж. SCHULZ, F. *Derecho romano privado, cit.*, p. 437 ss.

<sup>25</sup> За източниците на задължения/облигации в класическата юриспруденция изобщо, в творбите на Гай и в Юстиниановата компилация библиографията е много обширна. Виж творбите и учебниците, цитирани в това изложение.

<sup>26</sup> D.13.7.11.5. *Solutam autem pecuniam accipiendum non solum si ipsi, cui obligata res est, sed et si alii sit soluta voluntate eius, vel ei, cui heres extitit, vel procuratori eius, vel servo pecuniis exigendis praeposito*

<sup>27</sup> D.46.3.11: *Si estipulatus fuero: «mihi aut pupillo dare?» promissor sine tutoris auctoritate solvendo pupillo liberabitur a me ; D.46.3.9 pr.: Stipulatus sum, mihi aut Stichos servo Semproni solvi; Sempronio solvi non potest, quamvis dominus servi sit .*

да бъде недееспособно<sup>28</sup>. В други случаи правната уредба предвиждала наставниците, кураторите и наследниците да могат да приемат плащанията на дълговете към *pupillus* и наследството<sup>29</sup>.

В сферата на *obligationes verbis contractae* дългът често се плащал на *adiectus solutionis causa* и на *adstipulator*. Освен ако бъде платено на тези упълномощени от кредитора или от правната уредба лица, плащането се смятало за невалидно ако кредиторът не бил дал съгласие *a posteriori* за инициативата на длъжника. Плащането не било валидно и следователно не освобождавало длъжника, ако бъде направено на привиден кредитор или на лице, невярно легитимирано като кредитор, макар че в последния случай длъжникът можел да предяви срещу фалшивия кредитор *actio* или *condictio indebiti*<sup>30</sup>.

Римските юристи утвърждават и възможност за плащане на трето лице. По силата на *stipulatio*, и друго лице освен кредитора можело да бъде упълномощено да получи плащането, но не и да претендира, т.е. да предявява иск за него. То било наричано *adiectus solutionis gratia*. Показателни в това отношение са текстовете на Гай, Марциан и Паул, които възпроизвеждам по-долу във връзка с вербалните задължения:

<p>D.45.1.141.3. <i>Si ita fuero stipulatus: «mihi aut Titio» et tu mihi daturum te spondeas, secundum omnium opiniones ad interrogatum te respondere, quia constant, mihi soli acquiri obligationem; Titio autem duntaxat recte solvitur.</i></p>	<p>Ако бях стипулирал следното: „на мен или на Тиций“ и ти беше обещал да ми дадеш, отговаряш, според общото мнение, на зададения въпрос, защото се знае, че само аз поемам отговорността, но се плаща добре само на Тиций.</p>
--	---

---

<sup>28</sup> D.45.1.56.2: *Qui sibi aut filio suo dari stipulatur, manifeste personam filii in hoc complectitur, ut ei recte solvatur; neque interest, sibi, aut extraneo cuilibet, an sibi, aut filio suo quis stipuletur; quare vel manente in potestate, vel emancipato filio recte solvitur; neque ad rem pertinet, quod qui filio suo dari stipulatur, sibi acquirat, quia coniuncta sua persona stipulator efficit, ut non acquirendae obligationis gratia, sed solutionis causa personam filii apprehendisse intelligatur*

<sup>29</sup> GUARINO, A. *Diritto privato romano, cit.*, p. 815.

<sup>30</sup> Вж. ARIAS RAMOS J.-ARIAS BONET, J. A. *Derecho romano, cit.*, p. 710.

*Idem, 8: Ex hoc apparet, si diversa conditio in meam personam, diversa in Titii posita sit, nec in meam personam extiterit conditio, totam stipulationem nullius momenti futuram; extante vero mea conditione, si quidem Titii quoque conditio extiterit, poterit vel Titio solvi; si vero in illius persona defecerit, quasi non adiectus habebitur*

От това излиза, че ако беше поставено условие само по отношение на моята личност, и друго различно условие по отношение на Тиций, и условието не беше изпълнено по отношение на моята личност, цялата стипуляция не е валидна; обаче ако бъде изпълнено моето условие, и ако наистина се изпълни и условието на Тиций, може да се плати все още на Тиций; но ако не бъде изпълнено по отношение на неговата личност, той ще бъде смятан за недобавен (за получаване на плащането).

*Idem 9: Ex his omnibus apparet, liceo alterius persona non recte adiciatur, non ideo minus in nostra persona utiliter procedere stipulationem*

От всичко това следва, че макар да не е правилно добавена личността на друг, от това не следва да е по-малко полезна стипуляцията по отношение на мен.

*D.45.3.28 pr. Si ex re domini domino aut fructuario servus stipulatus fuerit, domino quidem acquiri obligationem Iulianus scripsit; solvi autem fructuario posse, quasi quolibet adiect.*

Ако по отношение на вещь на неговия господар робът е стипулирал за господаря или за плодоползвателя, Юлиан пише, че задължението със сигурност е било придобито за господаря; но може да се плати на плодоползвателя, както и на всеки друг добавен (да получи плащането).

D.46.1.23 (Marc., Reg. lib. 4): *Si mihi aut Titio decem stipulatus fuerim, Titius fideiussorem accipere non potest, quia solutionis tantum causa adiectus est* Ако аз бях стипулирал десет за мен или за Тиций, Тиций не може да има поръчител, защото е добавен само по причина на плащането.

D.46.3.59 (Paul., Coment. a Plaucio lib. 2): *Si ita stipulatus sim “mihi aut Titio dare spondes?” et debitor constituerit se mihi soluturum, quamvis mihi competat de constituta actio, potest ad huc adiectio solvere* Ако бях стипулирал така: обещавах ли да дам на мен или на Тиций? И длъжникът беше определил да плати на мен, макар да ме касае акцията за конституираните пари, все още може да плати на прибавения (...).

...

Без да правят разлика между видовете задължения, Институциите на Юстиниан съдържат следните идеи:

IJ. 3.29 pr. *Tollitur autem omnis obligatio solutione eius, quod debetur, vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit. Nec tamen interest, quis solvat, utrum ipse, qui debet, an alius pro eo; liberatur enim et alio solvente, sive sciente debitore sive ignorante vel invito solutio fiat. Item si reus solverit, etiam ii, qui pro eo intervenerunt, liberantur. Idem ex contrario contingit, si fideiussor solverit; non* Задължението се погасява чрез плащане на дължимото, или ако някой е платил със съгласието на кредитора едно нещо с друго. Но няма значение кой плаща – длъжникът или друг заради него, тъй като дългът се освобождава дори да го е платил друг, независимо дали плащането е извършено със или без знанието на длъжника или против волята му. По същия начин, ако е платил длъжникът, се освобождават и онези, което са участвали вместо

enim solus ipse liberatur, sed etiam reus      него. Същото се случва и в обратния случай, ако е платил гарантът, тъй като се освобождава не само той, но и длъжникът.

Както виждаме, по отношение на обекта, субекта и начина на погасяване, се вземат предвид съображения, присъстващи още в мисълта на Гай, но се получава едно разширяване вследствие натрупания опит с течение на годините и превратностите на неговото време, тъй като може да плати лице, различно от задълженото да изпълни, и изпълнението може да е различно от договореното, при което кредиторът го приема<sup>31</sup>.

Цитираният по-долу фрагмент от Улпиан показва мнението на Юлиан когато не е сигурно кой е кредиторът в казус, свързан с влог, т.е. неизвестен кредитор<sup>32</sup>.

D.16.3.1.37. ... *si depositor decesserit et duo existant, qui inter se contendant unusquisque solum se heredem dicens, ei tradendam rem, qui paratus est adversus alterum reum defendere, hoc est eum qui depositum suscepit: quodsi neuter hoc onus suscipiat, commodissime dici ait non esse cogendum a praetore iudicium suscipere: oportere igitur rem deponi*      ...след смъртта на кредитора депозант на даден предмет, неговите наследници, които са повече от един, твърдят всеки за себе си, че е наследникът и поискали от депозитаря да им върне вещта. Въпросът, който се поставя, е следният: на кого трябва да върне вещта депозитарят, за да бъде освободен от задължението, поето чрез депозитния договор?

<sup>31</sup> Вж., MORETÓN SANZ, M. F. *La asunción espontánea de deuda*. Valencia, 2008, където в първа глава са разгледани особеностите на *expromissio* в римското право, както и еволюцията на тази фигура и нейната рецепция в испанското право. MELILLO, G. *In solutum dare. Contenuto e dottrine negoziali nell'adempimento inesatto*. Napoli, Jovene, 1970, p. 24; BRANCA, G. *Adempimento. (Diritto romano e intermedio)*. - ED, Milano, 1958, p. 549 ss.

<sup>32</sup> Вж. QUINTANA ORIVE, E. *Observaciones sobre el depósito de la cosa debida en caso de mora creditoris*. - RIDA, 46, 1999, p. 427-459, с богата казуистика.

*in aede aliqua, donec de hereditate  
iudicetur.*

Решението, което предлага Юлиан, е вещта да бъде консигнирана на този, който даде гаранция за *defendere adversus alterum reum*, тоест на онзи от спорещите, който е готов да защити депозитаря от претенцията на другия наследник. Затова ако никой не поеме тежестта (*hoc onus suscipiat*), депозитарят (длъжник) трябва да депозира вещта на публично място, докато магистратът се произнесе по спора за наследството, като се смята, че това депозиране поражда освобождаващо действие за депозитаря (длъжник).

#### 4. Някои проблеми, свързани с плащането

Във връзка с неизпълнението на задължението за плащане възникват няколко интересни въпроса.

Както знаем, цялото класическо римско право се разгръща около система от процесуални средства - искове (*actiones*)<sup>33</sup>. Предвидената формула за защита на ищеца, към когото не е реализиран обектът на дължимата му престация, е един облигационен иск (*actio in personam*), който съдържа следните три думи: *dare, facere, praestare*. Този израз отразява различните действия, които длъжникът се задължавал да изпълни. При липса на доброволност не било уместно доброволното действие на длъжника да бъде заместено от действие на друго лице, и кредиторът, предявявайки *actio in personam*, не можел да постигне присъда срещу длъжника да изпълни същата дължима престация, а осъждане да плати определена сума пари, тъй като всяко решение във формуларния процес съдържало парична кондемнация<sup>34</sup>. Дори старата републиканска юриспруденция, представлявана от Сервий Сулпиций Руф и неговите последователи, смятала *litis contestatio* - съществен акт на *ordo iudiciorum privatorum*, който слагал край на фазата *in iure* и

---

<sup>33</sup> SCHULZ, F. *Derecho romano clásico*, cit., p. 11; MURGA, J. L. *Derecho romano clásico*. II. *El proceso*. 2<sup>a</sup> ed. Zaragoza, 1983, p. 212.

<sup>34</sup> Вж. Gai. 4.48. ALVAREZ, U. *Curso de Derecho romano*, cit., p. 420; CUENA BOY, F. *La prestación y sus requisitos*, cit., p. 94



давал начало на фазата *apud iudicem*, за погасителен и пораждащ правен акт, идентичен с новиращата стипулация, при която едно задължение се замествало с друго ново такова, като съдържанието му обаче се запазвало същото<sup>35</sup>. Обаче общото развитие на римската правна уредба надживява тази идея, валидна за предкласическата епоха, като за всяка правна сделка изисква намерение (*animus*) като съществен елемент за пораждането или погасяването, и затова *animus novandi* се изисква и в процесуалната сфера. Юриспруденцията от предюстиниановата епоха се раздвоява<sup>36</sup>, и докато прокулеанците, верни на доктрината на Сервий, запазват сходството между *novatio* и *litis contestatio*, сабинианците виждат в *litis contestatio* процесуален институт *sui generis*. На практика това води до различни позиции на юристите от едната и от другата школа при разрешаването на поставения от един ответник въпрос, който удовлетворил своето задължение в междинния период между *litis contestatio* и решението на съда<sup>37</sup>. Проблемът е много интересен.

Професор Murga отбелязва, че прокулеанците като последователи на Сервий Суплиций все още виждат в *litis contestatio* обикновено новирание, поради което един ответник, който би удовлетворил своя кредитор, просто би платил едно погасено задължение и тази негова грешка не би го освободила от задължението да се подчини на съдебното решение и на бъдещото му изпълнение. Наистина в този случай длъжникът би платил ненужно, защото технически онова задължение би било погасено чрез новация в момента на *litis contestatio*. Обратно – новото

---

<sup>35</sup> ARANGIO-RUIZ, V. *Istituzioni, cit.*, p. 153. Много интересен в този смисъл е приносът на проф. Murga, (*El proceso, cit.*, p. 306), който се придържа към Ursicino Álvarez: „задължението, отнесено до съда, има известно сходство с облигацията *sub condicione*, тъй като подобно на нея, в процеса, длъжникът ответник, първоначално длъжаш престацията, конкретизирана в *intentio* на формулата, след *litis contestatio*, подлежал на специална различна облигация, която поемал в този момент – задължението да се подчини на съдебното решение/присъдата, чието съдържание в известен смисъл също било условно, тъй като в този момент на *iudicium* не се знаело дали това решение ще е положително или отрицателно, против или в полза на ответника“. С други думи, по силата на *litis contestatio*, първоначалната *obligatio* бивала заменена от друга, различна, която била неизвестна докато съдията не произнесе решението си. Вж. За процесуалната новация p. 307 ss.

<sup>36</sup> За различията между школите, Вж., FALCHI, G. L. *Le controversie tra sabiniani e proculiani*. Milano, 1981.

<sup>37</sup> За проблеми, произтичащи от едното и другото схващане, срв. MURGA, J. L. *El proceso, cit.*, p. 308 ss.

(новираното) задължение, което сега е задължението му по силата на съдебното решение, остава незасегнато и ответникът не би могъл да твърди, че е извършил това плащане, за да се освободи от другото. Според Murga, прокулеанският юрист можел най-много да го посъветва да се опита да си върне недължимо платеното чрез *condictio indebiti* - една акция, замислена именно за такива казуси на безпричинно плащане (*sine causa*), но този ответник никога не би могъл да се смята за освободен от едно хипотетично бъдещо съдебно решение. Възможността да бъде осъден втори път ответник, който вече е удовлетворил ищеца, но преди съдията да е произнесъл присъдата, би била различна според иска, подаден за разрешаване на спора<sup>38</sup>. Ако става дума за *iudicium bonae fidei*, предвид широката възможност съдията свободно да вземе решение по свое усмотрение, ответникът вероятно би могло да бъде оправдан, като се има предвид, че самата процесуална формула имала *cláusula ex fide bona eius*, и като така - гъвкаво *condemnatio*, което би позволило да бъде освободен от последствията, произтичащи от едно технически ненужно плащане.

Обратно – сабинианските юристи, неповлияни вероятно от доктрината за идентичността на новацията и *litis contestatio*, може би са усетили по-лесно чисто инструменталната цел на целия процес и неговото автономно действие, поради което не е било необходимо да търси аналогия между двата института, която от друга страна би била съмнителна. Затова те смятат, че макар да е настъпил моментът на *litis contestatio*, спорното отношение в действителност се прекратява и това прекратяване няма нищо общо с онова, което се постига чрез действието на една новационна стипулация, тъй като двете отговарят на съвсем различни правни основания<sup>39</sup>. При това положение решението, което дават на конфликта,

---

<sup>38</sup> Вж. LÓPEZ-BARAJAS, M. R. *Algunas reflexiones acerca de la estipulación novatoria*. – In: *Estudios de derecho romano en memoria de Benito M.<sup>a</sup> Reimundo Yanes*, vol. 1, 2000, p. 499-514; COCH ROURA, N. *La forma estipulatoria: una aproximación al estudio del lenguaje directo en el Digesto*. Madrid, 2017.

<sup>39</sup> Вж. LÓPEZ-BARAJAS, M. R. *Algunas reflexiones acerca de la estipulación novatoria*. – In: *Estudios de derecho romano en memoria de Benito M.<sup>a</sup> Reimundo Yanes*, vol. 1, 2000, p. 499-514; COCH ROURA, N. *La forma estipulatoria: una aproximación al estudio del lenguaje directo en el Digesto*. Madrid, 2017.

предизвикан от удовлетворяването, дадено от длъжника на ищеца след *litis contestatio* но преди кондемнацията, е различно.

И сабинианците, и прокулеанците смятат, че ответникът, който, без да чака съдебно решение, плаща дълга или удовлетворява кредитора ищец, изпълнява и плаща едно задължение, което в действителност е погасено поради *consumatio*. Обаче за сабинианците това плащане не е ненужно. Бидейки целта на всеки процес да служи като инструмент за постигане на удовлетворяването на ищеца, след като това удовлетворение бъде постигнато, макар и по един индиректен и анормален път, няма смисъл *iudex* по чисто теоретични причини да осъди ответника да плати отново. Ето защо за сабинианците в действителност не съществува *indebitum* и не е необходимо *condictio indebiti*, за да може ответникът да си върне платеното. Обратно – смятайки за валидно това плащане, *iudex* би могъл да оправдае окончателно ответника<sup>40</sup>. Тъй като между ищеца и ответника също има *vinculum iuris*, който възниква в момента на *litis contestatio*<sup>41</sup>, *absolvere*, означава също така окончателно освобождаване от *obligatio*, в случая в процесуалната област, тъй като задължението е изпълнено като е извършено плащането.

От II в. сл. Хр., когато практически изчезват различията между школите, мнението, което се налага за *litis contestatio*, е това на сабинианците. Никой не се съмнява в неговия правопогасителен и правотворчески ефект за задължението в този момент, който макар да има известна прилика с *novatio*, има свои особености. Сходства и разлики, съдържащи се имплицитно в самото изброяване на начините за погасяване на задълженията, което предлагат юристите от онази епоха<sup>42</sup>. Вероятно не случайно *novatio* и *litis contestatio* се появяват винаги приравнени в източниците с презумпцията за сходство помежду им, но от това обстоятелство бихме могли да заключим, че става дума за два различни института – единият

---

<sup>40</sup> MURGA, J. L. *El proceso, cit.*, p. 311.

<sup>41</sup> ARANGIO-RUIZ (*Istituzioni, cit.*, 154) посочва: „Чрез теоретични конструкции и за да оправдае нейните последствия за материално-правните отношения, юристите посочват специално договорният характер на *litis contestatio*; въпросният договор е не само получен, но и интегриран от дейността на магистрата. Вж. WLASSAK, M. *La litis contestatio en el proceso formulario romano*. 1888; GUARNERI CITATI, A. *Ancora sugli effetti della litis contestatio nel procedimento formulare*. 34, fasc. 1-4, Roma, 1925, p. 163-184.

<sup>42</sup> Гай в IGai. 3.176 ss. Или Паул в D.26.7.22.

принадлежи към гражданската, а другият – към процесуалната сфера, като и двата се подчиняват на специфични собствени правила<sup>43</sup>. От друга страна сякаш преобладава идеята *litis contestatio* да се смята за съставна част на процеса, с чисто инструментална стойност, а не институт *per se*. Поради това не би имало смисъл при погасяването/прекратяването на отношението в този момент това да води до изчезването на акцесорните елементи (гаранции, залози и др.), както би се случило при обикновена новация, тъй като тези елементи са замислени в *ius civile*, за да улеснят *satisfactio* на ищеца и следователно са в негова полза.

Във връзка с освобождаването на длъжника е уместно да изкажа едно последно съображение от личен характер. Ако, както посочват авторите, *solvere* в широкия смисъл на думата включва изпълнението на престацията, чийто предмет е задължението (*solutio*), то *absolvere* довело до *absolutio*<sup>44</sup>, освобождаване на длъжника. В *intentio* на формулата на *actio in personam* се появяват думите *Si paret* (ако бъде доказано) *Nº Nº AºAº...*, а в *condemnatio - iudex Nm Nm Ao Ao condemnato, si non paret...absolvito* (ако не бъде доказано, ти, съдия, оправдай го). Тези думи в *condemnatio* придобиват много дълбок смисъл, тъй като означават, че ако не бъде доказан (*si non paret*) фактът, който фигурира в *intentio*, ответникът трябва да бъде освободен от *obligatio*, тъй като не е доказано съществуването на задължението (*absolvito*). Следователно оправдаването е истинското освобождаване на длъжника, който не е такъв, защото не е доказано съществуването на кауза за *obligatio*.

<sup>43</sup> MURGA, J. L. *El proceso, cit.*, p. 312.

<sup>44</sup> Смятам, че е целесъобразно да поразсъждаваме върху етимологичния смисъл на *absolvere*, от *ab solvere*, *absolutio*; като *abdicatio*, от *ab dicatio*. Вж. GARCÍA GARRIDO, M. J. *Diccionario de jurisprudencia romana*. 4ª ed. Madrid, 1993 y ERNOUT, A., A. MEILLET. *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*. 4<sup>ème</sup> ed. Paris, 1967: *Solvere* е плащането на задължение, чийто предмет е *dare*. *Satisfactio* включва изпълнението на едно задължение за *facere*. *Absolutio* от *absolvere*, опрощение/оневиняване на ответника, мисля, че във формуларния процес, във формулата *Si paret* (ако бъде доказано) ... *iudex Nm Nm Ao Ao condemnato, si non paret...absolvito* (ако не бъде доказано – оневини го), *absolutio* означава именно, че, ако не бъде доказан фактът, вписан в *intentio*, ответникът трябва да бъде освободен. Затова оневиняването/опрощаването е освобождаване на длъжника, който не е такъв, защото не е доказано съществуването на *obligatio*. На акцията ѝ липсва правно основание, или дори да не ѝ липсваше, тя би била избегната чрез една *exceptio*, която би добавил длъжникът (BONFANTE, P. *Istituzioni, cit.*, p. 106); CANNATA, C. A. *Omnia iudicia absolutoria esse. Att. Conveg. Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico, in Mem. A. Biscardi. - Riv. di Diritto Romano*, 2001. Вж. Теориите на сабиниците и прокулеанците, за които говори Гай по този въпрос (Gai.4.114).

## 5. Обща теория за доказателствените средства в римския частен процес

Въпросът за търсенето на истината в договорните отношения и изобщо във всички облигационни отношения е от основно значение. Затова трябва да споменем доказването като говорим за задължения, поети от страните. Става дума за това да се констатира, че действията, пораждащи изискването на задължението и неговото изпълнение, са били извършени и следователно длъжникът се освобождава. Тези въпроси може да се разглеждат от гледна точка на извършената правна сделка и от процесуална гледна точка, тъй като при конфликт по повод изпълнението на задълженията трябва да се провери истинността на твърденията на двете страни. В следващите редове ще стане дума за тях, смятайки като Pugliese, че в действителност само когато трябва да се произнесе лишение, наистина се поставя въпрос за доказване<sup>45</sup>.

Този автор посочва, че за да разберем историята на доказването и неговите трансформации от древната епоха до класическия период<sup>46</sup>, не би трябвало да се съсредоточаваме върху неговия естествен или човешки характер, а върху неговата рационална или ирационална природа – понятие, създадено от Brogginì<sup>47</sup>, който утвърждава ирационалната природа на доказването в архаичното право и неговото влияние върху по-късното право<sup>48</sup>.

Анализът на доказателствените средства върви ръка за ръка с доказването на истинността или неверността им и е толкова сериозно, че още в архаичната епоха в Рим<sup>49</sup> наказвали лъжесвидетелите, като ги хвърляли от Тарпейската скала,

---

<sup>45</sup> PUGLIESE, G. *La preuve dans le procès romain de l'époque classique*. – In: *Recueils de la Société Jean Bodin*, 16, La preuve, Bruxelles 1964, p. 277-348, и в *Scritti*, 1, 1985, p. 345-412. За историята на доказването и неговите преобразувания до класическата епоха, вж. p. 280 ss.

<sup>46</sup> PUGLIESE, G. *La preuve dans le procès romain de l'époque classique*, cit., p. 281.

<sup>47</sup> BROGGINI. *La prova nel processo romano arcaico*. – *IUS*, 11, 1960, p. 352 ss.

<sup>48</sup> BROGGINI. *La prova nel processo romano arcaico*. – *IUS*, 11, 1960, p. 352 ss.

<sup>49</sup> Вж. SALAZAR REVUELTA, M. *Antecedentes jurídicos de la prueba testifical en derecho romano*, cit., и богатата библиография по всеки един от анализираниите въпроси за архаичната епоха в бележките под линия. Авторката прави преглед на специализираните трудове по тази тема и изтъква, че в доказателственото право и изобщо в римското право

както е определено в Закона на XII Таблиците<sup>50</sup>. Един закон от времето на Сула (*lex Cornelia*) от 81 г. пр.Хр. създава *crimen de falsi*, което макар и свързано с фалшифицирането на монети и завещания<sup>51</sup>, след бавна еволюция чрез сенатусконсулти, императорски конституции и *interpretatio*, включва различни престъпления, свързани с измама, като прелюбодеянието и манипулирането на факти и други ситуации, които Паул посочва, като казва: *falsum est quidquid in veritate non est, sed pro vero adseveraiur*<sup>52</sup>.

Авторите правят разлика между инструментално и съдебно доказване. Първото служи за констатиране на действителността на една реализирана или

---

от примитивната епоха практически всички процесуални действия и най-значимите правни актове (като *mancipatio* или *testamentum*) били пропити от формализъм.

<sup>50</sup> Вж. BROGGINI. *La prova nel processo romano arcaico*, cit., p. 352 ss.; SALAZAR REVUELTA, M. *Antecedentes jurídicos de la prueba testifical en derecho romano*, cit., p. 121: „В най-архаичното римско право откриваме известна регламентация на доказването – обичайна или законова, която ограничава например свободата на съдията и на страните; налага тежестта на доказването върху ищеца (Aul. Gell., *Noct. Att.* 14.2.26); санкционира отсъствието на свидетелстване (Tabula 2.3; 8.22); изключва като свидетели определени недостойни лица (*Lex Remnia* от края на Републиката, по-късно *leges luliae*: D.22.5.13); наказва лъжесвидетелстването (Tablula 8.23; по-късно *lex Cornelia de falsis* (D. 48.10), и т.н. Тази регламентация не отива по-далеч от емпиризма и е доста обстойна през класическата епоха. Не може да се говори за теория за доказването до Късната империя. Може да се каже, че доказването със свидетели е най-важното доказателствено средство не само в древния римски процес, но и най-често срещаното в производството през класическата епоха“. Също така LÁZARO GUILLAMÓN, C. *El iusiurandum iudicium delatum: entre medio de prueba y ordalía*. - In: *La prueba y medios de prueba: de Roma al Derecho moderno*. Madrid, 2000, p. 400-401; PIQUER MARÍ, J. M. *Sobre la no racionalidad de la prueba en el proceso romano arcaico*. – En: *La prueba y medios de prueba*, cit., p. 606 ss.; GUTIÉRREZ GARCÍA, C., J. A. MARTÍNEZ VELA, *La prueba testifical en las fuentes literarias*. - In: *La prueba y medios de prueba*, cit., p. 344-349.

<sup>51</sup> *Lex Cornelia* създава едно специфично *quaestio* и едно специфично производство срещу фалшифицирането на завещания и монети и подготвя общата рамка за наказването и на други престъпления по този закон, което води до конституирането на генерическото престъпление *crimen de falsis*, чрез различни сенатусконсулти, императорска нормативна дейност и юриспруденциална *interpretatio* (D.47.11, C.3.15). Вж. D'ORS, A. *Contribuciones a la historia del 'crimen falsi*. - In: *Studi Volterra*, 2, Milano, 1971, p. 527 ss.

<sup>52</sup> Вж. ARCHI, G. *Gli studi di diritto penale da Ferrini a noi*. - *RIDA*, 4, 1950, p. 35; VOLTERRA, E. *Senatusconsulta*. - *NNDI* 16,1969, № 80: El SC Messaliano, от 20 г. пр.н.е. подлага на наказания по *lex Cornelia de falsis* адвокатите и свидетелите, които вземат пари, които се договарят или се сдружават, за да обвинят един невинен човек. Текстът на този сенатусконсулт достига до нас чрез Paul. и Ulp. в *Coll.*8.6.1 и Юстиниановата компилация (D.48.10).

нереализирана правна сделка (*per aes et libram, confarreatio, etc.*); второто е свързано с процеса.

Средствата за доказване на факти, свързани с реализираната правна сделка, на които се позовава всяка една от страните, участващи в оспорваното отношение, са различни – свидетелски показания, частни или публични документи, клетва и дори презумпции<sup>53</sup>. Макар да не може да се говори за съществуването на теория за доказателствата в класическата епоха<sup>54</sup>, това не е попречило да се формира правното понятие „доказателство“ и то да бъде прието в съдебната практика<sup>55</sup>, която според терминологията на Квинтилиан прави разлика между „неизкуствени“ и „изкуствени“ доказателства. Съдията вземал предвид само първите поради възможността да ги сравнява: *praeiudicia, fama atque rumores, tormenta, tabulae, ius iurandum, testes*. Вторите - *signa, exempla, argumenta*, били доказателства, които ораторът извличал от своето изкуство и разсъждения, въз основа на догадки и предположения<sup>56</sup>.

Много автори смятат, че поради римската склонност към устност, свидетелските показания имали по-голямо значение от писмените доказателства<sup>57</sup>. Свидетелските показания придобивали все по-голямо конститутивно и

---

<sup>53</sup> *Praesumptiones hominis*, или факти, които не се нуждаят от доказване, тъй като съществуването им може да се заключи с голяма степен на вероятност от друг, предходен, свързан факт. Вж. FERRINI, C. *Le presunzioni in diritto romano*. - *Riv. it. per le sc. giur.*, 14, 1892, p. 258-294; MARTÍNEZ DE MORENTIN, L. *Régimen jurídico de las presunciones*. Madrid, 2007. Презумпциите *iuris tantum* и *iuris et de iure* са нововъведение на юстиниановото право.

<sup>54</sup> Pugliese посочва, че само в трактатите по реторика се разглежда системно доказването, докато юристите започват да се интересуват от тази тема доста късно и само по повод на конкретен поставен казус, без да координират решенията си в система и без да изразяват общи понятия и дефиниции (тяхното обяснение и разсъждение в *op. cit.*, p. 306, *Scritti*, p. 370). За проникването на гръцката реторика в римските съдилища и изоставянето от юристите на темата за доказването и възлагането ѝ на реторите и адвокатите – стр. 284-293; за вероятното формиране на теория за доказването в класическата епоха - 294-298; обяснение на основните неизкуствени доказателства - с. 308 и сл.; изкуствени (*signa, exempla, argumenta*), с. 344 до края.

<sup>55</sup> Категориите изкуствено доказателство, неизкуствено доказателство произтичат от реториката; за разликите между тях - PUGLIESE, G., *cit.*, p. 314; неизкуствените доказателства са единствените разгледани в правните източници.

<sup>56</sup> Категории, въведени от Quintil., *Instit. or.* (5.11.36), следвайки Аристотел. Анализ на различните доказателствени средства може да се види в PUGLIESE, G. *La preuve dans le procès romain de l'époque classique, cit.*, p. 308 ss.

<sup>57</sup> Вж. авторите и трудовете, цитирани в тази статия.

доказателствено значение с напредъка на развитието на римското общество и вследствие на определени влияния от Изтока и тяхното използване в търговската практика<sup>58</sup>.

Въпросът за тежестта на доказването е бил преразглеждан многократно през миналия век от големите италиански романисти<sup>59</sup>. Обмисляйки критериите, от които трябва да се ръководи *iudex* при разпределянето на тежестта на доказването, класическите юристи винаги се стараели да се придържат повече към критерии от съществен характер отколкото към диалектиката на фактите, изтъквани от страните. Те не се поколебали да загърбят някои формални елементи, като самата структура на формулата, която понякога затруднявала с изискването да се вмъкне *exceptio in iudicia stricti iuris*<sup>60</sup>. По време на Принципата в отговор на някои проблеми,

---

<sup>58</sup> Темата за търговската практика е много интересна, но не може да бъде разгледана тук. Препращам за изследването ѝ *in extenso* към FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Testigos y documentos en la práctica negocial y judicial romana*. - *RJUAM*, 12, 2005, (= *RGDR*, № 4, 2005), p. 117-142: „Въпреки, че устността се запазва в продължение на векове в тази сфера, много скоро, по време на Републиката, започват да се използват писани текстове, процесуални и договорни документи (...). За обозначаването на писмените текстове или документи се използват различни термини като *instrumentum*, *documentum*, *cautio*, *testatio*, *quiographum*, *epistola*, *scriptura*, etc. (...) В класическото право плащането можело да се докаже с документ (*apocha*), който вероятно е бил писан от *tabularii*, но стойността му се определя по усмотрение на съдията, както напомня един фрагмент от Улпиан: D.46.4.19.1: *Inter acceptilationem et apocham hoc interest, quod acceptilatione omni modo liberatio contingit, liceo pecunia soluta non sit, apocha non alias, quam si pecunia soluta sit*. (Разликата между акцептиляция и *apocha* е, че с *acceptilatio* настъпва така или иначе освобождаване - от задължението, дори да не е платено, а с *apocha* то настъпва само ако – действително - е платено). Юстиниан прави нововъведение, като разпорежда, че за кредитите, фиксирани в документ, доказателството за плащането също трябва да се напише в друг документ, наречен *securitas*, или трябва плащането да бъде потвърдено от петима свидетели. За използването на документи в римската търговска и съдебна практика, Вж. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Testigos y documentos en la práctica negocial y judicial romana*, cit. - *RGDR*, p. 6 ss.: За доказването в посткласическия период, виж ARCHI, G. *La proba nel Basso Impero*. - *IURA*, 12, 1961, p. 1-23.

<sup>59</sup> LONGO, G. *Onus probando* - *AG*, 149, 1955, p. 61 ss.; *Nuovi contributi in tema di onus probando*. - *IURA* 8, 1957 и *L'onere della prova nel processo civile romano*. - *IURA* 11, 1960, p. 149 ss.; PUGLIESE, G. *L'onere della prova nel processo romano per formulas*. - *RIDA*, 3, 1956, p. 41 ss.; el mismo autor en „*La preuve dans le procès romain de l'époque classique*“, cit., p. 345-412 de sus *Scritti* 1; ARCHI, G. *La proba nel diritto nel Basso Impero*, cit., p. 12.

<sup>60</sup> Вж. LONGO, G. *Onus probandi*, cit., p. 61 ss. За да може ответникът да докаже своите твърдения във фазата *apud iudicem* и така да спре претенцията на ищеца, който на свой ред трябвало да докаже фактите, на които се основава неговата *actio* (*actor uncumbit probatio ...*).



произтичащи от строгостта на процесуалните формули, императорската канцелария подготвя появата на новите принципи, присъщи на *cognitio extra ordinem*<sup>61</sup>. Новата процесуална посткласическа структура, вдъхновена от различни от тези на формуларния процес принципи и изисквания, изисква промяна също и в областта на доказването. Тази промяна се отразява както върху въпроса за тежестта на доказването (*onus probandi*)<sup>62</sup>, така и върху въпроса за ефективността на отделните доказателствени средства, т. е. признаването им от съдията. По думите на Archi<sup>63</sup>, имперският абсолютизъм „превръща частния съдия в представител на държавата, който трябва да въздава справедливост сред спорещите.“

Една от най-забележителните характеристики на доказателствените средства и по-голямото значение, отдавано на писмените доказателства в сравнение с устните. Трябва обаче да поясним, че законодателството и реалността не винаги са в хармония, а и обичаите в различните части на империята не били еднакви<sup>64</sup>. Започва период, в който тенденцията е да се ограничи свободата на съдията да решава споровете по своя преценка, с каквато разполагал при формуларния процес. Утвърждава се една законова система на доказване, която дава превес на писменото доказателство (*scriptura, instrumentum*) над устното, особено от епохата на Константин насетне. Но италианският романист подчертава, че явлението е много сложно<sup>65</sup>. Съзнавайки разпространението му и имайки предвид от една страна търговска практика, а от друга - възможността явлението да позволи злоупотреби, законодателят се намесва, като го коригира и ограничава. Може да се каже, че императорската канцелария е силно притеснена от

---

<sup>61</sup> LONGO, G. *Nuovi contributi in tema di onus probandi, cit.*, p. 43 ss.: за нормативните източници в този период и политическите интереси, присъщи на имперския абсолютизъм, които вдъхновяват новия процес вж. ARCHI, G. *La prova nel diritto del Basso Impero, cit.*, p. 13, който счита, че тази любов към *veritas* (...) е само процесуално отражение на един по-общ интерес, защитаван от законодателната политика от константиновата епоха.

<sup>62</sup> Пробива си път една по-прецизна идея, че тежестта на доказването пада върху автора на твърденията, което е по-целесъобразно за търсенето на истината относно фактите, които са предмет на съдебния процес. Вж. LONGO, G. *L'onere della prova nel processo civile romano, cit.*, p. 149.

<sup>63</sup> ARCHI, G. *La prova nel diritto nel Basso Impero, cit.*, p. 3.

<sup>64</sup> ARCHI, G. *La prova nel diritto nel Basso Impero, cit.*, p. 15

<sup>65</sup> ARCHI, G., *Ibidem*.

проблемите, свързани с доказването, и това я подтиква да законодателства *ad hoc* и произволно<sup>66</sup>. Някои императорски конституции от онова време показват съществуващите проблеми, макар че не винаги е ясно по какъв критерий са ги оценявали императорите.

През IV век *scriptura* играе двойна роля на форма *ad substantiam* и на доказателство в процесуалната област. Вероятно голямото развитие на *crimen falsi* по време на Принципата се дължи на интереса на правната уредба да проверява истинността на писмения документ<sup>67</sup>. Императорът желае *aequitas* и *iustitia*, но *aequitas* и *iustitia*, присъщи на новата социална среда, основно жизненоважно изискване на която е сигурността и пълната увереност в правните отношения.

Източниците от онази епоха говорят за *scripturae, instrumenta*, без да правят разлика между двете категории, макар да обозначават с тези термини писмения документ<sup>68</sup>; обикновено *instrumenta* се смята за противоположно на *testes*. Обаче доказателствената ефективност на тези две средства не винаги е ясна. Константин ги смята за равностойни в CJ.4.21.15; CJ.3.11.2 (*Instrumenta vel testes*); CJ.3.14.1 (*testes vel instrumenta*) *testibus...documentis* и т. н.<sup>69</sup>.

Очевидно за канцеларията доказателствената ефективност на *instrumentum* се опира най-вече на показанията на страните, *testes*, които могат да удостоверят истинността на фактите, констатирани в документа. Това нововъведение в документната техника първоначално се отнася само за частните *instrumenta*, отнасящи се до продажба и даряване, но в следващите години обхватът му се разширява. Разпростира се и върху *chirographum debiti* – писмен документ, който още в класическата епоха означава триумф на обявяването на дълга (признание), написано от самия длъжник. Така една конституция от 421 г. (CTh. 2.27.1.1 у 2) определя, че когато емитентът на *chirographum debiti* е починал, истинността на

---

<sup>66</sup> ARCHI, G. *La prova nel diritto nel Basso Impero, cit.*, p. 11.

<sup>67</sup> Изследването на *crimen falsi* е извън пределите на моя анализ. Вж., D'ORS, A. *Contribuciones a la historia del crimen falsi. cit.*; ARCHI, G. *Gli studi di diritto penale da Ferrini a noi, cit.*

<sup>68</sup> Според Paulo (D.22.4.1), под *instrumenta* трябва да се разбира всичко онова, чрез което може да се заведе съдебен спор; затова за инструменти се смятат не само веществените доказателства, но и личните показания.

<sup>69</sup> Документацията е впечатляваща. Вж. ARCHI, G. *La prova nel Basso Impero, cit.*, p. 18.

*cautio* не трябва да се доказва само чрез сравняване на писмения документ, а трябва истината за факта *fides* на писмения документ да бъде потвърдена с други средства, в частност от свидетели на сделката, каквито не може да няма<sup>70</sup>.

Във връзка с проблема за *fides instrumentorum*, трябва да кажем, че докато при публичните документи сякаш няма съмнение относно доказателствената им стойност пред съда, ако са подкрепени от показанията на свидетели както казахме по-горе, то в областта на категорията *instrumentum publice confectum* или *tabellionico*, възникнала в края на посткласическата епоха, има определени неясноти. Тази категория се възприема като нормална за актовете *inter vivos*, смятани за най-важни в историята на правото, като отчуждаването на имоти и учредяването на вещни права, както показват различни императорски конституции, издадени между 457 и 496 г. (CJ.4.42.2; CJ.8.53.31.1; CJ.8.53.32; CJ.11.54.1pr.), в които вече не се говори най-общо и генерически за *scriptura*, а за един квалифициран тип документ<sup>71</sup>.

Въпреки казаното по-горе, дефинирането на този период като триумф на писменото над устното доказване според някои автори не е адекватно обобщение<sup>72</sup>.

За да приключи това изложение ще кажа, че проучването на въпроса за доказването е от голямо значение не само за нас – съвременните юристи. В своя Кодекс Теодосий включва един титул, озаглавен *fide testium et instrumentorum* (CTh. 11.39), който вероятно е присъствал и в предишните частни кодекси<sup>73</sup>. За *veritas*, за *acérrima indago* говори император Константин в няколко конституции, включени в Теодосиевия кодекс (CTh.9.19.2.1; CTh.11.39.1). Ако прегледаме Юстиниановата компилация ще видим, че както в Дигестите, така и в Кодекса съответните комисии са включили един истински трактат за доказването: общи принципи; свидетели; документи и т.н., което несъмнено е показателно за загрижеността по този въпрос.

---

<sup>70</sup> ARCHI, G. *La prova nel Basso Impero*, cit., p. 20.

<sup>71</sup> За по-задълбочено изследване на табелионовия инструмент, виж FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Testigos y documentos en la práctica negocial y judicial romana*, cit., и цитираната библиография от автора в неговия труд.

<sup>72</sup> ARCHI, G. *La prova nel Basso Impero*, cit., p. 22 счита, че формулировката, която определя Късната Империя като период на триумф на писмените доказателства над устните, е един от най-неточните и неудачни синтези в романстиката.

<sup>73</sup> Вж. LÉVY, J. H. *La formation de la théorie romaine des preuves*. – In: *Studi Solazzi*, p. 432, и ROTONDI, G. *Studi sulle fonti del Codice Giustiniano*, in *Scritti* 1, p. 110 ss; SCHERILLO, G. *Teodosiano, Gregoriano, Ermogeniano*. – In: *Studi Ratti*, p. 274 ss.

Освен това в Кодекса и в Новелите може да прочетем текстове на Юстиниан, които се конфронтират с класически фрагменти, избрани от византийските компилатори, свързани с тази материя, и в които те са нанесли промени. Това доказва, че Юстиниан се опитва да третира въпроса за доказването цялостно, като разглежда всичките му аспекти<sup>74</sup>, макар да няма единодушен отговор на различните разгледани казуси.

## 6. Заключение

Относно индивидуализацията на тежестта на доказването в конкретния случай на проверката на изпълнението на дадено задължение трябва да кажем, че не е имало установени правила или приложима правна уредба по времето на формуларния процес или на *cognitio extra ordinem* и до посткласическата епоха. Основната проблематика по този въпрос е била развита в една чужда на римската традиция среда и с елементи, които характеризират физиономията на гражданския процес в правото, съдържащо се в Юстиниановата компилация. Правилата за изравняване на ролята на ищеца и ответника, разпределението на тежестта на доказването, стойността на доказателствата, с които съдията трябва да се съобрази, са плод на посткласически и юстиниановите интерполации. Въпросите, свързани с изпълнението на задълженията, актовете на последна воля, ревандикацията на собствеността и др. пораждат доста многобройни решения и рескрипти, които са включени в съответните титули на Дигестите и Кодекса (а също и извън тях), но никога не са били прилагани общо, а въз основа на специфичните факти, на които се опира спорният въпрос. Това прави невъзможно единното им систематизиране.

---

<sup>74</sup> За ARCHI. *La prova nel Basso Impero, cit.*, p. 23 е от основно значение да разбере какво означава Компилацията на Юстиниан по онова време, като по отношение на доказателствата той повтаря, че историкът на правото не би могъл да проникне в същността на кодификацията, ако предварително не извърши един търпелив анализ за разкриване на законодателната функция, осъществена от Юстиниан, приносът на различните течения, които са следвани при съставянето ѝ които са представени в нея.

## ИСТОРИЧЕСКО РАЗВИТИЕ НА НАЧИНИТЕ ЗА КОМПЕНСИРАНЕ (НА БЪЛГАРСКИ ЕЗИК)

**Проф. д-р Мария дел Пилар Перес Алварес**

Автономен университет в Мадрид, Испания

**Резюме:** В тази статия разглеждам правната природа на неконвенционалната компенсация - от римското право през доктриналните позиции на глосаторите и коментаторите до кодификацията, като обръщам особено внимание на *deductio na bonorum emptor* и аргументите за приемане или не приемане на тази компенсация при обявяване на фалит, с акцент върху испанската правна уредба.

**Ключови думи:** извънсъдебна компенсация/компенсация по закон; съдебна компенсация; ефекти *ipso iure*; ефекти *ope exceptionis*; *agere cum deductione*; *par condicio omnium creditorum*.

## THE EVOLUTION OVER TIME OF MODES OF SET-OFF (BULGARIAN LANGUAGE)

**Prof. María del Pilar Pérez Álvarez, PhD**

Autonomous University of Madrid, Spain

**Abstract:** In this paper, we undertake to study the legal nature of non-conventional set-off from Roman law to codification, examining the doctrinal positions adopted by glossators and commentators. We shall pay special attention to the deductio made by the bonorum emptor and the principles that guide bankruptcy proceedings and that justify the admission or non-admission of insolvency status in comparative law and in Spanish law.

**Keywords:** legal set-off; judicial set-off; ipso iure effects; ope exceptionis effects; agere cum deductione; par condicio omnium creditorum.

**Compensatio est debiti et crediti inter se contributio****Modestinus, D.16.2.1**

I. Компенсацията, описана от Модестин<sup>1</sup>, изисква двама души да са едновременно кредитори и длъжници един на друг. Компенсацията (*compensatio, compensación, compensazione, Aufrechnung, Set-off*) е доста прост механизъм - когато двама души са едновременно кредитори и длъжници един към друг, те може да се освободят от задълженията си до размера на по-малкия дълг от момента, в който бъдат изпълнени изискванията на правната уредба<sup>2</sup>.

Съществуването на този механизъм е оправдано от съображения за процесуална икономия<sup>3</sup>, за да се избегнат два различни процеса, и от съображения за справедливост (*aequitas compensationis* според източниците<sup>4</sup>), тъй като би било несправедливо една от страните да направи възражение за прихващане, без да е обслужила собственото си задължение към другата страна, и се избягва рискът за платеща кредиторът да изпадне в несъстоятелност, след като удовлетвори задължението си.

В класическото римско право и в средновековното право юристите делегират върху съда допускането или недопускането на компенсацията, която поражда

---

<sup>1</sup> D.16.2.1 (Modest. I. 6 Pandect.) *Compensatio est debiti et crediti inter se contributio*.

<sup>2</sup> FERNANDEZ DE BUJAN, A. *Derecho privado Romano*. 10<sup>a</sup> ed. Madrid: Iustel, 2017, p. 500-501.

<sup>3</sup> За икономия на правни средства говори IHERING, R. *L'Esprit du Droit Romain dans les diverses phases de son développement*. T. IV. Tr. Meulenaure. 10<sup>a</sup> ed. Paris: ed. Maresq, 1880, p. 130-131; GIRARD, P. F. *Manuel élémentaire de Droit Romain*. 6<sup>a</sup> ed. Paris, 1918, p. 717, n. 1; LOMBARDI, L. *Aperçus sur la compensation chez les juristes classiques*. – *BIDR*, 66, 1963, p. 35 ss.

<sup>4</sup> Множество текстове в Компиляцията на Юстиниан се отнасят за *aequitas compensationis* (Срв. D.26.7.36 (Pap., I.3 quaest.): *aequitas, quae merum ius compensationis inducit*; също в D.34.9.15 (Pap., I.6 Respons.) CJ.4.32.5-6 (Imp. Iustinianus, a.531).

В древната и в съвременната доктрина много автори оправдават допускането на компенсацията от съображения за равно третиране. Някои от най-старите автори са POTHIER, R. J. *Traité des obligations*. T. II. Paris, 1761, p. 141; DOMAT, J. *Les lois civiles dans leur ordre naturel*. T. II. Paris, 1777, p. 319. Вж. съответно MURILLO VILLAR, A. *La extinción por compensación de las obligaciones mercantiles: una previsible regulación futura de evidente origen romano*. - In: *As relações comerciais: a contribuição de Roma à globalização contemporânea. Em homenagem ao centenário de nascimento do jus comercialista Clóvis Cunha da Gama Malcher*. 1. Rio de Janeiro, 2016, p. 176, p. 204.

погасителен ефект, свързан с различни *actiones*: искове за добросъвестност, искове на банкера в рамките на кредитните му отношения с неговите клиенти, искове на купувача на имуществото на обявения в несъстоятелност, където *bonorum emptor cum deductione agere iubetur*<sup>5</sup>, а от средата на II в. сл. Хр. и *actiones stricti iuris* чрез *exceptio doli*<sup>6</sup>. Във всички случаи става дума за съдебна компенсация, което действа *ope exceptionis*.

В Юстиниановото право извършената от императора реформа разглежда компенсацията като средство за плащане, което действа автоматично, *ipso iure*<sup>7</sup>, и като цяло за всякакъв вид кредити при условие, че бъдат изпълнени определени изисквания, установени със закон.

Този институт, регламентиран и развит от римското право, е непознат на варварските народи. Появява се отново в епохата на Средновековното правно Възраждане с изучаването на римското право в Болонската школа или глосаторската школа. От XII до XIV век тълкувателите развиват три различни доктрини за правното естество на компенсацията и начина, по който тя действа, които доктрини впоследствие оказват решително влияние върху съдържанието на кодексите от деветнадесети век. От XVI век компенсацията е приета в практиката на юрисдикциите и общото обичайно право на Кралство Франция и е възприета от Германската империя през суплеторно полученото римско право – *gemeines Recht*. През следващите векове компенсацията е утвърдена в творбите на Domat и Pothier и по-късно е включена в Наполеоновия кодекс - Code civil des Français от 1804 г. и в германския Граждански кодекс - Bürgerliches Gesetzbuch от 1900 г.<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> В случая източниците не говорят за компенсация, а за приспадане на *bonorum emptor*. Вж. IG. 4.65-66.

<sup>6</sup> IJ.4.6.30: ... *sed et in strictis iudiciis ex recripto divini Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur...*

<sup>7</sup> Вж. CJ. 4.31.4 (*Impp. Iustin., година 530*) и IJ.4.6.30.

<sup>8</sup> За развитието на компенсацията в Средновековното и в съвременното право вж. ASTUTI, G. *s.v. Compensazione (Diritto romano)*. T. VIII. Varese, 1979, p. 13 ss.; PICHONNAZ, P. *La compensation. Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnels*. Fribourg, 2001, 726 p.; ID. *Da Roma a Bologna: l'evoluzione della nozione di compensatio ipso iure*. - *Rivista di Diritto Romano*, 2, 2002, p. 337 ss.; DOLT, J. PH. *La mise en oeuvre de l'opération compensatoire: son évolution de l'antiquité jusqu'au XIXe siècle*. - *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 71, 2003, p. 155 ss.



В сферата на сравнителното право повечето правни уредби на Civil law предвиждат компенсацията като въпрос на субстантивното право, докато традиционната английска гледна точка го определя като процесуален по същество инструмент<sup>9</sup>; тази гледна точка е по-близка до римския произход на тази фигура.

Този привидно прост механизъм не винаги е бил приет от различните национални правни уредби по отношение на обявяването на фалит, най-вече, както ще видим, защото противоречи на класическите принципи и правила, от които се ръководи обявяването в несъстоятелност и в частност принципа на равно третиране на кредиторите, *per condicio omnium creditorum*, който господства при изплащането на кредити и задължения най-малкото от класическата епоха<sup>10</sup> и който би бил нарушен, ако един от кредиторите получи пълно издължаване поради случайния факт, че е длъжник на същия *fraudator*<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> SOLE FELIU, J. *La compensación de deudas. Propuestas de reforma del derecho español a la luz de los textos de soft law europeos*. - *Dret. Revista para el análisis del Derecho*, 3, 2017, p. 5.

<sup>10</sup> Принципът е изрично заявен от Улпиан, D.42.8.6.7. (Ulp. l.66 ad ed.)- ... *neque enim debuit praeripere ceteris post bona possessa, cum iam par condicio omnium creditorum factum sit.*”, където юристът твърди, че след *missio in bona* (първа фаза на *bonorum venditio*), длъжникът трябва да бъде призован за част от дълга и трябва да се изравни с останалите кредитори, тъй като от този момент се изравняват условията за всички.

До същото заключение достига Casarino на основата на други пасажи от Дигестите, свързани с *io tributoria*, от преторски произход, съществувала най-малкото от I век пр. Хр. По-конкретно, D.14.4.1.pr. (Ulp. 29 ad ed.), където класическият юрист твърди, че ако господарят е знаел, че робът извършва търговска дейност с парите на пекулия, не би могъл да си послужи с *ius deductionis*. От този и други пасажи (D. 14.4.5.6, Ulp., 29 ad ed., и D.14.4.6, Paul., 30 ad ed.), авторът заключава, че класическите юристи видимо прилагат принципа *par condicio creditorum*. Вж. CASARINO, A. *Riflessioni sulla nozione di `foro cedere` in riferimento all`esecutato nel Diritto Romano tra tarda Repubblica e Principato*. – *TSDP*, 7, 2014, p. 1. Противно на това мнение, Santarelli твърди, че принципът *par condicio omnium creditorum* може да се припише на законодателите на статутите от XIII и XIV век, докато в римското право присъства само *prioritas tempore*. Вж. SANTARELLI, U. *Fallimento (storia del)*. In: *Ubi societas ibi ius. Scritti di storia del diritto*. II. Torino, 2010, p. 545.

<sup>11</sup> Източниците наричат *fraudator* не само длъжника, извършил акт в ущърб на своите кредитори, но и длъжника, който толерира *venditio bonorum* или *distractio bonorum* на своето имущество. Вж. D. 12.2.9.5 (Ulp. l. 22 ad ed.), D. 16.3.8 (Papin. L. 9 quaest.), D. 40.9.16.2 (Paul. l. 3 ad legem Aeliam Sentiam), D.42.7.4 (Pap. lust. l.1 de constitut.), D.42.8.6.9 (Ulp. l. 66 ad. ed.), D. 42.8.10.9, 12, 20 y 24 (Ulp. l. 73 ad ed.), D. 42.8.4 (Ulp. l.6 disputat.), D.42.8.24.pr, 1, 4, 7 (Venul. l. 6 interdict.).

Само веднъж се появява в източниците терминът *defraudator* в Институциите на Гай (4.65). Според Solazzi това може да е плод на оригиналност на юриста или грешка, въведена по-късно. Вж. SOLAZZI, S. *Il concorso dei creditori nel diritto romano*. II. Napoli:

Като цяло допускането или недопускането на компенсацията в случай на несъстоятелност в страните от нашето време зависи от правното ѝ естество. Ако се счете за фигура с чисто платежен характер, както е във френското право, където се възприема като фиктивно и съкратено плащане *ope legis*, компенсацията се отхвърля в зависимост от набора принципи, залегнали в законодателството за несъстоятелността. Германското право счита, че компенсацията има гарантираща функция в оборота, приема я в случаите на несъстоятелност, при което се удовлетворява кредитът на кредитора-длъжник извън процедурата по несъстоятелност. Същото е положението в страните на *Common Law*, където компенсацията се анализира в условията на равновесие или справедливост под влиянието на римското право, като *equity* е основата за преценка недопустимостта ѝ в процедурата по несъстоятелност, макар че *de facto* действа като право на задържане или гаранция<sup>12</sup>.

В тази статия ще разгледам правното естество на неконвенционалната компенсация<sup>13</sup> от римското право през доктриналните позиции на глосаторите и коментаторите до кодификацията, с акцент върху *deductio* на *bonorum emptor* и аргументите, които оправдават допускането или недопускането ѝ в производството по несъстоятелност, с препратки към испанската правна уредба.

II. В класическия период римските юристи не смятат компенсацията за общ начин за погасяване на задълженията, а я приемат в някои конкретни случаи и то от процесуална гледна точка. Затова Гай<sup>14</sup> не споменава компенсацията сред начините за погасяване на задълженията (IG. 3.168-180), а в IG. 4. 61-68, по повод

---

Jovene, 1937, p. 146, n.3; ID. *La compensazione nel diritto romano*. 2<sup>a</sup> ed. Napoli: Jovene, 1950, p. 66, n. 2.

<sup>12</sup> ROJO AJURIA, L. *La compensación como garantía*. Madrid: Civitas, 1992, p. 40., счита, че „компенсацията само е гаранция, ако обективната ситуация може да създаде ефекти в тежест на правата, придобити от трети лица“.

<sup>13</sup> Според FERNANDEZ DE BUJAN, A. (*Derecho privado...cit.*, p. 500) различаваме „три вида компенсация – конвенционална, когато е резултат от споразумение между страните, законова, когато е предвидена със закон, и съдебна, когато произтича от решение на съда след поискването ѝ чрез *excerptio* от един от спорещите“.

<sup>14</sup> IG. 4.61-68.

исковете, с които ищецът получава по-малко от дължимото му<sup>15</sup>, тя е определена като процес, който действа при някои искове на преторското право, чрез които по съдебен ред се погасяват задължения.

В този смисъл трябва да говорим повече за *compensationes*<sup>16</sup>, отколкото за *compensatio* в следните случаи: компенсация при *iudicia bonae fidei*, *compensatio* на *argentarius*, *deductio* на *bonorum emptor* в рамките на процеса на удовлетворяване на кредиторите (*bonorum venditio*). По-късно един рескрипт на император Марк Аврелий въвежда компенсацията при исковете на стриктното право, по искане на ответника, чрез *exceptio doli*, вписано във формулата. Това приема и Юстиниан в IJ.4.6.30, където припомня, че компенсацията е приета в процесите *ex bonae fidei* и добавя *...sed et in strictis iudiciis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur*.

Що се отнася до *iudicia bonae fidei*, компенсацията се прилага *ope exceptionis*, с изключение на някои случаи<sup>17</sup>. За да могат кредитите и задълженията да бъдат компенсирани, те трябвало да имат общ произход (*ex eadem causa*, макар че можело да са от различно естество) и да са просрочени. В този случай компенсацията била съдебна, защото зависела от преценката на съдията дали да я има предвид или не. Ответникът запазва възможността да действа в отделен процес, без да може да му се противопостави *exceptio rei iudicata*, което показва, че фактът, че собственият кредит е противопоставен като компенсация, не води до автоматичното му приспадане чрез съдебно дело. Както посочва Гай, става дума за едно правомощие, присъщо на *officium iudicis*:

IG. 4.63.- *Liberum est tamen iudici nullan omnino inuicem compensationis rationem habere; nec enim aperte formulae uerbis praecipitur, sed quia id bonae fidei iudicio conueniens uidetur, ideo officio eius contineri creditur.*

---

<sup>15</sup> AQUIDO RUIZ, A. *Compensación en las obligaciones ex contractu entre los particulares y el Fisco*. - RGDR, 20, 2013, p. 3.

<sup>16</sup> Спв. BIONDI, B. *La compensazione nel diritto romano*. - AUPA, 12, 1929, p. 4; ID., s.v. *Compensazione*. - NNDI. T. III. Torino, 1967, p. 719.

<sup>17</sup> Това са случаите на *iudicium depositi* (*Pauli Sent.* 2.12.12 e IJ.4.6.30 *in fine.*), *iudicium commodati* (CJ.4.23.4 (*Imp. Dioclet.*)) и задълженията *ex delicto* (Вж. GUARINO, A. *Diritto privato*. 11<sup>a</sup> ed. Napoli: Jovene, 1997, p. 836; MURILLO VILLAR, A. *La extinción...*, *cit.*, p. 202.).

Съдията е свободен да извърши компенсацията, когато прецени, че това е справедливо и равноправно, но може също така да отхвърли компенсацията, както заключаваме от няколко текста в Дигестите<sup>18</sup> и както е отразено в общи линии в Институциите на Юстиниан (I.4.6.30), който твърди, че в *iudicia bonae fidei* на съдията се дава право свободно да прецени съгласно критериите за добро и справедливо колко трябва да се върне на ищеца: *In bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat.*

Компенсирането на *argentarius* се прилага в отношенията, свързани с разплащателна сметка между bankerите и техните клиенти (депозити, кредити, искове за представителство, посредничество в публични или частни продажби на търг и др.). За да бъде компенсиран bankerът, кредитите трябва да са от същия род и естество (*eiusdem generis et naturae*):

IG. 4.66.- ... *quod in compensationem hoc solum uocatur, quod eiusdem generis et naturae est; ueluti pecunia cum pecunia compensatur, triticum cum tritico, uinum cum uino, adeo ut quibudam placeat non omni modo uinum cum uino aut triticum cum tritico compensandum, sed ita si eiusdem naturae qualitatisque sit...*

Освен това кредитите трябва да са просрочени и да са изискуеми, както казва Гай (IG.4.67): *compensatur autem hoc solum, quod praesenti die debetur.*

Той приема също, че bankerът е длъжен да направи баланс на кредитите и задълженията и да подаде своите искове след компенсирание, така че претенцията му да се впише в салдото в негова полза.

IG.4.64: *Alia causa est illius actionis, qua argentarius experitur. Nam is cogitur cum compensatione agere, et ea compensatio uerbis formulae exprimitur, adeo quidem, ut statim ab initio compensatione facta minus intendat sibi dare oportere. ecce enim*

---

<sup>18</sup> D.3.5.7.2. (Ulp. l. 10 ad ed.); D.13.6.18.4 (Gai l.9 ad ed. prov.); D.16.2.7.1. (Ulp. l.28 ad ed.) y D.27.4.1.4. (Ulp. l.26 ad ed.)

*sestertium X milia debeat Titio, atque ei XX debeantur, sic intendit: SI PARET TITIVM SIBI X MILIA DARE OPORTERE AMPLIVS QVAM IPSE TITIO DEBET*

*Argentarius* трябва да извърши точна математическа операция, за да изчисли разликата и да я впише в *intentio* на формулата. Ако *intentio* се окаже грешна в смисъл да отразява по-голяма разлика от реалната, *argentarius* допуска така нареченото завишено искане (*plus petitio*) и последицата е, че губи незабавно спора: *quo fit ut si facta compensatione plus nummo uno intendat argentarius, causa cadat et ob id rem perdat*<sup>19</sup>. Обратно – ако претенцията на банкера бъде доказана, съдията ще осъди клиента му да плати исканата разлика<sup>20</sup>.

И накрая, по отношение на удовлетворяването на кредиторите, Гай съобщава, че *bonorum emptor cum deductione agere iubetur*<sup>21</sup>.

IG. 4.65.- *Item bonorum emptor cum deductione agere iubetur, id est ut in hoc solum adversarius eius condemnetur quod superest, deducto eo quod invicem ei bonorum emptor defraudatoris nomine debet.*

Това означава, че когато обявеният в несъстоятелност (*defraudator*<sup>22</sup>) е едновременно кредитор и длъжник на едно и също лице, купувачът на публичната продан (*bonorum emptor*), който е придобил ан блок имуществото на обявения в несъстоятелност (като се задължава да плати определен процент от неговите задължения), заема мястото на обявения в несъстоятелност и не може да иска от неговите кредитори целия размер на кредита, а трябва да действа *cum deductione*.

---

<sup>19</sup> IG. 4. 68

<sup>20</sup> Въпреки че за някои автори тук става дума за своеобразна законова компенсация, наложена от банковите обичаи и практики, трябва да кажем, че тя не се извършва докато не бъде постановено съдебно решение. Вж. LEPOINTE, G., R. MONIER. *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit francais*. Paris, 1954, p. 389.

<sup>21</sup> По-подробно изложение на *deductio* на *bonorum emptor*. Вж. PEREZ ÁLVAREZ, M. P. *La bonorum venditio. Estudio sobre el concurso de acreedores en Derecho Romano clásica*. Madrid: UAM Edics.- Mira edits., 2000, p. 296-327.

<sup>22</sup> В изворите присъства терминът *fraudator*. *Defraudator* се среща само в IG. 4.65. Вж. по-горе бел. 12.

След това юристът (IG. 4. 66-68) сравнява *deductio* на *bonorum emptor* с *compensatio* на *argentarius*, като изтъква разликите между тези две фигури:

- Преди всичко юристът (IG. 4. 66)<sup>23</sup> съобщава, че при компенсацията на банкера се приемат неща от същия род и естество, докато при прихващането се приемат всички кредити, дори да не са от същия род: *In deductionem autem vocatur et quod non est eiusdem generis*. Затова на *bonorum emptor*, който иска определена сума пари, може да му се противопостави кредит, чийто предмет е определено количество жито или вино.

- Втората разлика, която посочва Гай в IG. 4. 67, е че при изчислението се слага в сметката дължимото до края на срока, а се компенсира само дължимото към момента (*Item vocatur in deductionem et id quod in diem debetur; compensatur autem hoc solum quod praesenti die debetur*).

- Друга разлика според Гай (IG.4.68) е, че клаузата за *deductio* се добавя към *condemnatio* на формулата<sup>24</sup> по искане на ответника, както виждаме в IG. 4.66: *deductionem quae obicitur*<sup>25</sup>, докато компенсацията на банкера - *in intentione ponitur*. Приспадането се състои в една клауза, поставена в *condemnatio* на *formula Rutiliana* или *Serviana*, които нареждат на съдията да вземе предвид евентуалните кредити, които ответникът може да има към *fraudator*, и да ги извади от размера на осъждането; затова *bonorum emptor* не е застрашен от *plus petitio*, както би могло да се случи с *argentarius*. Това е прието по съображения за справедливост, тъй като не би било справедливо *bonorum emptor* да бъде изложен на риска от грешка при определяне на салдото, което трудно би се избегнало при поемане на управлението на чуждо имущество, за което се има само най-обща представа<sup>26</sup>. Междувременно

---

<sup>23</sup> IG. 4.66: ... *In deductionem autem vocatur et quod non est eiusdem generis; itaque si pecuniam petat bonorum emptor et invicem frumentum aut vinum eis debeat, deducto quanti id erit, in reliquum experitur.*

<sup>24</sup> За реконструкцията на клаузата за удръжката, вж. PEREZ ÁLVAREZ, M. P. *La bonorum venditio... cit.*, p. 299.

<sup>25</sup> Срв. D. 16.2.10.2-3 (Ulp. 63 ad ed.), където се съдържат изразите *deductionem opponere potest y poteri obici deductio*.

<sup>26</sup> Вж. APPLETON, C. *Histoire... cit.*, p. 159; SOLAZZI, S. *Il concorso... cit.*, II, p. 148; ID. *La compensation... cit.*, p. 67; BETTI, E. *Appunti di teoria dell'obbligazione in diritto roman.* Roma: Ricerche, 1958, p. 357; OSUCHOWSKI, W. *Quelques remarques sur la deductio bonorum emptoris et l'interpretation de D.12.2.2.* - In: *Studi in onore di Edoardo Volterra*, II, Milano: Giuffrè,

професионалните банкери (*argentarii, coactores*), а след II в. сл. Хр. и *nummularii* (единствената категория частни банкери с право да откриват депозитни сметки с чужди пари<sup>27</sup>), не се затруднявали при изчислението, тъй като водели счетоводството си по *codex rationum*, подлежащ на публичен контрол, и правели подробен регистър на своите операции<sup>28</sup>.

- Друга разлика е, че *litis contestatio* по формулата *cum compensatione* на банкера има погасително действие за взаимните отношения между *argentarius* и неговия клиент. Обратно – формулата *cum deductione* само приспада в съда кредита на *bonorum emptor* и не настъпва процесуално погасяване на кредитите на ответника, докато съдията не произнесе решение за приспадане или не отрече съществуването на насрещен кредит. От този момент нататък *bonorum emptor* можел да противопостави *exceptio rei iudicata* или *exceptio doli* срещу кредитора на *fraudator*, желаещ да предяви за втори път иск за своя кредит по съдебен ред. И в този случай според формулата решението на съдията извършва действителното компенсиране. Затова тук имаме съдебна компенсация.

Казусите на компенсиране, признати през тази епоха, имат различни функции и се подчиняват на различни режими. Единствената им обща точка е, че компенсационен ефект се поражда на процесуално ниво, *ope exceptionis*, и чрез решението на съда.

Развитието от производството *per formulas* към извънредното производство (*extra ordinem cognitio*) улеснява еволюцията на *compensatio* по посока на един единен институт от общ характер<sup>29</sup>. При формуларния процес редакцията на формулата не позволява да бъдат оценявани всички съществуващи дългове и кредити между ищеца и ответника и компенсирането се допуска само по

---

1971, p. 364-365; BONFANTE, P. *Istituzioni di diritto romano*. 10<sup>a</sup> ed. Milano: Giuffrè, 1987, p. 427.

<sup>27</sup> GARCIA MORCILLO, M. *El fenómeno de la compensación financiera in natura en época romana*. - In: *Pyrenae: revista de prehistòria i antiguitat de la Meditèrrània Occidental*, 31-32, 2000-2001, p. 91.

<sup>28</sup> Вж. монографията по този въпрос на ANDREAU, J. *La vie financière dans le monde romain. Les métiers de manieurs d'argent (IVe siècle av. J.-C.-IIIe siècle apr. J.-C.)*. Roma: École française de Rome, 1987.

<sup>29</sup> Срв. AGUDO RUIZ, A. *La compensación... cit.*, p. 3; MURILLO VILLAR, A. *La extinción... cit.*, p. 176-177.

изключение. С влизането в сила на извънредното производство - *cognitio extra ordinem*, което замества предишното през III в. сл. Хр.<sup>30</sup>, се превъзможват техническите ограничения на *ordo iudiciorum privatorum* и съдията може по-свободно да оценява аргументите на ответника, без да се подчинява на преторския текст, който му налага да осъди или оправдае ищеца в зависимост от това дали са верни или неверни условията на формулата.

III. Юстиниан въвежда законодателна реформа чрез един прочут рескрипт от 531 г. сл.Хр. - CJ.4.31.14<sup>31</sup>:

CJ.4.31.14.pr. *Imp. Iust. A Ioanni P.P.- Compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actio, nibus inter se observandae. 1.- Ita tamen ita compensationes obici iubemus, si causa ex qua compensatur liquida sit et non multis ambagibus innodata, sed possit iudici facilem exitum sui praestare...*

След едно общо описание, което разпорежда, че компенсацията се извършва по силата на правото, *ipso iure*, при всички вещни и персонални икове, както и при исковите *stricti iuris*, когато ответникът не се е позовал на *exceptio doli*<sup>32</sup>, са изложени изискванията за компенсацията.

В IJ.4.6.30 *in fine*, отново се споменава конституцията на Юстиниан, която въвежда компенсиране при всички икове с някои изключения, като например при

---

<sup>30</sup> Юстиниан съобщава в IJ.3.12.pr., че *bonorum venditio* изчезва заедно с формуларния процес през III в. сл. Хр. Също така преставя да се прилага *deductio* на *bonorum emptor* и компенсацията на *argentarius*, vid GIFFARD, A. *E et Villrers, R. Droit Romain et ancien droit français. Les obligations*. Paris: Dalloz, 1969, p. 319

<sup>31</sup> Вж. ZIMMERMANN, R. *The law of obligations. Roman foundations on the Civilian tradition*. Cape town: Juta, 1990, p. 760 ss.

<sup>32</sup> IJ.4.6.30: ... *sed et in strictis iudiciis ex recripto divini Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur...*



депозит<sup>33</sup>, заем за послужване<sup>34</sup> или лице, притежаващо със сила вещи на друго лице, срещу истинския собственик, който претендира реституция<sup>35</sup>:

IJ.4.6.30.- ... *sed nostra constitutio eas compensationes, quae iure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant sive in rem sive personales sive alias quascumque, excepta sola depositi actione...*

И в двата текста изразът *ipso iure* има значението на действие по силата на правото<sup>36</sup>, в противовес на предишното положение, при което *compensatio* се извършва по решение на съдията<sup>37</sup>. Институтът обаче не действа толкова автоматично, колкото бихме предположили - *sine facto hominis*<sup>38</sup>. Заинтересованата страна трябва да се позове на него – *obicii et oponi compensationes*, казва Юстиниан, и компенсацията трябва да бъде обявена от съдията. Дори и така, компенсацията се извършва *ipso iure*, а не *officio iudicis*, тъй като не трябва да бъркаме

---

<sup>33</sup> CJ.4.31.14.1 *IJ.f. (Imp. Iust. A. Ionnij. P.P.)*; CJ.4.34.11 (*Imp. Iustin. A. Demostheni*) е IJ. 4.6.30

<sup>34</sup> CJ.4.23.4. (*Imp. Dioclet. et Maxim. AA. Scilolae*)

<sup>35</sup> CJ.4.31.14.2 (*Imp. Iust. A. Ionnij. P.P.*)

<sup>36</sup> Още от времето на Юстиниан юристът Теофил тълкува дословно израза *ipso iure* и допуска, че компенсацията действа по силата само на закон. (Вж. Теоф. *Paraph*, 4.6.30).

В доктрината смятат, че компенсацията действа по право след реформата на Юстиниан: APPLETON, C. *Histoire de la compensation en droit romain*. – In: *Annales de la Université du Lyon*. Paris, 1895, p. 177 ss; SOLAZZI, S. *Il concorso dei creditori nel diritto romano*. II. Nápoles, 1935-43, p. 181; ID. *La compensazione nel diritto romano*. 2<sup>a</sup> ed. Napoli, 1950, p. 95; ASTUTI, G. s.v. *Compensazione... cit.*, p. 9 ss. Противно на това мнение, има автори, които считат, че Юстиниан само е генерализирал компенсацията, но не е променил функционирането ѝ, и твърди, че тя продължава да действа по съдебен ред след свободна преценка на съдията. Такива автори са, вж. PICHONAZ, P. *Da Roma a Bologna... cit.*, p. 338 ss., DOLT, J. PH. *La mise en oeuvre... cit.*, p. 160 ss.

<sup>37</sup> Няма да припомням вековните спорове и интерпретации, предложени от тълкувателите като се започне от глосаторите, относно израза *ipso iure* като опит за помиряване на изричното заявление на императорските текстове с текстовете на Дигестите, 2. съдържащи обратното решение. Вж. изложението и критиката на LONGO, C. - In: *Appendice alla traduzione de C. F. Glück*. Commentario alle Pandette libro 16, tit. 2. tr. TRINCHERI, T., C. LONGO et all. Milano, 1904, p. 243 ss.

<sup>38</sup> Израз, използван в глосата на Акурсий, където се казва, че за да породи компенсация предвиденото от закона погасително действие, ответникът трябва да се позове на нея подобно на всяко друго средство за защита. Вж. AZO, P. *Summa Codicis et institutionum*. Venetiis, 1498. – In: *tit. CJ.4.31. De compensationibus* <https://daten.digital-sammlungen.de/~db/0004/bsb00045962/images/>

упражняването на едно право с ефектите на това право. Погасяването на взаимни кредити е предвидено в закона и затова ефектът му се поражда към действителния момент, в който се провери наличието на изискванията, определени от закона, макар че ответникът трябва да се позове на погасяващия факт, както би се позовал на всяко друго правно средство за защита.

През тази епоха компенсацията вече не е оставена на преценката на съдията като в класическата епоха. Той само декларира, чрез едно декларативно решение, компенсацията, настъпила по силата на правото. Потвърждение на това обстоятелство намираме в редица пасажи, които обявяват правните последици от компенсацията и които може да си обясним само ако приемем незабавното, автоматично и по силата на правото погасяване на едновременни кредити. Определя се, че ако длъжник, който би могъл да си послужи с компенсация, е изпълнил престацията, може да я повтори чрез *condictio indebiti*, доколкото плаща несъществуващ дълг *ipso iure* и спира начисляването на лихви от деня, в който съществуват реципрочните кредити<sup>39</sup>, докато в класическия период лихви се начисляват до дата на постановяване на съдебното решение<sup>40</sup>.

След Юстиниановата реформа компенсацията се превръща в общ начин за погасяване на задължения, макар че като верен последовател на Институциите на Гай, Юстиниан не я включва в начините за погасяване<sup>41</sup> - като изискванията са идентичност на субектите-титulary на реципрочните задължения<sup>42</sup>, еднородност<sup>43</sup>, изискуемост<sup>44</sup>, ликвидност на кредитите (или да са лесни за изплащане)<sup>45</sup> и да не попадат в изключенията, каквито са депозитът, комодатът или случаят на лице,

---

<sup>39</sup> Вж. CJ. 4.31.4-5 (Imp. Iustin., a. 531)

<sup>40</sup> Вж. D.46.3.48 (Marcel. l. sing. resp.); D. 49.8.1.4 (Macer l. 2 de appellat.).

<sup>41</sup> Вж. IJ.3.29. *Quibus modis obligatio tollitur*.

<sup>42</sup> Вж. CJ.4.31.8 у 9.

<sup>43</sup> Еднородността на взаимните престации означава, че техен обект трябва да са употребяеми неща от същия род и качество. Срв. *Pauli Sent.*, 2.12.2.

<sup>44</sup> След отмяната на обратния принцип, допуснат за казуса на *deductio* на *bonorum emptor*, придобива характер на обща норма принципът на некомпенсируемост на непросрочените кредити.

<sup>45</sup> Изискването за ликвидност на кредитите е въведено за първи път с конституцията на Юстиниан. Самият император внася уточнението, че сумите трябва да са ликвидни или лесно ликвидирани, т. е. суми, чиито размер може да се узнае без особени трудности. (CJ.4.31.14.1 (Imp. Iustinianus, a.531: *si causa ex qua compensatur liquida sit et non multis ambagibus innodata...*)).

притежаващо в резултат на насилие вещи на друго лице срещу истинския собственик, който претендира връщането им.

Юстиниановите източници припомнят също така доброволната или конвенционална компенсация в случай, че не са налице изискванията за законоустановената компенсация, например поради липса на реципрочен кредит, нееднородност на кредитите или неидентичност на субектите. Чест казус, който срещаме в източниците, е когато се създава кредит, за да бъде компенсиран с предишен дълг, като например продажбата на определена вещь на кредитора или на кредитора-залогодържател със споразумение за компенсиране на кредит<sup>46</sup>. В този случай споразумението за компенсация не съществува самостоятелно, а се добавя към договора за покупко-продажба или към залога по волята на двете страни и неговото действие се упражнява от купувача чрез *actio empti*, а от кредитора - чрез задържане на дадената в залог вещь.

**IV.** След инвазията на германските племена облигационното право се връща към Юстиниановото право.

*Obligatio est iuris vinculum quo necessitate astringimur solvendae rei secundum nostra civitatis iura.*<sup>47</sup>. Тази дефиниция, дадена в Юстиниановото право и приета от съвременното частно право, е присъща на развитите общества с голям обем правни отношения. За примитивните обичаи на германските народи задължаващата връзка е строго лична и неизпълнението се възприема като доброволен акт на длъжника. В този контекст режимът на погасяване на задълженията чрез компенсация би контрастирал със структурата и правната защита на задължението, която обвинява длъжника като виновен за престъпление.

---

<sup>46</sup> Вж. D.18.1.81 Scaev. l. 7 digest.); D.20.1.16.9 (Marc. l. sing. ad form. hipoth.); CJ.5.74.1. (Imp. Diocl. et Max., a. 290)

<sup>47</sup> IJ.3.1.3.

Затова доктрината<sup>48</sup> смята, че варварските народи не познават института компенсация. Не намираме категорични свидетелства за такава нито в обичайната практика на народите, живеещи по римския закон, нито в източници от древността<sup>49</sup>.

Едва след XII век, след възраждането на римското право и научното му изследване от Болонските глосатори, има свидетелства, че е бил познат институтът на компенсацията<sup>50</sup> и в доктрината възниква спор относно правната му природа, от който произтичат различни теории, повлияли френското и германското позитивно право. Основният въпрос, който си задават глосаторите, е дали компенсацията се извършва *sine facto hominis* или действа автоматично по силата на закона. Martino<sup>51</sup> стъпва на един текст на Теофил<sup>52</sup> и защитава една стройна теория за компенсацията по закон (извънсъдебното прихващане), според което *ipso iure fit compensatio, etsi non opponatur ab homine*. Това мнение скоро е оборено от Басиан<sup>53</sup>, който в края на XII век, опирайки се на няколко пасажа от юстиниановата компилация<sup>54</sup>, отрича категорично доктрината за автоматичната компенсация и заключава, че компенсацията поражда действие след като е била противопоставена от ответника. Доктрината на Басиан е възприета от неговия

---

<sup>48</sup> Вж. ASTUTI, G., s.v. *Compensazione... cit.*, p. 13.; DOLT, J. PH. *La mise en oeuvre... cit.*, p. 162.

<sup>49</sup> Не намираме достатъчно признаци дори в източниците, произтекли от римското право. Така например срещаме два пъти думата *compensatio* в *Lex Visigothorum* (4.4.3, 10.1.9), но не с техническо значение.

<sup>50</sup> Компенсацията е позната на анонимния автор на Bracchilogus, който я споменава в едно видимо ново системно изброяване на начините за погасяване на задължения.

<sup>51</sup> Вж. BARTOLI, (1314-1357). *Commentaria in primam codicis partem*. Tit. *De compensationibus, Lugduni*. 1555, fol. 182, p. 368 en <file:///C:/Users/PP.5012701/Downloads/B049004-1.pdf>) твърди, че според Martino (-1166) компенсацията поражда права, но са необходими действия (волеизявления) на страните.

<sup>52</sup> Teof., *Paraph.*, 4.6.30.

<sup>53</sup> Срв. HAENEL, G. *Dissensiones Dominorum sive controversiae veterum iuris romani interpretum qui glossatores vocantur*. Lipsiae, Scientia, 1834, (reimpr. Leipzig, 1964), § 240, p. 422 ss.

<sup>54</sup> Става дума по-конкретно за два текста от Дигестите – единият на Паул, D.16.2.4. (Paul. I. 3 ad Sab.), а другият на Гай, D.16.2.5 (Gai, I.9 ad ed. prov.), въз основа на които Басиан заключава, че за да може да се извърши компенсация, ответникът трябва да се позове на нея.

ученик Азон<sup>55</sup> и от Акурсий<sup>56</sup>. По-късно въпросът продължава да бъде обсъждан и оспорван от коментаторите, сред които идеята за извънсъдебната компенсация *sine facto hominis* въз основа само на съществуването на един противопоставен кредит намира някои привърженици, но преобладаващата доктрина смята, че компенсацията е обусловена от позоваването от ответника на факултативното възражение<sup>57</sup>.

В края на XII век Плацентин<sup>58</sup> смята, че компенсацията премахва напълно използването на искове. За този юрист компенсацията е налице само ако на нея се позове заинтересованото лице пред съдията, който трябва да прецени отговаря ли тя на условията да бъде допусната – ликвидност, изискуемост и т.н. Така се оказва, че компенсацията е съдебна, извършва се по силата на постановено от съдията решение.

От своя страна Бартолус<sup>59</sup> се обявява през XIV век за привърженик на теорията на Басиан. Според него възражението за компенсация трябва да бъде противопоставено от заинтересованото лице; макар че компенсацията е автоматична, тя може да произтича само от акт на една от страните. За Бартолус, следван от Балдус<sup>60</sup>, компенсацията действа само когато страните са изразили

---

<sup>55</sup> AZO, P. *Summa Codicis et institutionum*. Venetiis, 1584, Lib. 4 De compensationibus, in tit. CJ.4.31, : *et dixerunt quidem eam fieri ipso iure, ut etiam hominis facto non sit opus. Et dicunt, ius ipsum compensat. Sed ego puto eam ipso iure tunc demum fieri, cum a partibus est opposita.*

<sup>56</sup> Accursius, *Glossa ipso iure ad CJ.4.31.4.* - *Ipsa iure: Not. pro M. (Martinus) quod ipso iure fit compensation, etsi non opponatur ab homine, ut hic et infra eadem l. fin. (CJ.4.31.4). Sed lo (Iohannes Basianus) dicit eam fieri tunc demum cum ab homine opposita fuerit(...) nam si ius ipsum compensaret, non esset in hominis potestate cum quo debito compensatur, quod tamen lex dicit (...)* (Gl. *Ipsa iure ad Cl 4.31.4.*, ed. Lyon, 1627), цитиран от PICHONNAZ, *Da Roma... cit.*, p. 345.

<sup>57</sup> Вж. Монографичният трактат на MEDICIS, S. *Tractatus de compensationibus*. Florentiae, 1573, quaest. XXXI §1 ss., p.106 ss.

<sup>58</sup> PIETRUS PIACENTINUS (- 1194). – *In: Codicis dn. Iustiniani sacratissimi principis ex repetita praelectione libros IX summa*, Parisiis, 1553, p. 244, In librum quartum, Título XXXI: *Nunc dicamus de compensationibus, quibus ipso iure actiones perimuntur.*

<sup>59</sup> BARTOLIJ. *Commentaria in primam codicis partem*, Título *De compensat.*, Lex IV, Lugduni, 1555, fol. 156, p. 313: *Quaerit glossa utrum hoc sit verum quod compensatio fiat ipso iure, absque aliquo facto hominis, Martinus dicit quod sic, Joannes (Basiano) dicit quod non, nisi opponatur. Istam opinionem Joannis tenet Dynus, et est ipsa veritas-* [https://bvpb.mcu.es/es/catalogo\\_imagenes/grupo.do?path=174006](https://bvpb.mcu.es/es/catalogo_imagenes/grupo.do?path=174006)

<sup>60</sup> Baldus възприема изцяло тази доктрина и я изразява така: *ut fiat compensatio, requeritur voluntas compensationis et pro hoc videtur, quod ad exigendum debitum ipso iure non est necesse; quod compensatio obiciatur in iudicio, sed videtur sufficere, quod quis extraiudicium*

волята си да компенсират. Така една извънсъдебна декларация, с която страните изразяват волята си да компенсират дълга с противопоставен кредит, води до пълно погасяване на взаимните задължения. За тези автори необходимото изискване за това не е компенсацията да бъде противопоставена по съдебен ред, а волята на длъжника да компенсира.

Така в края на XIV век има три различни доктрини за правната природа на компенсацията – автоматична компенсация (Мартинус), съдебна компенсация (Плацентин) и доброволна компенсация, заявена по съдебен или извънсъдебен ред (Бартолулус). Тези три теории упражняват значително влияние върху по-късните тълкуватели както във Франция, така и в Германия.

V. От XVI век нататък, в Кралство Франция мнозинството юристи приемат доктрината за извънсъдебната компенсация<sup>61</sup>. Domat<sup>62</sup> и Pothier<sup>63</sup>, създателите на кодификацията, смятат, че компенсацията действа, дори и страните да не съзнават това<sup>64</sup>. Тя е извънсъдебна, защото действа по силата на закона от момента, в който страните станат длъжници една към друга, т.е. от момента на едновременното съществуване на двата дълга. За тази компенсация не е необходимо нито противопоставяне от страната, нито намеса на съдията, и ако ответникът пропусне да я поиска, съдията трябва да се произнесе служебно.

Тази доктрина е възприета от авторите на Наполеоновия кодекс в член 1290: *La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des*

---

*dicat, ego compenso tecum illud, quod debes mihi cum illo quod a me petis...* [BALDI Ubaldi Perusini, *Commentaria in secundum Digesti veteris partem. Commentaria, Tit. 2 De comp., lex IV, Venetiis, 1586, fol. 102r, p. 209* <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=ucm.5310171239&view=1up&seq=210&size=125&q1=com pensatio>

<sup>61</sup> Вж. член 105 на Nouvelle Coutume de Paris, написана през 1850, където четем: „*Compensation a lieu d'una debta claire et liquide, à una outra pareillement claire et liquide, et non autrement*“. Макар че от текста не може да се прецени дали става дума за компенсация по закон, повечето коментатори го тълкуват така. Вж. DOLT, J. PH. *La mise... cit.* p. 179 и цялата библиография, цитирана от автора в бележка 127.

<sup>62</sup> DOMAT, J. *Les lois civiles dans leur ordre naturel*. Paris, 1777, tit. II, sec.I, № 4, № 6, p. 319-320.

<sup>63</sup> POTHIER, R. J. *Traité des obligations... cit.* II, p. 141 ss.

<sup>64</sup> Мнение, което защитава CUYACIO, J. (1520-1590). *Opera Omnia*. II, com. In lib IV Cod., Título XXXI, Napoli, 1837, p. 248.

*débiteurs; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives.* По-късно, чрез юриспруденцията се ограничава характерът на института на принудително плащане съгласно разпоредбата на чл. 1290 и се определя, че длъжникът, който иска компенсация, трябва да предяви искането си пред съда<sup>65</sup>. Съвременната регламентация<sup>66</sup> - чл. 1347 и 1348 на френския Граждански кодекс, отразява тази еволюция и определя, че компенсацията действа, „ако бъде предявено искане за нея“, и има ефект с обратна дата „от датата, на която бъдат изпълнени нейните условия“. От своя страна чл. 1348 определя, че съдията може да постанови съдебна компенсация, когато едно от задълженията не е ликвидно или изискуемо, в който случай действието се поражда „от датата на съдебното решение“. Втори параграф на последната разпоредба допуска конвенционална компенсация, решение за която страните са взели свободно.

В Германската империя, където се извършва рецепция на римското право като суплеторно право – *gemeines Recht* – компенсацията може да бъде допусната само в регионите, където обичаите не я забраняват. Коментаторите на *gemeines Recht* защитават най-вече доброволната и съдебната компенсация. Преди кодификацията, германските пандектисти спорят относно значението на израза *ipso iure compensari*, квалифицирано от Windscheid<sup>67</sup> като голямата загадка на римската теория. Преобладава идеята, че компенсацията се основава на волята за компенсиране, заявена от длъжника и когато длъжникът се позове на нея, реципрочните кредитни права се погасяват *ipso iure* от момента на едновременното съществуване на двата кредита. Виждаме, че доктрината, възприета от германския законодател в момента, когато се пише Гражданският кодекс от 1896 г., (който влиза в сила през 1900 г.), в действителност е резултат от продължителната еволюция, която тръгва от тезата на Бартолус. Германският Граждански кодекс (BGB)

---

<sup>65</sup> Вж. SOLE FELIU, J. La compensación... *cit*, p. 6 y 7.

<sup>66</sup> Въведена с *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*.

<sup>67</sup> WINDSCHEID, B. *Lehrbuch des Pandektenrechts*, IV, Frankfurt, 1900, § 348, n. 3, § 349, n. 10 (tr. Italiana, *Diritto delle pandette*, Torino, 1904, p. 342 ss.); DERNBURG. *Pandekten*. II. Berlin, 1901, § 62 ss. (traduc. Italiana, *Pandette (Diritto delle Obligazioni)*, II, 6<sup>a</sup> ed., tr. BERNALDI, F. Torino, 1903, p. 253 ss).

постановява в § 388, че компенсацията се извършва между просрочени задължения (когато не са подчинени на някакво условие) чрез декларация към другата страна<sup>68</sup>, като се допуска компенсационен ефект на извънсъдебните декларации, а § 389 определя, че ефектът на компенсацията е, че взаимните кредити се считат за погасени до равния им размер от момента, в който стават компенсирани, т.е. от момента, в който започват да съществуват едновременно<sup>69</sup>. Така към погасителната функция на задължението като платежен инструмент се прибавя една гаранционна функция, а именно идеята, залегнала в основата на принципа, че компенсацията поражда ефект преди да бъде ефективно заявена, макар да трябва да се чака декларацията, за да се задейства този ефект<sup>70</sup>.

Във всяка от тези системи изразът *ipso iure* има различно значение. За привържениците на компенсацията по закон, тя действа по силата на закона от момента на едновременното съществуване на двата кредита. За привържениците на доброволната или съдебната компенсация, същата поражда ефект, когато една от страните заяви волята си за компенсиране или когато компенсацията е била допусната от съда. В действителност разногласието между двете доктрини е относно елемента, генериращ компенсацията. На практика и в двете уредби моментът, от който започва да действа (с обратна дата) ефектът на компенсацията съвпада с момента, от който започва едновременното съществуване на взаимните и ликвидни кредити<sup>71</sup>, което допринася за сближаването на двете уредби.

**VI.** Испанският Граждански кодекс (ГК), под влиянието на френския Граждански кодекс, счита компенсацията за начин на погасяване на задължения. Член 1156 ГК гласи: Задълженията се погасяват: (...) чрез компенсация.

---

<sup>68</sup>§ 388 BGB: *Die Aufrechnung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil. Die Erklärung ist unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben wird.*

<sup>69</sup> § 389 BGB, отнасящ се за компенсацията, определя: *Die Aufrechnung bewirkt, dass die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind.*

<sup>70</sup> SOLE FELIU, J. *La compensación... cit.* p. 8.

<sup>71</sup>Вж. PICHONNAZ, P. *The retroactive effect of set-off (Compensation).* - In: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 68, 2000, p. 541 ss.



Според разпоредбата на член 1195 ГК, компенсацията се осъществява по силата на закона, когато две лица по право са реципрочни кредитори и длъжници едното на другото. Непосредственият ѝ ефект е погасяване и на две задължения до равния им размер (член 1202 ГК) от момента, в който бъдат налице необходимите изисквания, макар взаимните кредитори и длъжници да не знаят за нея и дори преди да се противопоставят пред съда, най-малкото защото законната компенсация съставлява един вид съкратено плащане<sup>72</sup>. Обаче въпреки буквалното съдържание на разпоредбата на член 1202 ГК *in fine*<sup>73</sup>, истината е, че компенсацията не действа по толкова автоматичен начин. Напротив - кредиторът-длъжник трябва да поиска компенсацията пред съда<sup>74</sup>, чрез насрещен иск<sup>75</sup> поради исковия характер на гражданското производство и поражда ефекта на пресъдено нещо. След като компенсацията бъде призната от съда, нейното действие е с обратна дата от

---

<sup>72</sup> Така я квалифицират DIEZ-PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial III. Las relaciones obligatorias*. Madrid, 1996, p. 530; O'CALLAGHAN, X. *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*, Madrid, 1996, p. 1112; PUIG PENA, F. *Tratado de Derecho Civil español. T. IV, Obligaciones y contratos. 1. Teoría general de la obligación*. 2ª ed. Madrid, 1958, p. 391; JIMENEZ MANCHA, J. C. *La compensación de créditos* Madrid, 1999, p. 434, p. 435; OLIVENCIA, M. *La compensación en la quiebra y el artículo 926 del Código de comercio*. - In: *ADC*, XI (1958), fasc. 3, p. 813 ss., p. 823 ss.

От своя страна, LACRUZ, J. L. [*Elementos de derecho civil III. Derecho de obligaciones*. I. 2ª ed. Madrid, 2000, p. 294] я смята за средство, заместващо плащането, което понякога нарушава изискванията на плащането. ALBALADEJO, M. *Derecho civil II Derecho de obligaciones*. 11ª ed. Barcelona, 2002, p. 312 говори за един вид суброгация на плащането. В същия ред на мисли - BERCOVITZ, R. *Comentarios al Código civil*. Pamplona, 2001, p. 1413. В юриспруденцията се смята за съкратена форма на плащане чрез връщане и реципрочност, вж. Решение на Върховния съд STS от 26 ноември 1991 г., (RJ 1991/8482); 27 юни 1995 г. (1995/5122); 24 март 2000 г. (RJ 2000/2486).

<sup>73</sup> Чл. 1202 ГК ...Ефектът на компенсацията е погасяване на единия и другия дълг до общия им размер, макар кредиторите и длъжниците да не го знаят.

<sup>74</sup> Компенсацията не може да бъде постановена служебно от съдията, тъй като страните трябва да са дали своето съгласие в съответствие с общия принцип, че никой не може да бъде лишен от имущество или принуден да придобие права или да упражнява правомощия без неговото съгласие. По-конкретно компенсацията може да бъде отказана (чл. 1198-1º ГК), така че който плаща при положение, че може да компенсира, не извършва плащане на недължимо.

<sup>75</sup> Член 408.1 на Закона за гражданското съдопроизводство (наричан занапред ЗГС): *Ако срещу претенцията да бъде осъден да плати определена сума пари ответникът се позове на наличието на компенсируем кредит, това позоваване може да бъде оспорено от ищеца по предвидения начин за контестация/отговор на насрещния иск, макар ответникът да претендира само опрощаване, а не присъда за плащане на салдото в негова полза..*

действителния момент, в който са били изпълнени изискванията. Това становище е застъпеното от Върховния съд в множество негови решения<sup>76</sup>.

За да се получи погасителният ефект, чл. 1196 ГК изисква задължително да са изпълнени следните условия:

- Всяко от задължените лица да е самостоятелно и пряко задължен длъжник и същевременно да е основен кредитор на другото лице;

- Дълговете да са еднородни, в смисъл и двата да са в пари<sup>77</sup> или в консумируеми вещи от същия род и качество. По отношение на консумативите (които, както казва римската юриспруденция, може да се преброят, претеглят или измерят и може да се разменят без да се промени икономическата и социалната им функция) испанският Граждански кодекс използва неправилно термина „вид“ като казва „от същия вид и качество“. Като се има предвид, че *species* се противопоставя на *genera*, в сегашната си редакция испанският Граждански кодекс казва обратното на това, което в действителност е искал да каже, тъй като целта на тази разпоредба е да се избегне компенсирането на специфични, индивидуализирани или определени неща и да се избегне по този начин изпадането в спор относно стойността на едните и другите<sup>78</sup>. Затова би трябвало да каже от същия „род“ и качество;

- Дълговете трябва да са просрочени съгласно изискването на алинея 3 на член 1196;

---

<sup>76</sup> Вж. Решение на Върховния съд STS от 16 ноември 1993 г., (RJ 1993/ 9088), 18 декември 2011 г. (RJ 2001/9804), 26 юни 2002 г. (RJ 2002/5501), 15 февруари 2005 г. (RJ 2005/1672) и 21 декември 2006 г., (RJ 2007/308), 30 декември 2011 г. (RJ 2011/173), 18 февруари 2013 г. (RJ 2012/2021), 5 март 2019 г. (RJ 2019/721) и др. В последните три споменати решения е указано по този въпрос: „Ефектите на компенсацията настъпват автоматично или *ipso iure*, с погасяването на задълженията до общия им размер, и с ефективност *ex tunc*, но тази автоматичност се отнася повече до ефикасността им отколкото до начина, по който се случват. Така че този ефект не настъпва, докато не бъде заявен от един от взаимните кредитори, и в този момент действа сякаш погасяването на насрещното отношение е било потвърдено към момента на пораждаване на второто от тях“.

<sup>77</sup> Като така са компенсирани само дълговете в пари, макар да не е нужно да са изразени в една и съща валута, защото в качеството им на дългове с цена е достатъчно да могат да се изчислят на обща основа с оглед извършване на компенсацията (Artículo 577 LEC).

<sup>78</sup> Срв. реквизитите на компенсацията като форма на разплащане и механизъм за банково компенсиране у LOPEZ VILAS, R. *Los requisitos... cit.* - In: *Estudios de Derecho bancario y bursátil: homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, coord. Antonio Polo, II, 1994, p. 1518.

- Някои автори<sup>79</sup> критикуват обстоятелството, че това изискване е зададено отделно от изискуемостта (посочена в алинея 4 заедно с изискването за ликвидност) с аргумента, че тук има повторение доколкото всеки просрочен дълг е изискуем. Според мен обаче са прави авторите<sup>80</sup>, които смятат че това не е толкова погрешно, тъй като в някои случаи един просрочен дълг може да не бъде изискуем. Така е при натуралните задължения, които още в римското право се характеризират с несъществуването на акция за защитата им, но пораждат други правни последствия като *solutio retentio*. Понастоящем натуралното задължение продължава да е неизискуемо, което не дава възможност за компенсиране/прихващане съгласно член 1196-4 ГК. Не са изискуеми, тъй като не са просрочени условните или срочните задължения [(*quod in diem debetur non compensabitur*, D. 16.2.7 (*Ulp. l.28 ad ed.*))];

- Да са ликвидни и изискуеми. Алинея 4 на чл. 1194 ГК изисква задълженията, които ще се компенсират, да са ликвидни и изискуеми. Ликвидността се състои в точно определяне на размера на двете задължения и прихващането е невъзможно, ако единият от кредитите не е потвърден или не е извършено плащане в процеса. Още в Юстиниановото право, което въвежда за първи път изискването за ликвидност, се поставя въпросът дали трябва да се смятат за ликвидни сумите, чиито точен размер може да се узнае без много заобиколки<sup>81</sup>, като се допуска решението да се смятат за компенсируеми лесно ликвидирруемите дългове. Испанската юриспруденция смята за ликвидни задълженията, чиято обща сума не е изразена с точност, но чийто размер може да се определи с точност чрез една

---

<sup>79</sup> Вж. LOPEZ VILAS, R. *Los requisitos... cit.*, p. 1516 y 1519. За други автори обаче не е толкова погрешно да се разграничат двете изисквания в кодекса, доколкото има случаи, в които даден просрочен кредит не е изискуем. Вж. VAZQUEZ IZURUBIETA, C. *Artículo 58. Prohibición de compensación. Comentarios a la Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 de julio*, Madrid, 2003, p. 534. Така е при натуралните задължения, които още от римското право се характеризират с това, че нямат иск за тяхната защита, но пораждат други правни последствия като *solutio retentio*. Понастоящем натуралното задължение продължава да се характеризира с неизискуемост, което не позволява компенсиране съгласно разпоредбата на член 1196-4<sup>o</sup> del ГК. Не са изискуеми, тъй като не са просрочени, и условните или срочните задължения [(*quod in diem debetur non compensabitur*, D. 16.2.7 (*Ulp. l.28 ad ed.*))].

<sup>80</sup> Вж. VAZQUEZ IZURUBIETA, C. *Artículo 58. Prohibición de compensación. Comentarios a la Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 de julio*, Madrid, 2003, p. 534.

<sup>81</sup> Вж. CJ.4.31.14.1, *Imp. Justin.*, p. 530.

проста аритметична операция. Това мнение е изложено в решенията на Върховния съд от 12 април 1921 г. и 13 ноември 1924 г. и е потвърдено в по-късни решения като например това от 3 юли 1978 г. (номер 428/1978);

- Освен посоченото по-горе, не трябва да имат наложено задържане<sup>82</sup> или да са предмет на спор с трети лица, както и да са своевременно съобщени на длъжника<sup>83</sup>. Не може да се компенсират кредити, които, на каквото и да било правно основание, са предмет на конфликт с трето лице, за който е уведомен техният титуляр. Целта е да се избегнат измами в ущърб на трети лица. Не може да се компенсират и дълговете, по отношение на които има забрана по закон, като например – още в римското право – задължението да бъдат върнати вещите, депозирани или дадени в заем за послужване (член 1200 ГК), дълговете, произтичащи от задължението за плащане на бъдещи алименти (член 151 ГК) и дълговете, произтичащи от отговорност *ex delicto*. Не може да се компенсират също така дългове, предполагащи кредити или права върху неподлежащо на заповор имущество, тъй като основанието за тяхната незаповорируемост е да се защити екзистенц-минимумът на лицата като заплати, пенсии, социални плащания и др. (чл. 607 на Закона за гражданското съдопроизводство).

Освен компенсацията по закон испанската доктрина и юриспруденцията признават съществуването на други два вида компенсация<sup>84</sup> - съдебна компенсация

---

<sup>82</sup> За някои автори кодексът изпада в техническа неточност като използва термина задържане, тъй като *ius retentionis* действа единствено за движимо, употребимо и неабстрактно имущество, поради което за предпочитане е терминът *embargo*.

<sup>83</sup> Не може да се компенсират кредити, които на каквото и да е основание са обект на какъвто и да било конфликт с трето лице, за който титулярът знае. Целта е да се избегнат измами в ущърб на трети лица, допълнена от самото изискване за съдебно уведомяване на длъжника. Не може да се компенсират и дългове, над които тежи забрана по закон, като задължението (още от римското право) да бъдат върнати вещите, депозирани или дадени за послужване (чл. 1200 ГК), дългове, произтичащи от задължението да се плащат бъдещи алименти (член 51 ГК) и дълговете, произтичащи от отговорност *ex delicto*. Не може също така да се компенсират дългове, които предполагат кредити или права върху неподлежащо на заповор имущество, тъй като основанието за тяхната незаповорируемост е да се защити екзистенц-минимумът на лицата във вид на заплата, пенсия, социалноосигурителни плащания и др. (Член 607.2 LEC).

<sup>84</sup> Вж. Решение на Върховния съд STS от 7 юни 1983 г. (RJ 1983/7000), което разграничава ясно трите вида компенсация.

и конвенционална или договорна компенсация, последната на основание чл. 1255 ГК, т.е. на основание автономия на волята на страните и свобода на договарянето<sup>85</sup>.

Съдебна компенсация имаме, когато не са изпълнени всички изисквания за компенсация по закон. В този смисъл в Решението на Върховния съд от 17 юли 2014 г. (RJ 2014/4081) се посочва, че „така наречената съдебна компенсация е допусната в множество решения на този съд, в които се определя като „един вид компенсация, при която не се изисква да са налице всички условия, определени в Кодекса за компенсацията по закон, и която е разпоредена с решение на правораздавателния орган в резултат на съдебен процес“ (Решение на Върховния съд STS от 17 юли 2000 г. (RJ 2000/6803). Имам едно правомощие на съдията, което може да бъде приложено, когато не е изпълнено някое от изисквания на закона или когато не са налице условията за доброволно компенсиране, но е доказано наличието на насрещни задължения... и страните са кредитори и длъжници по собствено право, макар че не се изисква да са изпълнени всички изисквания на Гражданския кодекс, за да е основателно извършването на компенсация по закон.

В крайна сметка съдебната компенсация се постановява от съдията, когато кредитите отговарят на всички изисквания на закона и отстраняването на неизпълнението на тези изисквания може лесно и бързо да се определи<sup>86</sup>. Тази компенсация става чрез насрещен иск, тъй като съдията трябва да се произнесе относно първоначално неизпълненото изискване<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> Решение на Върховния съд STS от 9 октомври 2014 г. (RJ 2014/5141) определя, че става дума за вид компенсация съгласно принципа за автономия на волята и свобода на договарянето по член 1225 ГК без други ограничения, освен включените в тази разпоредба – необходимите закони, морала и обществения ред, с ефекти, които трябва да се търсят в съдържанието на волята на страните, определящо пределите на компенсационното споразумение, което функционира като правна сделка, в която ефектите се привеждат в точно съответствие с волята страните.

<sup>86</sup> Както казахме, обикновено съдебна компенсация се извършва, когато не са изпълнени изискванията за изискуемост и ликвидност. Вж. Решение на Конституционния съд от 7 юни 1893 г. (RJ 1983/7000). Обаче съдията има възможност да компенсира неизпълнението на другите изисквания, вж. DIEZ-PICAZO, L. *Fundamentos...cit.*, p. 513; LACRUZ, J.L. *Elementos... cit.*, II/1, p. 430; LOPEZ VILAS, R. *Comentarios a los artículos 1195 a 1202 del Código civil en M. Albaladejo (Dir.) Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. T. XVI, vol. I, 2ª ed. Madrid, 1999, p. 519.

<sup>87</sup> Вж. Решения на Конституционния съд от 7 юни 1983 г. (RJ 1983/7000), 11 октомври 1988 г. (RJ 1988/7409) 24 март 1994 г. (RJ 1994/2173), 9 април 1994 г. (RJ 1994/2739) и 7 декември 2007 г. (RJ 2007/8909).

Конвенционална или договорна компенсация е доброволно договорена от страните. Тя компенсира неизпълнението на едно или няколко изисквания на закона. Тези споразумения може да се добавят *ex continenti* в момента на учредяване на правното отношение или *ex intervallo*, в последващ момент и трябва да са изрични<sup>88</sup>. В съответствие с автономността на волята и свободата на договаряне по чл. 1255 ГК, възможностите на споразумението може да са много широки и без други ограничения освен определените в тази разпоредба - императивните норми, морала и обществения ред<sup>89</sup>, и може да се отнасят за което и да било изискване по чл. 1197 на ГК, да пораядат ефекти, които трябва да се търсят в съдържанието на волята на страните, като единственото изискване е да е налице субективният повод, реципрочност в позициите на кредитора и длъжника и да не се нанася ущърб на трети лица.

**VII.** По отношение на несъстоятелността римското право допуска компенсиране от съображения за справедливост, тъй като би било несправедливо кредиторът-длъжник да отговаря изцяло за своя дълг при положение, че ще получи само някакъв процент от своя кредит<sup>90</sup>.

В сравнителното право виждаме, че допускането или недопускането на компенсацията в различните страни от нашето обкръжение зависи от това, което се

---

<sup>88</sup> В доктрината изискват „изрична воля“ по отношение на договорената компенсация: DIEZ-PICAZO, L. *Fundamentos... cit.*, p. 561; ALBALADEJO, M. *Estudios de derecho civil*. T. II, vol. 1, Barcelona, 1967, p. 315; LOPEZ VILAS *Comentarios... cit.*, p. 413; GALAN LOPEZ, C. *Algunas cuestiones en torno al régimen de compensación de créditos en la Ley Concursal de 2003, Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 2743.

<sup>89</sup> Вж. Решение на Върховния съд STS от 7 юни 1983 г. (RJ 1983/7000), което определя конвенционалната компенсация като „вид компенсация в съответствие с автономността на волята и свободата на договаряне по член 1225 ГК, без други ограничения освен съдържащите се в тази разпоредба - нужните закони, морала и обществения ред, и с действие, което трябва да се търси в съдържанието на волята на страните, определящо пределите на компенсаторното споразумение; същото функционира като правна сделка, в която ефектите се адаптират с точност към волята на сключилите го страни“.

<sup>90</sup> Вж. по-горе фигурата *deductio* на *bonorum emptor*.

придава на този институт<sup>91</sup>. Като цяло, системите, които подобно на френския Граждански кодекс възприемат компенсацията като фиктивно и съкратено плащане *ope legis*, не я допускат, защото след обявяване на несъстоятелността плащането противоречи на принципите, върху които се основава законодателната уредба при обявяване длъжника в несъстоятелност<sup>92</sup>. Това е залегнало в член 107.4<sup>o</sup> на Закон 85-98 от 25 януари 1985 г., относно оздравяването и съдебната ликвидация на предприятията, въпреки че юриспруденцията допуска компенсирането на така наречените свързани дългове<sup>93</sup>; по-късно този аспект е признат със закон<sup>94</sup>.

Обратно – в германското право<sup>95</sup> и в *Common Law*<sup>96</sup>, които се опират на справедливостта и на схващането за компенсацията като гаранция, допускат тя да разгърне действието си<sup>97</sup>.

В испанската правна уредба Законът за фалита от 9 юли 2003 г. (наричан по-долу ЗФ) е претърпял около тридесет изменения. В името на правната сигурност

---

<sup>91</sup> Вж. ROJO AJURIA, L. *La compensación... cit.*, p. 36 ss.

<sup>92</sup> Компенсация не допускат страните, които се придържат към модела на *Code civil*, например белгийското право, стария Граждански кодекс на Италия от 1865 г. Вж. за Испания съгласно отменения член 58 на Закона за фалита и сегашния член 153 на Преработения текст на Закона за фалитите, отразяващ традиционната испанска доктрина, която поради липсата на законови разпоредби, уреждащи компенсацията при фалит, считаше за недопустимо компенсирането на кредитите с дългове на обявения във фалит. Сред латиноамериканските страни може да споменем Аржентина, Чили и Мексико.

<sup>93</sup> Вж. RIPERT, G., R. ROBLOT. *Traité de droit commercial*. T. II. 15<sup>e</sup> ed. Paris: LGDJ, 1993, p. 1062 ss.

<sup>94</sup> Вж. Art. 22 de la *Ordonnance № 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté*, с който се изменя чл. L 622-7 на *Code de Commerce*.

<sup>95</sup> Една от страните, които я допускат, е Германия. § 53 и § 56 на *Konkursordnung*, действала до 1, януари 1996 г., изискват кредитите да са реципрочни, и се допуска компенсация *ex dispari causa*, *ex dispari specie* и дори с непросрочени кредити към момента на компенсирането. Действащата понастоящем нормативна уредба *Insolvenzordnung*, публикувана на 5 октомври 1994 г. и влязла в сила на 1 януари 1999 г., е запазила подобен критерий в § 95. Като цяло всички законодателства на страните, принадлежащи към германската група, запазват подобни разпоредби, като например Австрия, Дания, Холандия, Унгария, Швейцария и др., както и италианският Граждански кодекс от 1942 г.

<sup>96</sup> В Англия - *Insolvency Act* от 1986 г. и *Insolvency Rules* от 1986 г., в частност правило 4.90, признава, че ако в началото на фалита е имало взаимни кредити или взаимни споразумения, се прави баланс на дължимото от всяка страна и се компенсират сумите, освен ако кредиторът е знаел за наличието на искане за обявяване във фалит в момента на пораждаване на кредита. Канада и САЩ също допускат компенсация.

<sup>97</sup> Подробен списък за страните, привърженички на едната и на другата позиция вж. BAENA BAENA, P. J. *La compensación en las cuentas corrientes bancarias*. Madrid, 1999, p. 119 - 120; ROJO AJURIA, L. *La compensación... cit.* p. 437.

беше преценено, че трябва да бъде приет един преработен текст, като беше делегирано на правителството да урегулира, да направи по-ясни и да хармонизира променените текстове на закона (чл. 85 ЗФ). Преработеният текст не можеше да включва изменения на текстове по същество, но промени структурата и редакцията на някои разпоредби<sup>98</sup>. Такъв пример е член 153 относно несъстоятелността на Законодателен кралски указ 1/2020 от 5 май, с който е приет Преработеният текст на Закона за фалита (ПТЗФ). Тази разпоредба определя (както определяше член 58 на Закон 22/2003 от 9 юли за фалита (наричан по-долу ПТЗФ) следното: След като бъде обявен фалит не е основателно да се извършва компенсирание на кредитите и дълговете на обявения във фалит, макар че в новата редакция е добавено „с изключение на произтичащите от едно и също правно отношение“. Не става дума обаче за компенсация в строгия смисъл на думата, а за прекратяване на едно единствено синалагматично отношение, както гласи Решение на Върховния съд STS от 17 октомври 2018 г. (RJ 2018/4607): „С оглед приложението на член 58 на Закона за фалита трябва да се прави разлика между компенсирание на кредити и прекратяване на взаимните отношения по един двустранен договор. Както казахме в Решения 428/2014 от 24 юли и 473/2017 от 20 юли и цитираните в тях решения, едно е компенсацията на кредити сама по себе си, при която две реципрочни задължения, произтичащи от различни кредитни отношения, се погасяват до общия им размер, и друго – прекратяването на едно единствено синалагматично договорно отношение, от което са произтекли задължения за едната и другата страна“.

Забраната за компенсация съгласно член 153.2 на Преработения текст на Закона за фалита засяга кредитите на обявения във фалит, но не обхваща кредитите срещу масата<sup>99</sup>. Разпоредбата добавя: Изключение се прави за разпоредбите на международното частно право<sup>100</sup>. Член 727 на Преработения текст

---

<sup>98</sup> Конституционният съд пояснява в свое решение 166/2007 от 4 юли, че преработката, която законодателят възлага на правителството „*привнася новаторско съдържание, без което би била лишена от смисъл*“..

<sup>99</sup> Решение на Конституционния съд от 15 декември 2020 г. (RJ 2020/5431)

<sup>100</sup> Това изключение се съдържаше вече в чл. 58 на ЗФ, който допускаше компенсация в случай на трансгранична несъстоятелност, подобно на определеното в



на закона за фалита допуска компенсирание при трансгранична несъстоятелност, по подобие на разпоредбите на Регламент (ЕС) на Европейския парламент и Съвета от 20 май 2015 г. относно производството по несъстоятелност<sup>101</sup>. В крайна сметка испанското законодателство не приема за основателно компенсирането в това производство освен в случаите, когато изискванията за производството по несъстоятелност са били налице преди обявяването на несъстоятелността (чл. 153.1 Преработен текст на закона за фалита)<sup>102</sup>, което означава, че в случая задълженията са компенсирани без ограничения и съгласно разпоредбите на ГК (членове 1195 и 1196 ГК). Обратно – когато кредитите, подлежащи на компенсирание, са сключени преди това и не са изпълнени изискванията на член 1196 ГК, действията забраната за компенсация по член 152.2 докато не бъде обявен фалитът.

Общата забрана на компенсацията е обект на критики<sup>103</sup> затова, че не отразява постулатите на законодателствата на страните от нашето обкръжение, които допускат компенсацията. Тази изрична забрана обаче е съзвучна с нашата доктрина в търговското и гражданското право<sup>104</sup>, както и с доктрината в

---

Регламент (СЕ) 1346/2000 на Съвета от 29 май относно производството по несъстоятелност в Официалния вестник на Европейския съюз (ОВ) номер L. 160, от 5 юни 2000 г.

<sup>101</sup> Чл. 9 на Регламент № 2015/848 на Съвета от 29 май относно производството по несъстоятелност, в: Официалния вестник на Европейския съюз (ОВ) номер. L. 141/19, от 5 юни 2015.

<sup>102</sup> Чл. 153.1 на Преработения текст на закона за фалита, подобно на чл. 58 на Закона за фалитите, че: Компенсацията, изискванията за която са били налице преди обявяването на фалита, поражда пълен ефект, макар да е поискана след обявяването на фалита или след съдебното решение или административния акт, с който е постановена. Новото тук е пояснението, което прави законодателят в края на алинея 1: Фактът, че кредиторът е съобщил на синдика за съществуването на кредита не е пречка да бъде обявена компенсацията.

<sup>103</sup> Становището на Икономическия и социален съвет (ИСС) [Вж. CES, Dictámenes 2001, Madrid, 2001, p. 76] критикува несъответствието на член 57 на Проекта за закон за фалита от 2002 (подобен в редакцията си на член 58 на Закона за фалита и на чл. 153.2 на Преработения текст на закона за фалита) с разпоредбата на Регламент ЕО 1346/2000 относно производството по несъстоятелност, благоприятна като цяло по отношение на трансграничната компенсация. Вж. PULGAR, J. *El Proyecto de LC de 2002: una aproximación crítica*. – In: *AJA*, año XII, nº. 550, de 24 de octubre de 2002, p. 5. Anteriormente, el Dictamen del Consejo Económico y Social (CES) [Вж. CES, Dictámenes 2001, Madrid, 2001, p. 76].

<sup>104</sup> Вж. POLO, T. *Comentario a la STS de 10 de diciembre de 1941*. – In: *RDPr*, 1942, p. 657 ss; GARRIGUES, J. *Curso de derecho mercantil*. II. Madrid, 1983, p. 412; OLIVENCIA. *La compensación... cit.*, p. 845; VINCENT CHULIA, E. *Compendio crítico de Derecho mercantil*. II. 3ª ed. Barcelona, 1990, p. 868; SANCHEZ CALERO, J. *Instituciones... cit.*, II, p. 460. Обратно на това мнение, едно малцинство сред представителите на доктрината приема влизането в

юриспруденция<sup>105</sup>, която възприема компенсацията като плащане. Традиционното схващане за компенсацията като средство за погасяване на задължения определя щото тя да е недопустима след датата на обявяване в несъстоятелност на основата на класическите принципи за неналичност на имуществото на обявения във фалит и на принципа, вдъхновил всички правни уредби с романистична основа и френско влияние - *par condicio creditorum*. В противен случай ще се позволи даден кредитор да получи пълния размер на своя кредит в ущърб на останалите, които биха имали по-малко участие в окончателното разпределение и биха получили плащанията си много по-късно от приспадналия своя кредит. Това би било в нарушение на принципа за равно третиране на кредиторите<sup>106</sup>. В този смисъл се произнася

---

сила на компенсацията, когато са налице законовите изисквания след обявяването на фалита. Смята се, че тъй като компенсацията действа *ope legis*, щом са налице изискванията на член 1196, тя би трябвало да се задейства от момента на обявяване на фалита, в който стават просрочени неплатените дългове на обявения във фалит. Така кредитите и дълговете биха се погасили до равната си част и ще се избегне влизането в действие на принципа на неналичност. Вж. URÍA, R. *Reaseguro, quiebra y compensación*. - In: *RDM*, I, 1950, p. 401 - 408; GONZALEZ PALOMINO, J. *La compensación y su efecto. Estudios jurídicos de arte menor*. II. Pamplona, 1964, p. 99 ss; BELTRAN, E., URÍA, MENENDEZ. *Curso de Derecho Mercantil*. II. Madrid, 2001, p. 941.

<sup>105</sup> Както докрината, така и юриспруденцията сметнаха за недопустима компенсацията от момента на обявяването на фалита и след датата на обратната му сила, освен по изключение, като в случая на договорите за разплащателна сметка (Решение на Върховния съд STS от 10 декември 1941 г. и 11 октомври 1988 г. (RJ 1988/7409) и предвидения в член 926 на Търговския кодекс (Решение на Върховния съд STS от 17 март 1977 г.). Вж. Решение на Върховния съд STS от 19 декември 1991 г. (RJ 1991/9405; 20 май 1993 г. (RJ 1993/3809); 11 юли 2005 г. (RJ 2005/5009), освен ако изискванията за нея са били налице преди обявяването на фалита или преди даване ход на спирането на плащанията поради предварителното наличие на изискванията по член 1196 ГК Сс *con anterioridad* (Решение на Върховния съд STS от 17 март 1977 г. и от 11 октомври 1988 г., RJ 1988/7409).

<sup>106</sup> ROJO AJURIA, L. *Comentario a la sentencia de 11 de octubre de 1998*. - In: *CCJC*, 18, 1998, p. 891; BELTRAN, E. *Quiebra... cit.*, p. 866; CORDON MORENO, F. *Suspensión de pagos y quiebra. Una visión jurisprudencial*. Madrid, 1995, p. 201; DIEZ ALONSO, C.M. *Los privilegios...cit.* p. 148; DIEZ PICAZO, L. *Fundamentos... cit.*, p. 547; GARRIGUES, J. *Curso... cit.*, p. 452; JIMENEZ MANCHA, J. C. *La compensación... cit.* p. 313; DIEZ DE LEZCANO SERVILLANO, N. *La compensación... cit.*, p. 2635 ss.

В същия дух, в сравнителното право, в италианската доктрина, допускането на компенсацията е в ущърб на принципа *par condicio creditorum* според NAVARIRINI, H. *La quiebra*. 1943, p. 139; PAJARDI, P. *Manuale di Diritto Fallimentare*. 6<sup>a</sup> ed. Milano, 2002, p. 292. В португалското право – CARVALHO FERNADES, L. [*Código dos procesos especiais de recuperação da empresa e de falência*. 2<sup>a</sup> ed. Lisboa, 1995, p. 383. Entre los autores británicos, véase WOOD, P. *Principles of International Insolvency*. London, 1995, p. 15; GOODE, M. *Legal problems of credit and security*. 2<sup>a</sup> ed. London, 1988; FINCH, V. *Corporate insolvency Law*. Cambridge, 2002, p. 438.

Върховният съд в свое решение номер 581/2018, от 17 октомври: общата забрана за компенсирание, съдържаща се в член 58 на Закона за фалита цели да се избегне щото кредитори на обявения във фалит да бъдат третирани преференциално и така да се наруши принципът за равно третиране. При действието на предишната уредба за фалита, предвид мълчанието на закона относно допустимостта, юриспруденцията (решения на Върховни съд от 19 декември 1991 г., 20 май 1993 г., 11 юни 2005 г. и 25 октомври 2007 г.), се противопостави на действието на тази форма на неутрализиране/унищожаване на взаимни задължения при фалит, в защита на принципа *par condicio creditorum*, който би бил неоправдано нарушен в полза на кредитора *in bonis*. Това е потвърдено с подобни основания и след влизането в сила на Закона за фалита при тълкуването на споменатия член 58 на този закон (за всички, решения 46/2013, от 18 февруари 229/2016 от 8 април<sup>107</sup>).

Принципът за равно третиране, чиито корени са в римското производство по несъстоятелност, не позволява част от актива да бъде заделен, за да се плати на едни кредитори в ущърб на масата без да има привилегия, оправдаваща това действие<sup>108</sup>. Привилегиите, даващи основание за изключение от принципа на равно третиране на кредиторите, трябва да са признати със закон и трябва да бъдат тълкувани рестриктивно<sup>109</sup>. В този смисъл втори параграф на чл. 269 на Преработения текст на закона за фалита указва, че *не се допуска непризната от закона привилегия или преференция*. В този смисъл компенсацията би била скрита привилегия, тъй като няма никаква публичност до момента на изпълнението, което

---

<sup>107</sup> Решение на Върховния съд STS от 5 март 2019 г. (RJ 2019/721) и от 5 декември 2020 г. (RJ2020/5431).

<sup>108</sup> Испанският Закон за фалита отхвърля компенсацията по силата на един системен критерий, който е да се намали броят на привилегиите, признати на кредиторите. Това намаляване се предлагаше още в Предварителния проект на Закон за фалита от 1995 г. Вж. ROJO, A. *Crisis de la empresa y procedimientos concursales*. – *AAMM*, 24, 1981, p. 279. La existencia de privilegios, como situación excepcional a la igualdad de trato de los acreedores, deben ser legalmente reconocidos y deben ser restrictivamente interpretados, вж. ROJO AJURIA, L. *Comentario... cit.*, p. 892 - 893. В този смисъл параграф 2 на член 269 на Преработения текст на закона за фалита указва, че не се приема никоя непризната от закона привилегия или преференция. Освен това компенсацията би била една скрита привилегия, тъй като при нея няма никаква публичност до момента на изпълнението ѝ, което би могло да нанесе сериозни вреди на трети лица, които не знаят за съществуването на компенсирания кредит и какъв е пълният му размер.

<sup>109</sup> Вж. ROJO AJURIA, L. *Comentario... cit.*, p. 892 - 893.

би могло да причини сериозен ущърб на трети лица, които не знаят за съществуването на компенсирания кредит и какъв е пълният му размер<sup>110</sup>.

От друга страна, след като фалитът бъде обявен, става невъзможно компенсирането, тъй като не са налице изискванията по чл. 1196 ГК. От една страна няма просрочие, тъй като обявяването на фалит – така, както е регламентирано в новия Закон за фалита<sup>111</sup>, не поражда предварително просрочие на кредитите, а от друга – защото член 1196-5 определя, че за да бъде основателно компенсирането е необходимо кредитите да не са задържани или срещу тях да не е заведен спор от трети страни, за който длъжникът е бил надлежно уведомен<sup>112</sup>. Тази разпоредба трябва да се прилага във връзка с член 1156 на същия закон, който определя, че не е валидно плащането от длъжника към кредитора след като по съдебен ред е било разпоредено задържане на дълга. Щом плащането не е невалидно, невалидна е и автоматичната компенсация или компенсацията по право<sup>113</sup>.

---

<sup>110</sup> Този аргумент е защитен в Решение на Върховния съд STS от 20 май 1993 г. (1993/3809), виж също Решение на Съда на провинция Сарагоса от септември 2000 г. (JUR 2000/300832) .

<sup>111</sup> Член 156 на Преработения закон за фалита определя изрично: *Обявяването на фалита не е основание за предсрочно разтрогване на договора. Клаузите за правото да се разтрогне или унищожи договорът на основание единствено обявяването във фалит на която и да било от страните се пренебрегват*“.

<sup>112</sup> Според LOPEZ VILAS, R. *De la compensación... cit.*, p. 525 уведомлението трябва да бъде по съдебен ред; по мнение на DIEZ DE LEZCANO SERVILLANO, N. *La compensación en la ley Concursal: régimen general y excepciones*. Estudios sobre la Ley Concursal: Libro homenaje a Manuel Olivencia, 3, 2005, p. 2639, n. 71, трябва да се приеме също и извънсъдебното уведомление, като например по нотариален път, тъй като в противен случай може да се наруши разпоредбата на член 1164 ГК. съгласно който „извършеното добросъвестно плащане на лицето, което е във владение на кредита, освобождава длъжника“.

<sup>113</sup> Вж. JIMENEZ MANCHA, J.C. *La compensación... cit.* p. 311; LOPEZ VILAS, R. *De la compensación... cit.*, p. 525; O'CALLAGHAN, X. *Código civil... cit.*, p. 1114; PUIG PENA, F. *Tratado... cit.*, p. 396. Юриспруденция: Решение на Върховния съд STS от 17 март 1977 г. отхвърля компенсацията, тъй като счита, че съгласно разпоредбата на параграф 5 на член 1196 ГК, за да е основателна компенсацията е необходимо върху никой дълг да не е наложено задържане, а в действителност по смисъла на закона, през целия период с обратна дата на действието на обявения фалит съществува задържане на сумите на обявения във фалит, които са във владение на трети лица.

## EMPHYTEUSEOS CONTRACTUS (НА БЪЛГАРСКИ ЕЗИК)

**Проф. д.н. Малина Новкиришка-Стоянова**

Софийски университет „Св. Климент Охридски“, София, България

**Резюме:** В статията се разглежда емфитевзният договор (*emphyteuseos contractus*) и правната уредба на емфитевзата в специално посветения на нея титул в Юстиниановия кодекс (CJ. 4.66. De *emphyteutico iure*) и в Институциите на Юстиниан (IJ. 3.24.3). Той се явява като учредителен титул за емфитевзата в резултат на една продължителна еволюция на тази аграрна практика, но и основа за виталността на института на емфитевзата през Средновековието и прилагането му и в наши дни.

**Ключови думи:** *ius emphyteuticarium*; *contractus*; *conductio agri vectigali*.

## EMPHYTEUSEOS CONTRACTUS (BULGARIAN LANGUAGE)

**Prof. Malina Novkirishka-Stoyanova, DSc**

University of Sofia „St. Kliment Ohridski”, Sofia, Bulgaria

**Abstract:** The article presents the emphyteuseos contractus and the legal framework of emphyteusis in the Justinian Code (CJ 4.66. De emphyteutico iure) and in the Justinian Institutions (IJ. 3.24.3). It is the founding title of the emphyteusis as a result of a long evolution of this agrarian practice, but also the basis for the vitality of the emphyteusis in the Middle Ages and its application today.

**Keywords:** ius emphyteuticarium; contractus; conductio agri vectigali.

## 1. Въведение

Заглавието на настоящата статия е терминът, с който се означава учредителният титул на римската емфитевза, определян също като *emphyteuticis instrumentum*. Той се съдържа в текста, посветен на емфитевзата в Институциите на Юстиниан (I.J. 3.24.3) - текст, считан за обобщение на основните характеристики на емфитевзата с оглед развитието ѝ към VI в. сл. Хр.

Една от причините да се върна към темата за емфитевзата е именно дидактична - да се опитам да представя тази поземлена аренда в нейната генетична форма, която е в основата и на съвременното ѝ приложение. Защото въпреки отричането на емфитевзата като пряко свързана с феодалната разделна собственост, тя съществува в редица законодателства, при това не само свързана с аграрната икономика, но и с много по-широко приложение.

Тук няма да се спирам на произхода на емфитевзата и връзката ѝ с поземлените практики в Древна Гърция, Египет, Вавилон, нито на развитието на типичните римски цензорски и квесторски аренды, стопанисването на императорските салтуси в Северна Африка, концесиите на земи в провинциите, стопанисването на фискалните и патримониални имоти в Късната Римска империя и пр. По темата има многобройна литература, а на български се опитах да обобщя основните концепции в романистиката и да проследя развитието на емфитевзата в докторската си дисертация преди почти 30 години. За времето след нейната защита се появиха много нови съчинения, а и една по-задълбочена работа във връзка с поземлените отношения в римското право ми даде възможност да преосмисля някои тези и като цяло да достигна до извода, че това наистина е една удивителна правна конструкция, не винаги разбираана в нейната същност поради многовековното ѝ развитие и затова често наричана „енигматична“. Ако се доверим на *communis opinio*, тя е създадена от имперските юристи в епохата на Домината, но се явява синтез на най-рационалните елементи на дългосрочните поземлени аренды и концесии в Рим и в Средиземноморието. Именно това е в основата на нейната адаптивност към най-различни интереси в различните исторически епохи до наши дни.

Емфитевзата не е позната в българското право - нито при изграждането на писаното феодално право след Покръстването през 864 г., нито при рецепцията и създаването на законодателството на новата българска държава в края на XIX и началото на XX век, нито по-късно. Единственото споменаване за нея, доколкото ми е известно, е в съчиненията във връзка с т.нар. Славянска Еклога, създадена след покръстването на българите през 864 г. Наред с другите отклонения от Византийската Еклога изрично се споменава, че не е възприет и титул XII, озаглавен „За постоянните и временните емфитевзи“, поради по-неразвитата едра поземлена собственост в Първата българска държава<sup>1</sup>. Едно кратко обяснение, отдаващо чест на законодателя, създал Славянската Еклога, който добре е познавал аграрните отношения във Византия и в съседните ѝ държави в Югоизточна Европа, където заинтересоваността от тази т.нар. инвестиционна аренда или концесия не би постигнала своите цели, нито пък едрото земевладение е имало такъв обхват, че да се нуждае от разнообразни форми на предоставяне на земи на трети лица при използване на доста сложни правни конструкции.

В тази статия, предназначена за броя на списанието IUS ROMANUM, посветен на OBLIGATIO, ще се спра само на един и днес дискуссионен проблем, свързан с емфитевзата- характеристиката на емфитевзния договор, от който възниква *ius emphyteuticarium* (или *ius emphyteuticum*), определено в конституцията на Зенон като *ius tertium*. Това му придава характеристика на *sui generis contractus*, с който се излиза извън публичноправната сфера на концесиите на държавни и муниципални земи, които от съвременна гледна точка са в основата на

---

<sup>1</sup> Вж. АНДРЕЕВ, М., Ф. МИЛКОВА. *История на българската феодална държава и право*. София, 1993, , с. 13; ПЕТРОВА, Г. *История на българската държава и право (680-1878)*. София, 2009, с. 31; ТОКУШЕВ, Д. *История на българската средновековна държава и право*. София: Сиби, 2009, с. 51. Вж. и по-подробното обяснение по въпроса в АНДРЕЕВ, М. *Римското право в България*. – В : ГСУ, ЮФ, 56, [1965], 1965, № 2, с. 1– 39; ID. *Римското право и славянската Еклога*. (За някои отклонения на славянската Еклога от римското право). В: ГСУ, ЮФ, 50.1 , (1958-1959), с. 1-20. Може само да се добави, че по времето на византийското политическо господство (1018 – 1185 г.) в българските земи Византийската Еклога вече е заменена от новия законодателен сборник Василиките, в който тя също се съдържа (книга XX, титул II) и би следвало да се прилага, доколкото този нормативен акт е в сила в този период. Но поради особеностите на феодалната собственост, за чието реформиране от византийските управници няма сведения, едва ли тази уредба е била специално и повсеместно въведена.



административните договори или лицензионните режими. Запазвайки основните характеристики на правоотношението, което е перпетуирано, наследимо и със специфична същност, римските юристи акцентират на неговата междинна позиция между арендите и покупко-продажбата. Те разгръщат една особено интересна уредба, която без да ограничава извънредната свобода на договаряне между страните, дава достатъчно гаранции както на собственика, така и на емфитевта, за осигуряване на стопанисването на имотите и зачитането на взаимните им интереси, а също и на *utilitas publica*.

Преди да започна изложението по темата, бих искала да направя няколко уточнения.

На първо място договорът не е единственият, нито пък първичният или основният титул, с който се създава на емфитевзно правоотношение. Концесиите на земи в Рим имат същата публичноправна характеристика, както и в наши дни, особено когато става въпрос за дългосрочни поземлени отношения<sup>2</sup>. При тях на преден план се поставя властническият акт на магистратите и имперските служители по управление на поземления фонд (*ager publicus ager fiscalis, res privata, patrimonium principis* и пр.), с който те предоставят части от него на частни лица при предварително оповестени условия и статут на земите (често наричани *lex contractus*<sup>3</sup>). В тази ситуация не става въобще въпрос за договаряне с частните лица, които приемат да се подчинят на този режим като арендатори. Това е характеристиката и на арендите на емфитевзни земи (*fundi emphyteutici*) и това е общото на тази относително нова правна форма на аграрно концедиране в Късната Римска империя, която има много общи черти с аналогичните конструкции за предоставяне за ползване на публични земи в другите антични държави. Единствено в Рим обаче от тези концесии се преминава към типичното частноправно отношение, породено от емфитевзния договор, като се търси

---

<sup>2</sup> Вж. в тази връзка монографията ми *Дългосрочните поземлени отношения в Римското право*. София, 2000 г. Отделно на произхода на емфитевзата е посветена и монографията *Правната регламентация на емфитевзата в римското право*. София, 2000.

<sup>3</sup> Относно римскоправната концепция за статутите, определяни с този термин вж. DU PLESSIS, P. *The Roman Concept of Lex Contractus*. – In: *Roman Legal Tradition*, 3, 2006, p. 79-94 и цитираните там автори.

икономическата целесъобразност от излизането на строгите публичноправни модели и осигуряването на обработването на земите, респ. земеделското производство и плащането на поземлените данъци. И в двата случая обаче се създава едно особено право, което в конституцията на император Зенон също е определено като специфично и различно и от наема, и от покупко-продажбата: *Ius emphyteuticarium neque conductionis neque alienationis esse titulis addicendum, sed hoc ius tertium sit constitutum* (CJ.4.66.1). Следователно в случая е налице възможност чрез различно правно конструиране да се постигне резултат, който да включи предимствата на съществуващата концесионна практика към договорната автономия, предлагаща по-голяма заинтересованост на страните по правоотношението.

В запазената позитивноправна уредба в Юстиниановия кодекс, Новелите и Институциите всъщност се съдържат крайните резултати от това развитие. Възприемайки окончателно емфитевзния договор като основен учредителен титул в Юстиниановия кодекс, уредбата преминава в Еклогата и Василиките и се използва и в поземлените отношения на Запад в епохата на Средновековието, както и в съвременността.

В римскоправните източници много рядко се среща терминът „емфитевза“. В Теодосиевия кодекс и в Юстиниановия *Corpus iuris*, при това и в названията на отделните титули, основно се срещат термините, съответно изразите за емфитевтен имот (*praedium emphyteuticarium* или *emphyteuticum*<sup>4</sup>, *fundus emphyteuticus* или *emphyteuticarium*<sup>5</sup> или *fundus emphyteutici iuris*<sup>6</sup>), въвеждат се понятията емфитевт (*emphyteuta, emphyteutarius*)<sup>7</sup>, емфитевзен договор (*contractus emphyteseos*)<sup>8</sup>, емфитевзно основание (*emphyteuticario nomine*)<sup>9</sup>,

---

<sup>4</sup> CTh. 4.12.3 ; CTh. 5.15.15 ; CTh. 11. 28.14; CJ. 5.71.13; CJ.5.37.23; CJ. 1.33.2

<sup>5</sup> CTh. 5.12. ; CTh. 5.15.16, 17.20.21 ; CTh. 11.16.2 и 17; CTh. 11. 7.19 ; CTh. 11.19; CJ. 11.62; CJ. 11.63; CJ. 11.65; CJ. 5.37.23; 5.71.13.

<sup>6</sup> CTh. 5.15.18 и 19; CJ. 5.37.23; CJ. 5.71.13.

<sup>7</sup> Срв. CJ. 1.33.2; основно в CJ. 4.66 и IJ. 3.24.3.

<sup>8</sup> Основно в CJ. 4.66. Вж. и CJ. 4.51.7 . IJ. 3.24.3.

<sup>9</sup> CTh. 5.14.30 ; CTh. 5. 15.19 ; CJ. 11.59.7.1.

емфитевтно право (*ius emphyteuticum*)<sup>10</sup>, емфитевтен канон (*canone emphyteutico*)<sup>11</sup>, емфитевзно владение, респ. емфитевзен владелец (*emphyteutico possessione, emphyteuticarius possessor* или *possessor iuris emphyteutici*)<sup>12</sup>, емфитевзни колони (*coloni emphyteutici*)<sup>13</sup>, разрешение, съдействие на емфитевта (*emphyteuticarios auctoritas*)<sup>14</sup>, а на едно единствено място - и изписването на правото гръцки език<sup>15</sup>. Счита се, че терминът „емфитевза“ е творение на романистиката<sup>16</sup>, синтезиран от разнородната употреба в императорските конституции и въз основа на субстантивизираната форма в източниците на т.нар. *ius graeco-romanum* или

---

<sup>10</sup> CTh. 5.14.33 ; CTh. 11.5.2; CJ. 7.39.7.7; CJ. 10.17.1.1. Основният титул с това заглавие се съдържа CJ. 4.66, където са включени и другите цитирани тук термини.

<sup>11</sup> CTh. 5.16.29 .

<sup>12</sup> CTh.. 11.1.4; CTh. 13.11.16; CTh. 15.3.1; CJ. 11.59.2.

<sup>13</sup> CJ. 11.64.

<sup>14</sup> CTh.16.5.54.5.

<sup>15</sup> D. 27.9.3.4 (Ulpianus libro 35 ad edictum) *Si ius emphyteutikon vel embateutikon <εμβαλευτικον>* „habeat pupillus, videamus, an distrahi hoc a tutoribus possit. Et magis est non posse, quamvis ius praedii potius sit. Текстът е особено много коментиран в романистиката, като вероятната интерполация в него и дискусиата относно автентичния му вид насочват към извода, че в епохата на Улпиан все още няма устойчива терминология за това право, като от една страна се акцентира на необходимостта от обработване и подобрения в предоставения имот, а от друга - на наследствения характер на концесията.

<sup>16</sup> Така в определенията в правните енциклопедии терминът се определя било за определянето на емфитевзата като аренда, било на самото емфитевтно право - вж. напр. METZGER, E. A. *Companion to Justinian's Institutes*. London, 1998, p. 74: „a form of long-term or perpetual tenure which probably originated in grants of public land made to private individuals by the state. It came to be used by municipalities; the annual payment of rent maintained the holder of a grant in a position of virtual ownership“. - [https://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA\\*/Emphyteusis.html](https://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA*/Emphyteusis.html); LONG, G. *Emphyteusis*. – In: SMITH, W. A. *Dictionary of Greek and Roman Antiquities*. London, 1875, p. 458-459: Emphyteusis (ἐμφύτευσις, literally an „in-planting“), is a perpetual right in a piece of land that is the property of another: the right consists in the legal power to cultivate it, and treat it as our own, on condition of cultivating it properly, and paying a fixed sum (canon, pensio, reditus) to the owner (dominus) at fixed times. Подобни определения се дават във всички правни речници и енциклопедии, както и в учебните курсове - вж. напр. АНДРЕЕВ, М. *Римско частно право*. София, 1975, с. 269 и сл. Едно от основните съчинения за емфитевзата - на Elia Lattes от 1868 г, изрично съдържа в заглавието си термина за емфитевзен договор: вж. LATTES, E. *Studi storici sopra il contratto di enfiteusi nelle sue relazioni col colonato*. Bologna, 1983 (ristampa anast. 1868). Срв. MAURO, L. *Il contratto di enfiteusi nel diritto commune e consuetudinario, Napoli*. 1912 и CENCETTI, G. *Il contratto di enfiteusi nella dottrina dei glossatori e dei commentatori*. Bologna, 1939.

византийско право - в Еклогата и Василиките<sup>17</sup>. Той се утвърждава и в изследванията върху съвременната емфитевза<sup>18</sup>

Остава обаче неясно кога точно и защо се появява този термин, основан на гръцката лексема „ἐμφύτευσις“, интерпретирана като „засаждам, посаждам“ . Етимолозите считат, че това е свързано от една страна със съществуването на такава аграрна практика както в класическа Гърция, така и в елинските провинции на Римската империя<sup>19</sup>. Такава терминология на гръцки, а още по-малко за означаване на такъв вид аренда или договор обаче не е използвана за този вид договори. Наред с това акцентът върху обработването на земята, съответно нови насаждения и подобрения също не е основата на концесията или поне не се споменава като типично задължение на емфитевта дори и при уредбата на договорната емфитевза. Тази „загадъчна“ етимология вероятно е създадена във връзка с прилагането на нормите на *ius collendi*, практикуван в императорските домени в Северна Африка<sup>20</sup>, но това е само едно мое предположение въз основа

---

<sup>17</sup> Bas. XX. II. *Περὶ ἐμφυτεύσεως. (De emphyteusi).*

<sup>18</sup> Вж. основно по този въпрос съчиненията на SIMONCELLI, V. *L'enfiteusi. (Esame critico dell'enfiteusi secondo il Codice civile italiano)*. Milano, 1888, 2<sup>e</sup> ed. 1921; ID. *Indole economica del contratto d'enfiteusi del Codice civile italiano*. - In: AG 40(1888), fasc. 1-2; ID. *Dell'enfiteusi*. Napoli, 1910; ID. *Enfiteusi*. Torino, 1915; ID. *Della enfiteusi*. V.I. Napoli – Torino, 1922 и пр.; съответно на френски GEOFFRAY, L. *De l'emphytéose: thèse pour le doctorat*. Paris, 1875 ; FRANÇOIS, E. *De l'Emphytéose, étude d'histoire, de droit et de législation*. Grenoble, 1883 ; TOCILESCO, G.G. *Étude historique et juridique sur l'emphytéose, en droit romain, en droit français et en droit roumain*. Paris, 1883; LAPASSET, L. *Étude de l'emphytéose en droit romain et en droit français*. Toulouse, 1900 и пр. достъпни на <https://gallica.bnf.fr/services/engine/search/sru?operation=searchRetrieve&version=1.2&query=%28gallica%20all%20%22emphyt%C3%A9ose%22%29&lang=en&suggest=0#resultat-id-4>

<sup>19</sup> Относно гръцкия произход на емфитевзата вж. GUIRAUD, P. *La propriété foncière en Grèce jusqu'à la conquête romaine*. Paris, 1894; BEAUCHET, E. *Histoire du droit privé de la République Athénienne*. V. III. Paris, 1897 и обобщено в по-новите изследвания на KAMPS, W. *L'emphythéose en Droit Grec et sa réception en Droit Romain*. - In: *Recueils de la Société Jean Bodin*. V. III. *La tenure*. Bruxelles 1937; CASCIO, S.O. *Studi sull'enfiteusi*. – *AUPA*, 22, 1951, SCAFFARDI, G. P. *Studi sull'enfiteusi*. Milano, 1981; BOTTIGLIERI, A. *La nozione romana di enfiteusi*. Napoli, 1994; FUENTESECA DEFENEFEE, M. *De emphyteutico iure*. Madrid, 2003, както и статията на RIZAKIS, A. D. *L' emphyteose sous l'Empire en pays grecs*. – In: *L'hellénisme d'époque romaine. Nouveaux documents, nouvelles approches. (Ier s. a.c.- III e s. p.c.)*. Actes du colloque international à la mémoire de Louis Robert. Paris, 7- 8 juillet, 2000. Paris, 2004, p. 55-76 и цитираната там литература.

<sup>20</sup> Относно *ius collendi*, Lex Manciana и Lex Hadriana вж. CUQ, E. *Le colonat partiaire dans l'Afrique romaine : d'après l'inscription d'Henchir Mettich*. Paris, 1897; BEAUDOIN, E. *Les grands domaines dans l' Empire Romain d'après les travaux récents*. – *NRH*, 21, 1897, p. 534-599, p. 673-719, 22, 1898, p. 27-155, p. 194-219, p. 310-350, p. 694-733; CICOGNA G. *Dei*

на анализа на аграрната практика по времето на Принципата, за което не намирам достатъчно категорични и ясни потвърждения в източниците. То обаче е основано на типичната за римската юриспруденция традиция за вливане на ново съдържание в съществуващи правни институти, използване на концепции от предходни епохи и адаптирането им към нова актуална практика и използването им за различни политически, икономически и социални цели.

Именно във връзка със запазването и употребата на терминологията и много от характерните черти на института на следкласическата емфитевза и по-специално на запазването на акцента върху обработването и подобряването на състоянието на земята във Византия и на Запад в епохата на феодализма, както и при съвременната емфитевза, е една от причините да се направи едно по-задълбочено изследване на емфитевзния договор и прогласената в конституцията на император Зенон и възприета и от Юстиниановите юристи широка свобода на договаряне<sup>21</sup>.

## 2. Сведенията в източниците

Анализът на емфитевзния договор обикновено се прави въз основа на конституцията на император Зенон, включена в считания за основен титул LVI на книга IV на Юстиниановия кодекс и обобщения текст в Институциите на Юстиниан (IJ. 3.24.3). И двата текста по силата на изричната разпоредба на императора за

---

*possedimenti denominati „saltus“.* – AG, 75, 1905, p. 59-86; KOLENDO, J. *Sur la législation relative aux grands domaines de l'Afrique romaine.* – REA, 65, 1963, p. 80- 103; ID. *La continuità delle strutture agrarie in Africa romana.* – In: *Terre, proprietari e contadini dell'Impero romano. Dall'affitto agrario al colonato tardoantico.* Roma, 1997, p. 151-161; PEYRAS, J. *La potestas occupandi dans l'Afrique romaine.* – In: *DHA*, 25, 1999, № 1, p. 129-157; FRANCE, J. *La Lex Hadriana et les incitations publiques à la mise en valeur de terres dans l'Empire romain au IIe siècle P.C.* – In: *Les affaires de monsieur Andreau. Economie et société du monde romain.* Bordeaux, 2014, p. 89-96 и най-новата статия на CORDOVANA, O. D. *Contratti agrari e sfruttamento della terra in età imperiale.* – In: *Uomini, istituzioni, mercati. Studi di storia per Elio Lo Cascio.* Bari, 2019, p. 267-286. За по-късния период и приемствеността на тази практика вж. VERA, D. *Enfiteusi, colonato e trasformazioni agrarie nell'Africa proconsolare del Tardo Impero.* – In: *L'Africa romana. Atti del IV Convegno di studio.* Sassari, 12- 14 dicembre 1986. T.I. Sassari, 1987, p. 267-293 и цитираната там литература.

<sup>21</sup> Вж. BOTTIGLIERI, A., *op. cit.*, p. 125-127.

въвеждането в действие на Кодекса и Институциите имат сила на закон<sup>22</sup>. Към тях се добавят и конституциите на император Юстиниан в същия титул на Кодекса. В Теодосиевия и Юстиниановия кодекс обаче са включени и много други текстове с уредба основно относно емфитевзните имоти, но те са свързани основно с емфитевзната концесия и там по-рядко се употребява терминът *ius emphyteuticum* в смисъл на субективно право на емфитевта. Преобладаващото становище в доктрината е, че то е уредено предимно във връзка с емфитевзния договор<sup>23</sup>.

Преди да разгледам обаче тези текстове, бих искала да направя едно уточнение относно терминологията, използвана на български.

Титул LXVI на книга IV на Юстиниановия кодекс е озаглавен *De emphyteutico iure*. Обикновено това се интерпретира като „емфитевтно право“ като обвързано с правото на емфитевта върху предоставения му имот, но също и като съвкупност от права, уредени в императорските конституции, т.е. свързано с емфитевзата в обективен аспект, което може да се интерпретира като „емфитевзно право“. Струва ми се, че употребата в източниците е по-скоро в първия смисъл. Римските *iurisprudentes* много рядко използват подобни изрази за определяне на позитивноправна уредба, още повече, че и самата концепция за нормативните актове като източник на правото в Древен Рим е твърде различна от съвременната. Затова ми се струва, че подобно „обективизиране“ като обобщение относно режима на емфитевзата е характерно по-скоро за съчиненията по изследване и тълкуване

---

<sup>22</sup> Вж. конституциите DE IUSTINIANO CODICE CONFIRMANDO от 7 април 529 г. и за втората редакция на Кодекса - DE EMENDATIONE CODICIS IUSTINIANI ET SECUNDA EIUS EDITIONE от 29 декември 534 г. и PROOEMIUM DE CONFIRMATIONE INSTITUTIONUM от 21.11.533 г. – текстовете на конституциите на латински на <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>

<sup>23</sup> Вж. обобщенията в FUENTESECA DEGENEFEE, M. *Primera etapa historica del ius emphyteuticum*. – In: *Estudios juridicos in memoriam del profesor A. Calonge*. Salamanca, 2002, p. 375- 394, както и в монографията ѝ ID. *De emphyteutico iure*, cit., p. 97, ss. За *ius emphyteut(icar)ium* в повечето съчинения се говори като продължение на *ius in agro vectigali* или на *ius in rem vectigalis*, каквато терминология е запазена в източниците. Вж. CASCIO, S. O., *op. cit.*, p. 27; LANFRANCHI, F. *Studi sull'ager vectigalis*. Vol. II. La problema dlla usucapibilità degli agri vectigales. – In: *Annali della Facoltà Giuridica della Università di Camerino*, 1, 1939, p. 95. В този смисъл е употребата на термина в учебните курсове - напр. в TALAMANCA, M. *Istituzioni di diritto romano*. Milano, 1990, p. 472-276;

на римското право, вкл. и съвременните, но едва ли е използвано в следкласическото и византийското право <sup>24</sup>.

Предположението, че към края на V и началото на VI в. емфитевзата предимно се създава с договор, е основано на уредбата в книга IV, титул LXVI на Юстиниановия кодекс, озаглавен *De emphyteutico iure*. Според повечето автори тя е датирана към 480 г., макар че има основания да се определи и една по-ранна дата - 476-477 г. <sup>25</sup>. В историографията пък се определя като краен момент, в който би могла да бъде издадена тази конституция, 484 г., като се има предвид началото на стопанските реформи, предприети от Зенон с една конституция от 483 г. за забрана на монополната търговия и ограничаване печалбите на едрите търговци, така както се ограничават и едрите земевладелци <sup>26</sup>. Да видим нейното съдържание:

*CJ 4. 66. 1. Imperator Zeno. Ius emphyteuticarium neque conductionis neque alienationis esse titulis addicendum, sed hoc ius tertium sit* Емфитевтното право не възниква нито на основание на (договор за) наем, нито при отчуждаване<sup>27</sup>, а ние повеляваме, че **това право възниква на друго, трето**

<sup>24</sup> В този смисъл е едно от по-старите изследвания на MARTIN PEGIE. *De iure emphyteutico tractatus*. 1559 (Reprint 2021); GUIDO DE SUZARIA. *De iure emphyteutico tractatus. Coloniae agripine*. 1575; OVIDIO DE AMICIS. *De iure emphyteutico repetitio*. Romae, 1622; FRANCISCUS FULGINEUS. *Tractatus De Jure Emphyteutico*. Genevae, 1665; (reprint 2019); MUEHLER, H. *De iure emphyteutico transferendo*. Leipzig, 1835, цитирани в почти всички изследвания за историческото развитие на емфитевзата, както и в новите съчинения вж. FUENTESECA DEFENEFTE, M. *De emphyteutico iure, cit.*, p. 11, n. 2. В този смисъл е и моята студия *De emphyteutico iure*. – В: Научни трудове на ПУ. Кн. 7. (Право). Т. 1. Пловдив, 2000, с. 49-118.

<sup>25</sup> Срв. подробната аргументация на този въпрос при ARANGIO-RUIZ, V. *Istituzioni di diritto roman.*, 14<sup>e</sup> ed. Napoli, 1960, p. 256 s. BIONDI, B. *Istituzioni di diritto romano*. Milano, 1956, p. 395 ss. счита, че тя е издадена през 476 г.

<sup>26</sup> В стереотипното издание на Юстиниановия кодекс е посочен целият период 476-484 г., оставяйки широка възможност за интерпретация и становища. Вж. АНГЕЛОВ, Д. *История на Византия*. 6<sup>-то</sup> изд. I част (395-867 г.). София, 1976, с.118-119; ПИГУЛЕВСКАЯ, Н. *Византия на путях в Индию*. Москва, 1951, с. 64 сл., STEIN, E. *Histoire du Bas-Empire*. Vol. II. Paris-Bruxelles-Amsterdam, 1948-1949, p. 31 ss. Срв. CJ. 4.59.2 (483 г.).

<sup>27</sup> Това е една от най-често срещаните интерпретации, макар че в случая може да се изтъкнат аргументи, че *conductio* е терминът за отдаването под аренда на публични земи в широк смисъл, и то е различно от свободното договаряне между частни лица, какъвто е контрактът, наречен *locatio-conductio*. В подкрепа на тази теза е и следващият термин *alienatio* в мисъл на отчуждаване на всякакво основание, различно от конкретния контракт *emptio-venditio*.

**constitutum** ab utriusque memoratorum contractuum societate seu similitudine separatum, **conceptionem definitionemque habere propriam et iustum esse validumque contractum, in quo cuncta, quae inter utrasque contrahentium partes super omnibus vel etiam fortuitis casibus pactionibus scriptura interveniente habitis placuerint, firma illibataque perpetua stabilitate modis omnibus debeant custodiri** : ita ut, si interdum ea, quae fortuitis casibus sicut eveniunt, pactorum non fuerint conventionem concepta, si quidem tanta emergerit clades, quae prorsus ipsius etiam rei quae per emphyteusin data est facit interitum, hoc non emphyteuticario, cui nihil reliquum mansit, sed rei domino, qui, quod fatalitate ingruerat, etiam nullo intercedente contractu habiturus fuerat, imputetur : sin vero particulare vel aliud leve damnum contigerit, ex quo non ipsa rei penitus laedatur substantia, hoc emphyteuticarius suis partibus non dubitet adscribendum. \* ZENO A. SEBASTIANO PP. <A 476-484 >

**основание**, което не е свързано и не прилича на горните две, а е нещо отделно и се различава както от едното (договора за наем), така и от другото (договорите за отчуждаване); **това право има своя собствена същност и определение, и нека се счита за легитимен и правно валиден договорът** (с който то се учредява), и нека по силата на него всичко, за което е **постигнато съгласие** между договарящите се страни **в писмена форма**, независимо за каква вещь, дори и за случайното събитие, **да бъде установено и да има правно значение, да бъде вечно и да се спазва безусловно и завинаги**. Ако в съглашението нищо не е предвидено за хипотезите на случайно събитие, когато се случи по тази толкова фатална причина **предоставената в емфитевза вещь** да погине, вредата да се понесе не от емфитевта, комуто нищо не е останало, а от собственика (на тази вещь); защото тази загуба е резултат на случаен инцидент, а и договорът не съдържа никаква разпоредба, въз основа на която тежестта от това погиване да бъде понесена от емфитевта. Но ако увреждането е по-леко или пък съвсем не се отнася до цялата вещь, или пък от него няма никаква вреда за съдържанието на вещта, нека



емфитевът не се съмнява, че тежестта от риска пада върху него.

Конституцията на Зенон е адресирана до преторианския префект Sebastianus, което се интерпретира като създаване на обща и единна уредба за разлика от предходните периоди, когато се уреждат предимно фискални проблеми за емфитевните земи в отделни провинции.

Прави впечатление вече утвърдена терминология както за емфитевното право (*ius emphyteuticarium*) и емфитевта като титуляр на това право (*emphyteuticarius*), отграничаван от собственика на имота (*dominus*), както и за създаването на договор (*contractus, pactum*) помежду им. В известен смисъл може да се говори за запазено гръцко влияние в терминологията в израза: „*rei quae per emphyteusin data est*“, което насочва и към опит да се създаде субстантивизиран термин за самата конструкция емфитевза.

Конституцията би трябвало да се разглежда в политическия и икономически контекст на управлението на Зенон (474-491 г.), който застава на трона на Източната Римска империя след смъртта на Лъв I и на своя син Лъв II в период на изострени междуособици между едрата и средна поземлена аристокрация и представителите на промишления и търговски капитал, бунтове на свободни селяни и колони срещу данъчния гнет и на различни религиозни общности една срещу друга<sup>28</sup>. В тази обстановка изоставянето на земи поради непосилните данъци и бунтовете е вече почти бедствено за икономиката явление. Практикуваната вече от предходните столетия емфитевза е своеобразно средство за насърчаване на завземането на такива земи и тяхното обработване, което налага нейната стриктна регламентация, привилегиите и цялостната ѝ характеристика. По тази причина дворцовата юриспруденция вероятно е препоръчвала придаването на качеството *dominus* на емфитевта и третирането на емфитевзата като *alienatio*.

---

<sup>28</sup> Вж. подробно за това управление АНГЕЛОВ, *цит. съч.*, с.116-119; ЛЕВЧЕНКО, М. *История Византии*. Москва, 1939, с. 45 сл.; ДЪЯКОНОВ, А. *Византийские димы и фракции (таμερη) V-VII вв.* - В: *Византийский сборник*. Москва 1945, с. 95-149; STEIN, E., *op.cit.*, V. II, p. 16 ss. и цитираната там обширна литература.

От друга страна Зенон се стреми да ограничи постоянната съпротива на сенаторската аристокрация, която все по-ясно проявява своите сепаратистки стремежи. Той забранява строенето на частни затвори и частната юрисдикция дори на онези земевладелци, които разполагат с автопрагия - събират сами данъците от всички, които живеят на контролираната от тях територия, провежда борба с фискалните имунитети и разрешава на колоните да напускат земите и без съгласието на техния собственик, ако постъпят на църковна служба<sup>29</sup>.

В тази връзка емфитевзата, която не дава възможност за придобиване на имота в собственост, макар и при фактическо осъществяване на всички правомощия на собственика, е за предпочитане пред самоволното откъсване на земи от публичния поземлен фонд от частни лица и присвояването им. Това обяснява и интереса на централната власт към нея, а също и начина на регламентирането ѝ като междинна конструкция между покупко- продажбата и наема. Ако би се дал приоритет на отчуждаването, респ. продажбата, то емфитевът би станал собственик или поне би бил в положението на *perpetuarius*'a. А въпреки твърденията за сливането на *ius perpetuum* и емфитевзата<sup>30</sup> очевидно императорите държат да се запази нейният режим.

От анализа на източниците може да се направят изводи и за един период на паралелно съществуване на *ius perpetuum* и емфитевзата през I.-V в., като може би от тогава датира и идеята за притеглянето на емфитевзата към частноправните

---

<sup>29</sup> Срв. CJ. 11.5.1; 1.3.36-37. Вж. най-общо в КОПСУНСКИЙ, А. Р. *Проблемы аграрного строя и аграрной политики Западной Римской империи (IV-V в. н.э)*. – ВДИ, 1980, № 2, с. 52-71.

<sup>30</sup> Относно твърденията за сливането на двата режима вж. Срв. BEAUDOIN, E. *La limitation des fonds de terre dans ses rapports avec le droit de propriété. Etude sur le droit romain de propriété*, - NRHDFE, 17, 1893, p. 397-684, 18, 1894, p. 157-222, p. 309-365; ATTOLICO, B. *Di alcuni requisiti essenziali alla enfiteusi antica*. - In: *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*. Roma, 6, 1906, p. 239 ss.; SIMONCELLI, V. *Le costruzioni giuridiche dell'enfiteusi e le moderne leggi d'affrancazione*. – AG, 40, 1888, p. 449 ss.; ALBERTARIO, E. *Il possesso dell' ager vectigalis e dell' enfiteusi*. - In: *Studi di diritto romano*. T. II. Milano 1953, p.389 ss.; срв. и становищата на Fustel de Coulanges, Wiart, His, Schulten, цитирани в CANNATA, C. A. „*Possessio*“, „*possessor*“, „*possidere*“ *nelle fonti giuridiche del Basso Impero. Contributo allo studio del sistema dei rapporti reali nell' epoca postclassica*. Milano 1962, p. 161. Детайлна разработка на режима на *ius perpetuum* вж. в MITTEIS, L. *Zur Geschichte der Erbpacht in Altertum*. Leipzig, 1901, p. 41-60; CICOGNA, G. *Dei possedimenti denominati „saltus“*. – AG, 75, 1905, p. 59-86; LEVY, E. *West Roman Vulgar Law. The law of property*. Philadelphia, 1951, (WRVL cit.), p. 44 ss.

отношения. *Ius perpetuum* се създава с концедирането на *fundi rei privatae* и *fundi fiscales*<sup>31</sup>, които несъмнено са с публичен характер. Той е по-близък до вектигалните аренды в провинциите във връзка с концепцията за провинциалната собственост<sup>32</sup>. Приема се, че титулярът му има наследимо и прехвърлимо право *per donatione vel quasilibet titulo*, което се перпетуира с редовното плащане на годишния канон, който остава непроменен. С това и *perpetuarius*'а се счита за *quasi dominus fundi*<sup>33</sup>. И ако се приеме, че *Ius perpetuum* в един по-късен момент, към края на V в. се слива с емфитевзата, именно от тази позиция се поражда колебанието за същността на емфитевзното право.

При паралелното съществуване на двете конструкции обаче в началото на IV в. изрично е постановено, че емфитевзата се установява върху *fundi patrimoniales*, които са частното имущество на императора и не се третират като публични земи, съответно и при никакви условия не могат да се притежават като собствени<sup>34</sup>. В този аспект режимът се явява продължение на практиката на *Ius collendi* в Северна Африка<sup>35</sup>. Затова изрично в CJ. 11.62 (63).2 се подчертава, че *emphyteutici qui fundorum non sunt domini*, а имат само положението на арендатори - *conductores* (според CTh.10.3.3)<sup>36</sup>. Ако се възприеме емфитевзата като аренда, то няма

---

<sup>31</sup> Вж. основната уредба в CJ.11.65 (66).1 CJ. 11.70 (71).1 BURDEAU, F. *Le ius perpetuum et le régime fiscal des res privatae et des fonds patrimoniaux*. – *IURA*, 23, 1972, p. 2 ss.; MASI, A. *Ricerche sulla „res privata“ del „princeps“*. Milano, 1971.

<sup>32</sup> Вж. BEAUDOIN, E., *op. cit.*, p. 343 ss.; MITTEIS, L., *op.cit.*, p. 26; HAJJE, A. *Etudes sur les locations à long terme et perpetuelles dans le monde romain (thèse pour le doctorat ès-sciences juridiques)*. Paris-St.Brienne, 1926, p. 129; CASCIO, S. O., *op.cit.*, p. 14, p. 27; CANNATA, C. A., *op.cit.*, p. 160, n. 41; BOJARSKI, Wl. *Enfiteuza wedlug prawa rzymkiego*. Torun 1970, p. 55 ss.

<sup>33</sup> CTh. 5.14.1= CJ.11.65 (66).1; CTh. 5.14.4 = CJ.11.65 (66).2.

<sup>34</sup> GAUDEMET, J. *Note sur une constitution de Valentinien Ier relative à l'incessibilité des fonds emphyteutiques*. – In: *Mélanges J. Gaudemet. Droit et société aux derniers siècles de l'Empire romain*. Napoli, 1992, p. 137- 141.

<sup>35</sup> Вж. новото изследване на BIUNDO, R. *I conductores dei saltus africani: conflitti sociali e economici nella gestione della proprietà imperiale*. – In: *Uomini, istituzioni, mercati. Studi di storia per Elio Lo Cascio*. Bari, 2019, p. 237-244, както и VERA, D. *Padroni, contadini, contratti: realia del colonato tardoantico*. – In: *Terre, proprietari e contadini dell'Impero romano. Dall'affitto agrario al colonato tardoantico*. Roma, 1997, p. 185-224; KOLENDO, J. *La continuità delle strutture agrarie in Africa romana?* – In: *Terre, proprietari e contadini dell'Impero romano. Dall'affitto agrario al colonato tardoantico*. Roma, 1997, p. 151- 161.

<sup>36</sup> Вж. това е изрично постановено в цитираната конституция на императорите Грациан, Валентиниан и Теодосий от 380 г. Вж. и изследването на BURDEAU, F.

изискване да се търси непременно някакъв определен срок на ползването, тъй като още за вектигалните аренди (отново припомням, върху муниципални земи, които не се считат за публични) е прието, че докато се заплаща определената рента, те не могат да бъдат отнемани. За императорските домени именно това правило е в основата на въвеждането на емфитевзата и за други частни земи - както на отделни лица, така и на църковни общности.

Следователно при един толкова разнороден хоризонт на поземлените отношения в Късната Римска империя наистина от правно-логическа гледна точка е обосновано провъзгласяването на емфитевното право като *ius tertium*, а емфитевният договор като *sui generis*, защото се възприемат елементи от различни арендни отношения.

В романистиката се счита, че с тази конституция всъщност се въвежда реформата в емфитевната практика, свързана с нейното разпространение извън императорските имения<sup>37</sup>. Наистина за първи път се споменава за договора като източник на емфитевното правоотношение, като се търси определяне на неговата правна същност. До този момент всички сведения за създаване на емфитевза се свързват или с изричен акт на домениалната или фискална администрация след *licitatio*, или с узаконяване на фактически възникналата емфитевза чрез *occupatio* на *agri deserti et inculti*.

Но от самата редакция на текста съвсем не може да се приеме, че с този закон се въвежда нова регламентация в съществуващите отношения. Дори напротив, за емфитевзата се говори като за установено и отдавна разработено в детайли правоотношение, за което всъщност догматичната дискуссия относно правната му същност възниква с конкретна практическа цел - разпределянето на риска при случайно събитие.

Новото в случая е наистина излизането на регламентацията извън орбитата на фискалното и императорското земевладение и включването ѝ общо в частноправната проблематика. В предходните етапи от еволюцията на правната

---

*L'administration des fonds patrimoniaux et emphytheotiques au Bas Empire romain*. – RIDA, 20, 1973, p. 285- 310 ; ID. *Les domaines impériaux au Bas-Empire*. Paris, 1966.

<sup>37</sup> Срв. BOJARSKI, Wl., *op.cit.*, p. 70 ss. и цитираните от него становища; CASCIO, E., *op.cit.*, p. 35 ss., HAJJE, A., *op.cit.*, p. 135 ss.

уредба на емфитевзата тя се разглежда паралелно с концесиите и арендите на *res privata*, фискалните и патримониалните земи и се утвърждава статутът на *fundi emphyteutici*. Император Зенон обаче никъде не споменава за земите с такъв статут, нито пък подчертава, че те са предоставяни от императора чрез управителите на фискалния или патримониален поземлен фонд. Разглежда се общ и типичен казус за едно частноправно отношение - договарянето между емфитевт и собственик (*dominus*) и разпределянето на риска от погиването на емфитевзната вещь при липса на специални уговорки в договора. Отсъства какъвто и да е публичноправен елемент нито от гледна точка на едната страна по правоотношението (императора или фиска), нито по отношение на обекта на концедиране - специалните по статут *fundi emphyteutici*.

В единство с конституцията на Зенон обикновено се разглежда текстът от Институциите на Юстиниан. Той се счита за опит за систематизация на емфитевзата, но всъщност не изяснява изчерпателно нито емфитевтното право, нито самия институт на емфитевзата в цялата му пълнота като правна конструкция. Не бива да се забравя, че по своя първоначален замисъл съчинението, наречено *Institutiones* е с дидактична цел, а не общ трактат по публично и частно право. При съставянето на тази част от Юстиниановата компилация, която заедно с Дигестите и Кодекса по силата на конституцията OMNEM от 16 декември 533 г. има не само задължително учебно съдържание, но и всеобщата нормативна сила.

Текстът представлява обединение на концепцията на Гай, включена в неговите Институции (и съдържаща се в IG. 3.145) и относима за вектигалните аренди, и възприемането ѝ за приложима към емфитевзата - договор, но в никакъв случай това не изчерпва характеристиката на емфитевзната практика. Но очевидно това е преценено от съставителите на Институциите за най-важното, за да бъде обобщено с дидактична цел. Да разгледаме и този текст:

**IJ. 3.24.3.** *adeo autem familiaritatem aliquam inter se habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio, ut in* Покупко-продажбата и наемът имат помежду си толкова голяма близост, че в някои случаи има затруднение да се прецени дали се касае за продажба или за

*quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et venditio contrahatur, an locatio et conductio. ut ecce de praediis, quae perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est ut, quamdiu pensio sive reditus pro his domino praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius, cuive conductor heresve eius id praedium vendiderit aut donaverit aut dotis nomine dederit aliove quo modo alienaverit, auferre liceat. sed talis contractus, quia inter veteres dubitabatur et a quibusdam locatio, a quibusdam venditio existimabatur: lex zenoniana lata est, quae **emphyteuseos contractui** propriam statuit naturam neque ad locationem neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam, et si quidem aliquid pactum fuerit, hoc ita optinere, ac si naturalis esset contractus, sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc si quidem totius rei interitus accesserit, ad dominum super hoc redundare periculum, sin particularis, ad emphyteuticarium*

наем, както се случва по отношение на имотите, които са прехвърлени другиму за плодприбиране за вечни времена, при условие, че докато арендната плата или рентата в натура се плаща на собственика (им), да не му е позволено да отнема имота от този, който го е взел под аренда, нито от неговия наследник, нито от тези, които го държат от името на арендатора или неговия наследник по силата на продажба, дарение, зестра или каквото и друго да е прехвърлително основание. Тъй като при нашите предшественици е имало много затруднения по повод на този договор, едни са считали, че той е за наем, а други - че е за продажба, и тогава император Зенон е приел един закон, според който е определил същността на **емфитевзния договор**, който не е нито договор за наем, нито за покупко-продажба, а има своя същност и особени правила, основани на съгласението на страните. Той е постановил, че ако има някакво съгласение, то трябва да се спазва като истински договор. Ако страните не са се договорили нищо за рисковете по отношение на (погиването на) вещта, той е повелил, че в случаите на цялостно разрушаване на вещта собственикът да понесе последиците от загубата, но ако вещта е разрушена само частично, тази

*huiusmodi damnum venire. quo iure utimur.*      загуба да се понесе от емфитевта. И ние се ползваме от тази правна уредба.

Включването на разпоредбата в титул XXIV на книга III на Институциите относно наемните отношения (*De locatione et coductione*) изразява сякаш предпочитанието както на класическите юристи, така и на Юстиниановите компилатори към арендната характеристика на емфитевзата. Отбелязана е обаче дискусиата между *veteres* за характера на това правоотношение и на договора, който го поражда.

Според някои автори <sup>38</sup> разпоредбата е доказателство за сливането на емфитевзата с режима на вектигалните аренды, които обаче не се пораждат от типично договаряне. Наред с това обаче договорът като учредителен титул изрично е споменат при позоваването на конституцията на Зенон. Като основни характеристики са споменати неотменимостта и перпетуирането на договора, докато се плаща уговорената арендна плата, означавана като „*pensio sive reditus*“, неговият наследствен и прехвърлим характер, както и изричното позоваване на конституцията на Зенон за уреждане разпределението на риска от погиването на вещта, респ. освобождаването от задължението

Текстът не съдържа никакво определяне на публичната концесия на емфитевзни земи, която вероятно е продължила да съществува, тъй като в Юстиниановия кодекс са възпроизведени повечето от конституциите от Теодосиевия кодекс с уредбата за емфитевзните земи. Но доколкото сведенията за този режим са предимно с фискален характер, може да се предполага, че той е продължил да съществува паралелно с договорната емфитевза и за него са се прилагали субсидиарно нормите относно нея. Същото се отнася и за специфичната уредба на емфитевзата върху църковни земи, която е съществувала по времето на Юстиниан и чийто режим той също окончателно определя, но не се споменава в Институциите.

### 3. Емфитевзният договор

---

<sup>38</sup> Срв. BOJARSKI, Wl. Op. cit., p.74 и цитираните там автори.

В разглежданите по-горе текстове за първи път се споменава договарянето като начин за учредяване на емфитевза. Това наистина е една сериозна реформа в съществуващия режим на арендите на публични земи, при които липсва типичното частноправно съгласуване на волеизявления. При тях е зададен общ режим за предоставяне на земите (в някои случаи определян като *lex contractus*) и частните лица заявяват неговото приемане и спазване, което им гарантира перпетуиране и наследствен характер на ползването на тези земи, докато се спазват условията по този режим. Именно поради отдалечаването от договорната практика от една страна и от публичните аренди и концесии - от друга, се влага многократното повторение за спецификата на този договор и за породените от него права и задължения. По тази причина и той се определя най-общо по един негативен начин - че не се явява учредителен титул нито за арендно, нито за отчуждително правоотношение - *neque conductionis neque alienationis esse titulis*

В текста на конституцията на Зенон, както и в Институциите, се споменава най-общо за емфитевзен договор, като се използва общото наименование, възприето за договорите – *contractus*, но наред с това и *pactum* и *conventio*. Предвид следкласическото вулгаризиране на тази терминология едва ли става въпрос за типичната характеристика на контрактите по цивилното право, макар че на места се правят позовавания на тези контракти - *emptio- venditio* и *locatio-conductio*, но също се употребява и терминология, която е типична за концесиите и по-точно за арендаторите на муниципални или публични земи, наричани *conductores*, а също и за отношенията, които общо са определяни като *alienatio* и включват всякакви прехвърлителни сделки, вкл. и наследяване и учредяване на зестра.

В текста от Институциите (I.J. 3.24.3) се среща конкретно наименование на този договор - *emphyteuseos contractus*, което обаче не се използва в други текстове. Уточнява се, че той е със своя собствена характеристика и не се отнася нито към договора за наем, нито към покупко-продажбата: *lex zenoniana lata est, quae emphyteuseos contractui propriam statuit naturam neque ad locationem neque ad venditionem inclinantem..*



Юстиниановите компилатори припомнят дискусиата на класическите юристи: *talis contractus, quia inter veteres dubitabatur et a quibusdam locatio, a quibusdam venditio existimabatur*. В тази връзка може да се цитира текстът от Институциите на Гай, в който по повод на вектигалните аренды на муниципални земи се поставя въпрос какъв е учредителният титул:

**IG 3. 145.** *Adeo autem emptio et uenditio et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere uidentur, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et uenditio contrahatur an locatio et conductio, ueluti si qua **res in perpetuum locata sit**. quod euenit in praediis municipum, quae ea lege **locantur**, ut, quamdiu [id] uectigal praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius praedium auferatur; **sed magis placuit locationem conductionemque esse.***

Изглежда, че покупко-продажбата и наемът имат нещо сходно помежду си, защото в някои случаи се поставя въпросът дали е сключен договор за продажба или за наем, както например когато една вещь е отдадена във **вечна аренда**. Това става по отношение на муниципалните земи, които по силата на един такъв закон **се отдават под наем** и докато се изплаща вектигалът, те не могат да се отнемат нито от самите първоначални наематели, нито от техните наследници; все пак преобладава мнението, **че това отношение е по-скоро наемно**.

Емфитевзата реципира вектигалния режим на концептуално ниво, още повече, че той се отнася в повечето текстове до муниципалните земи, които изрично според Улпиан не са публични в същински смисъл<sup>39</sup>. Но в тази насока има доста смешения, доколкото със същия термин *vectigal, vectigalia* се наричат и рентите от

<sup>39</sup> D. 50.16.15 (Ulpianus libro decimo ad edictum) *Bona civitatis abusive „publica“ dicta sunt: sola enim ea publica sunt, quae populi Romani sunt.*

*agri publici*, по-късно и от *agri fiscales* и *res privata*, прилаган и по отношение на *agri patrimoniales* и *agri emphyteutic*<sup>40</sup>.

Целият титул III на книга VI на Дигестите е посветен на *conductio agri vectigales*, към чийто режим компилаторите приравняват емфитевзата чрез една формална интерполация в заглавието му: *si ager vectigalis, id est emphyteuticarius, petatur*<sup>41</sup>. Фрагментите в титула обаче се отнасят само за вектигалните аренди и се споменават само мунципалните земи и представят най-общо едно арендно отношение: *agri civitatum... vectigales vocantur, qui in perpetuum locantur*. Акцентът е върху перпетуирането му, поставено в зависимост от заплащането на *vectigal*, и при спазването само на това изискване се забранява отнемането на имота както от самия арендатор, така и от наследниците му<sup>42</sup>.

Всъщност не можем да търсим пределна яснота в концептуален план за същността и вида на акта на предоставяне на публични земи (в широк смисъл, вкл. и на муниципалните и от патримониума на императора - които не се считат за *publici*) от края на Републиката насетне, тъй като се използва типичната за наемните отношения терминология. Дори ако се приеме, че *iurisprudentes* са виждали някаква разлика, наричайки тези отношения не *locatio- conductio*, както се назовава договорът за наем в частното право, а само *conductiones*, за да акцентират на факта на приемане от наемателя (*conductor*) на условията, поставени по общ начин в *lex contractus*, то в текстовете се използва и изразът *locare in perpetuum*<sup>43</sup>, т.е. не се

---

<sup>40</sup> Относно *vectigal*, *vectigalia* вж. съответната рубрика в CAGNAT, R. *Vectigal*. – *DAGR*, Т. 5, № 1, p. 665- 666. Срв. и MAGANZANI, L. *Agri publici vectigalibus subiecti: organizzazione territoriale, regime giuridico*. – In: *Iuris antiqui historia*, 3, 2011, p. 165-180; CAPOGROSSI-COLOGNESI, L. *De loco publico fruendo*. – In: *Index*, 45, 2017, p. 370-378; BOVE, L. *Ricerche sugli „agri vectigales“*. Napoli, 1960; DE MARTINO, F. *Ager privatus vectigalisque*. – In: *Scritti di diritto romano*. Т. I. *Dritto e società nell'Antica Roma*. Roma, 1979, p. 357- 379.

<sup>41</sup> Подобна интерполация е въведена и в D. 2.8.15.1. (Macer libro primo de appellationibus) *Possessor autem is accipiendus est, qui in agro vel civitate rem soli possidet aut ex asse aut pro parte. Sed et qui vectigalem, id est emphyteuticum agrum possidet, possessor intellegitur*.

<sup>42</sup> D. 6.3.1 pr. (Paulus libro 21 ad edictum) *Agri civitatum alii vectigales vocantur, alii non. Vectigales vocantur qui in perpetuum locantur, id est hac lege, ut tamdiu pro his vectigal pendatur, quamdiu neque ipsis, qui conduxerint, neque his, qui in locum eorum successerunt, auferri eos liceat: non vectigales sunt, qui ita colendi dantur, ut privatim agros nostros colendos dare solemus*.

<sup>43</sup> Именно на тези аренди на муниципални земи е посветена монографията на LONGO, S. *Locare 'in perpetuum'. Le concessioni in godimento di ager municipalis*. Torino, 2012.

игнорира позицията на отдаването под аренда от собственика на земята като наемодател (*locator*) .

Наред с това от цитирания текст, макар и да не е изрично казано, но в противопоставянето на вектигалните на обикновените аренды и в двата случая става въпрос за предоставена земя с цел обработване (*ita colendi dantur*) , което напълно отговаря на идеята, включена в самото название на емфитевзата. Може да се отбележи, че независимо от това дали още в класическия период е било изградено понятието за емфитевза като наследствена концесия или аренда с цел обработване на земята, във вектигалните аренды според този текст виждаме тези две характеристики. В този смисъл може би е направена и интерполацията в D. 27.9.3.4, където се споменава за притежание от пупил на „*ius emfuteutikon vel embateutikon <εμβαλευτικον>*“<sup>44</sup>, като гръцките лексеми насочват към изискването за засаждане и наследствения характер на създаденото право. При това изрично е посочено, че това право е *ius praedii* и като такова не може да се отчуждава от настойника. А щом титулярът му е непълнолетно и недееспособно лице, очевидно то е придобито в резултат на наследяване.

По-нататък в същия титул текстовете са само за муниципалните земи, като в D. 6.3.1.1. Паул отбелязва, че при перпетуираното наемане на муниципални земи за плодopolзване (*in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus*) не се придобива собственост върху тях, но се дава защита на владението и вещни искиове

---

Практиката продължава и в епохата на Домината, макар и вече *ager municipalis* да се счита за *locus publicus* - вж. MALAVE OSUNA, B. *Los loca publica de las ciudades y su atribucion, segun honorio en CTh. 15.1.41. – IURA*, 66, 2018), p. 353-392.

<sup>44</sup> В скоби е даден предполагаемият по-точен израз, като се счита, че е направена грешка при изписването и замяна на т с л. Това обаче не е отразено в стереотипното издание на Дигестите от Момзен, където гръцките текстове са изписвани на латински: D.27.9.3.4. (Ulpianus libro 35 ad edictum) *Si ius emfuteutikon vel embateutikon habeat pupillus, videamus, an distrahi hoc a tutoribus possit. Et magis est non posse, quamvis ius praedii potius sit.* Вж. относно интерполацията и оспорването на класическия характер на текста Vuuy , *op.cit.*, p. 2; BOJARSKI, *op.cit.*, p. 61-2. Срв. и Index interpol.ad h.l. Ако се допусне обаче автентичността на текста, то очевидно в началото на III в. такива поземлени отношения са били познати в източните провинции и самият Улпиан се е колебаел как да ги нарече, защото са се отличавали от вече познатите арендни и концесионни отношения. Така че гръцкото изписване и алтернативата на двата термина за засаждане и обработване или за придобито по наследство право насочват към все още нов правен институт, за който е нужна интерпретация и пригаждане на съществуващите норми и правила чрез становищата на юристите.

срещу всеки, включително и срещу самите жители на муниципията<sup>45</sup>. Като се има предвид концепцията за *municipio* като общност, близка по конструиране до *corpora*<sup>46</sup>, както са се означавали корпоративните юридически лица, то в случая правната защита може да се тълкува като дадена и срещу собственика на арендуваната земя<sup>47</sup>.

При вектигалните аренды, съответно и при емфитевзата, съществуването на правоотношението е поставено в зависимост от редовното престиране на рентата<sup>48</sup>. Паул разпростира правилата и по отношение на срочните (вероятно дългосрочни, но все пак с определен термин) аренды, стига срокът им да не е изтекъл<sup>49</sup>.

Ако се върнем към разглежданите основни текстове относно емфитевзата, то рентата е определяна с различни термини. В IJ. 3.24.3. се използва типичния за наемните отношения термин *pensio* и като алтернатива - *reditus*, с което изрично се определя било паричната, било натуралната рента. Заплащането е в полза на собственика на имота (*quamdiu pensio sive reditus pro his domino praestetur*). Използването на термина *dominus* безспорно акцентира на частноправните отношения, в които се използва емфитевзният договор. В Юстиниановите конституции от CJ.4.66.2-3 се използват и термините *emphyteuticum canon* и *emphyteuma* като специфични само за този вид договор и при анализа на целите текстове се счита, че те са определяни в пари (споменава се *pecunia*), за да се

---

<sup>45</sup> D. 6.3.1.1. (Paulus libro 21 ad edictum) *Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem adversus quemvis possessorem, sed et adversus ipsos municipes,*

<sup>46</sup> Вж. едно от най-новите изследвания - монографията на MATTIANGELI, D. *Societas und corpus. Auf den Spuren einer Handelsgesellschaft als juristische Person im roemischen Recht*. Wien, 2017 и пълната библиография в нея.

<sup>47</sup> Вж. по-подробно FUENTESECA DEGENEFTE., *op. cit.*, p. 67 ss. Вж. и ANKUM, H., E. POOL. *Rem in bonis meis esse and rem in bonis meam esse. Traces of the development of roman double ownership*. – In : *New perspectives in the Roman law of property. Essays for B. Nicholas*. Oxford, 1989, p. 5- 41 ; PASTORI, F. *Il doppio dominio dei glossatori e la tradizione romanistica*. – In: *Studi G. Grosso*. T. VI. Torino, 1974, p. 305- 331. Концепцията за *duplex dominium*, развита в Институциите на Гай и в някои други текстове, е в основата на възприемането през Средновековието на емфитевзата като типична конструкция на феодалната разделна собственост, която има и определена съвременна проекция. Вж. по-подробно по тези въпроси в статията ми, която ще бъде продължение на настоящата в IUS ROMANUM- DOMINIUM 1 (2022).

<sup>48</sup> D. 6.3.2 (Ulpianus libro 17 ad Sabinum) *Ita tamen si vectigal solvant.*

<sup>49</sup> D. 6.3.3 (Paulus libro 21 ad edictum) *Idem est et si ad tempus habuerint conductum nec tempus conductionis finitum sit.*

правят компенсации със заплащането на подобренията и пр. Така че независимо че терминологията за емфитевзата насочва към обработването на имота, то такова задължение не е фиксирано в източниците, нито може да се приеме за имплицитно установено, ако рентата е определяна като част от реколтата от имота. Не е такава и целта на емфитевзата в следкласическото право - за държавата е важно да се осигури земеделското производство и в тази връзка би следвало да има изрични текстове за стопанисването на земята. Тяхното отсъствие насочва към извод, че фискалният интерес, т.е. заплащането на канона и поземлените данъци, очевидно доминират. Този извод се налага от уредбата в конституциите на Юстиниан, включени в CJ 4.66.2-3, в които отнемането на имота е допустимо, когато не са платени нито рентата, нито поземлените данъци (CJ 4.66.2.1:... *neque pecunias solverit neque apochas domino tributorum reddiderit*).

В Юстиниановите конституции е включена обширна уредба относно подобренията, направени от емфитевта (*suas meliorationes, quae Graeco vocabulo emponemata dicuntur...*), които се считат за негови и могат да се отчуждават, така както и самото емфитевтно право. Това е една доста неясна хипотеза, в която подобренията и правото на емфитевта имат самостоятелно битие, съответно са предвидени разрешения, обезщетения и пр.<sup>50</sup>. Няма обаче задължение за извършване на подобрения, нито пък дори примерно определяне на техния вид. В една конституция на Юстиниан, запазена само на гръцки език в CJ.1.2.24.4 и отнасяща се до църковната емфитевза, се споменава и задължение да не се влошава състоянието на имота (*non deteriorare*), но липсата на такова задължение, както и на уредба за евентуално обезщетяване на собственика при неправомерно поведение на емфитевта поставя въпрос доколко това е типично задължение по договора.

Използваната терминология насочва към характеристиката на този тип договор като консенсуален, възмезден и синалагматичен, като за последното изводите в тази насока са предимно въз основа на тълкувания на отделни думи и

---

<sup>50</sup> По-подробното разглеждане на тези проблеми излиза извън рамките на това изследване. Вж. монографията на ORTUÑO PÉREZ, M. E. *Las meliorationes o emponemata en la enfiteusis*. Madrid, 2005; най-общо RODRIGUEZ LÓPEZ, R. *In emphyteuticis instrumentis*. – *RIDA*, 55, 2008, p. 423-443 и цитираната там литература.

изрази в малък брой фрагменти от Дигестите, двата кодекса и Институциите на Гай и на Юстиниан.

Следва да се отбележи, че в конституцията на Зенон и в тази на Юстиниан от 529 г. (CJ.4.66.1. pr)<sup>51</sup> се подчертава пълната свобода на договаряне на страните и стабилността на постигнатото между тях съглашение, което не търпи никакви ограничения: *iustum esse validumque contractum*. Допуска се уговаряне на друг ризолутивен срок на арендата, по-дълъг или по-кратък от нормативно установения тригодишен срок, различни правила за разпределянето на риска, подобренията, отчуждаването и пр. Една екстремно диспозитивна уредба, в която единственото неотменимо задължение, свързано със съществуването на емфитевзата, е заплащането на рентата и на поземлените данъци. В тази посока императорите интервенират само по изключение и ако нищо не е уговорено в договора (CJ. 4.66.2.1. *Sin autem nihil super hoc capitulo fuerit pactum...*), като уреждат възможността за отчуждаване на емфитевтното право или подобренията, прекратяването и обезщетяването на емфитевта за подобренията, които остават в имота и пр.

Само по тълкувателен път могат да се идентифицират и задълженията на собственика на имота да предостави необезпокояваното ползване на имота и да се въздържа от всякакви действия, които биха попречили на това. То следва и от утвърждаването на емфитевзата като вид наемно отношение, т.е. субсидиарното прилагане на разпоредбите относно *locatio- conductio*.

В конституциите на Юстиниан са уредени условията за отнемане на имота от емфитевта - императивно е постановено това да става само в хипотезата на неплащане на рентата и поземлените данъци (CJ. 4.66.2). Уредени са и случаите, в които собственикът умишлено отказва да получи дължимата рента, за да изгони емфитевта – тогава последният може да я депозира в присъствието на свидетели. В хипотезата на мълчалив отказ на собственика да даде съгласие на емфитевта за отчуждаването на подобренията или на самото емфитевтно право в двумесечен

---

<sup>51</sup> CJ. 4.66.2 Imperator Justinianus . *In emphyteuticariis contractibus sancimus, si quidem aliae pactiones in emphyteuticis instrumentis fuerint conscriptae, easdem et in aliis omnibus capitulis observari et de reiectione eius, qui emphyteusin suscepit, si solitam pensionem vel publicarum functionum apochas non praestiterit.*

срок емфитевтът свободно може да извърши тези правни сделки срещу 2% от продажната цена като ремуераторно обезщетение за собственика. Последният има право и да изкупи подобренията на заявената от емфитевта цена (CJ.4.66.3).

Очевидно е, че при такава широка свобода на договаряне с оглед доказването на клаузите на съглашението и изпълнението на задълженията на страните е необходима писмената форма. Тя е особено типична за следкласическото римско право, особено при сделките с недвижими имоти, сред които попада и емфитевзата.

От редакцията на текста в CJ 4.66.1. не може да се направи категоричен извод, че тя е форма за валидност (*forma ad substantiam*). Постановено е, че страните могат да се договорят за всичко, включително и за последиците от случайно събитие в писмена форма и това придава стабилен характер и перпетуира договора и всичко уговорено следва да се спазва (*in quo cuncta, quae inter utrasque contrahentium partes super omnibus vel etiam fortuitis casibus pactionibus scriptura interveniente habitis placuerint, firma illibataque perpetua stabilitate modis omnibus debeant custodiri*)

Може да се предполага, че в случая се търси нов подход, който да преодолее практиката на едностранната устна или писмена декларация, с която при поземлените концесии и аренды на публични земи от периода на Републиката и Принципата се приемат условията, поставени в *licitacio* или в *lex contractus*. При предварително определения статут на земите актът на предоставянето им не е съдържал никакви отклонения, съответно специфични права и задължения на страните, а вероятно само идентификация на имота и размера на дължимата рента. В някои случаи дори е допускано тацитно установяване на такива аренды, при положение, че имотът е завзет, обработва се (изцяло или частично) и се плащат поземлените данъци и канона<sup>52</sup>.

Писмената форма, за която се споменава в конституцията (*scriptura interveniente*) обаче може и да не се интерпретира като *forma ad substantiam*, за да се определи договорът като формален. От контекста може да се тълкува, че тя е

---

<sup>52</sup> Това се отнася основно за аренды на императорски земи в Северна Африка, определяни *kato ius collendi* - вж. цитираната по-горе литература.

необходима само тогава, когато съглашението между страните дерогира законноустановените принципи на разпределяне на риска от *casus fortuitus*. В следкласическото право писмената форма се утвърждава в много хипотези във връзка с доказването на съглашенията<sup>53</sup>. В редицата случаи, когато тя е задължителна за валидиране на акта, това е категорично постановено<sup>54</sup>.

Но ако се приеме пълната и неограничена свобода на договаряне на страните, то тогава се поставя въпрос дали и в другите случаи, уредени с конституциите на Юстиниан в CJ. 4.66.2-3, ако е налице писмен договор, може да има отклонения в срока на плащане на рентата, отчуждаването, погасяването на емфитевното право и пр. Струва ми се, че именно срещу такива злоупотреби от страна на собствениците на имотите или на техните представители, чрез които се сключва емфитевният договор, е въведена уредбата, която е предимно в защита на емфитевтите. Тя е основана на публичния интерес да се съхрани имуществото и заинтересоваността на тези арендатори и да се осигури спокойното, постоянно, наследимо обработване на земите и селскостопанската продукция от тях, както и регулярните постъпления на поземлените данъци.

Аргумент в полза на писмената форма на договора, наричан още *instrumentum emphyteuseos*, е уредбата в CJ.4.66.3. Разпоредбите на конституцията се отнасят за хипотезата, когато той е изгубен (*perditum est*) и когато няма допълнителни пактове, които също би следвало да са в писмена форма, за да имат задължителен характер<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Срв. BOJARSKI, Wl., *op.cit.*, p. 71-72.

<sup>54</sup> Вж. VACCARI, P. *Enfiteusi*. – In: *ED*, T. XIV (1965), p. 916, според който в следкласическия период писмената форма не е задължителна и *ad substantiam*. За значението на писмената форма вж. и издадената няколко години след конституциите на Юстиниан за емфитевната конституция относно значението на писмената форма от 537 г. Вж. NJ. 48 *Praef. Illud omnium esse honestius putandum documentum, et gesta, et quod omnino pro temporis memoria hominibus adinventum est, quod ipsa quoque commemoratione ornatur imperii...* 1. *Unde sancimus, eos, quicumque gestis ministrant sive in iudiciis, sive ubicunque conficiuntur acta, et tabelliones, qui omnino qualibet forma documenta conscribunt in hac magna civitate, sive in aliis gentibus omnibus, quibus nos praesidere dedit deus, hoc modo incipere in documentis...* Вж. още и NJ.45.65, 76 и CJ. 4.21 от 538 г., в които се определят функциите на *tabelliones* и вписването на частните документи, основно във връзка с правата върху недвижимости.

<sup>55</sup> CJ. 4.66.3.pr.- ... *si quidem emphyteuticum instrumentum super hoc casu aliquas pactiones habeat, eas observari : sin autem nullo modo huiusmodi pactio posita est vel forte*



Писмената форма се отнася не само за основния емфитевзен договор, но и за допълнителните съглашения към него. Наред с това в С. 4.66.3 се изисква писмено нотифициране от страна на емфитевта, ако иска да отчужди емфитевното право или подобренията, и съответно изявление на собственика, че не се противопоставя (*attestatio per litteras*) също в писмена форма. Това може да е декларация (*per depositionem*) или вписване в съответната провинциална канцелария на президента<sup>56</sup>.

И накрая, моделирайки структурата на емфитевзния договор, се връщаме към това, което трябва да е в неговото начало - предметът на договора. Той също не е изрично определен в цитираните текстове. От техния анализ обикновено се приема, че се касае до едно пълно и неограничено ползване на имотите, за които обаче не е сигурно, че запазват назоваването си като *fundi emphyteutici, praedii emphyteuticarii* - техният статут остава за емфитевзните концесии на публични земи, които се прилагат паралелно с договорната емфитевза<sup>57</sup>

Няма сведения дали те са необработваеми, необработвани или трайно пустеещи, макар че използването на самата терминология за емфитевзата, респ. този вид договор вместо множеството други форми на аренды на земи, води до изводи в тази насока. Категорично становище обаче не може да се изрази доколкото също няма изрично определяне на задължението за обработване и подобряване на имота, съответно последици от неговото неизпълнение. Ако се приеме обаче, че в договора има задължение да не се влошава състоянието на имота, за което се предвиждат някакви обезщетения (в С. 4.66.2.2. се споменава за *roenae*), то поне може да се предполага, че се санкционира изоставянето му като необработван.

---

*instrumentum emphyteuseos perditum est, minime licere emphyteutae sine consensu domini suas meliorationes aliis vendere vel ius emphyteuticum transferre.*

<sup>56</sup> В статията имам предвид само т.нар. „светска“ емфитевза, без да разглеждам църковната емфитевза, за която има задължителна писмена форма и запазени договори. Вж. по-подробно у RODRÍGUEZ LÓPEZ, R. „*In emphyteuticis instrumentis*“. – *RIDA*, 55, 2008, р. 434 ss.

<sup>57</sup> Ако не се приеме такъв паралелизъм, то остава необяснимо запазването на текстовете в Юстиниановия кодекс относно тези концесии, правомощията на провинциалните управители, фискалните служители и администраторите на *res privata*. Вж. обобщенията и сравнението на двата типа емфитевзи в моята монография Правната регламентация на емфитевзата...Цит.съч., с. 271 и сл.

Известни указания в тази насока има в IJ. 3.24.3. , където по отношение на тези земи се твърди, че те са предоставени за плодоприбиране (*de praediis, quae perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est ut, quamdiu pensio sive reditus pro his domino praestetur...*). При буквалното възприемане на текста може да се счита, че става въпрос за обработваеми земи, чието обработване трябва да продължи и на собственика да се престира част от реколтата - типично за всяко арендно правоотношение. При по-разширено тълкуване обаче би се възприело предоставянето и на необработваеми земи - типичен проблем за Късната Империя, чието обработване е определено в договора и затова и става въпрос само за плодоприбиране (*fructus, ius fruendi*), а не за по-широкото право на плодopolзване (*ususfructus, ius utendi fruendi*), което е все пак своеобразно ограничаване на свободата на емфитевта да ползва имота извън задължението за обработване.

В тази връзка се поставя въпросът какво се има предвид под подобрения - *mejliorationes, emponemata*<sup>58</sup>. В CJ. 4.66.2-3 се споменава общо за тях, като се допуска да има специално договаряне в допълнителни съглашения (*pactiones, conventiones*) или тацитно извършване, ако става въпрос за подобрения, различни от насажденията. Но *implantatio* е най-вероятното приращение към емфитевния имот, доколкото само така се получава реколтата, от която се извършва основното задължение на емфитевта, което поддържа *in perpetuum* арендата. В конституциите се споменава за натуралната рента - *reditus* наред с паричната арендна плата, означавана като *pensio*.

В конституцията на Зенон се говори се най-общо за вещь (*res*), а не за имот, макар и да има вече утвърдена терминология за обекта на емфитевзата. Може да се постави въпрос дали емфитевза би могла да се учреди и за движими вещи, които погиват изцяло или отчасти или се засяга тяхната субстанция. Като се има предвид общата еволюция на правните конструкции за концедиране само на недвижности от класическия период (като например при прекария и пекулия), която през Домината обаче се разпростира и за всякакви вещи и права, разсъждения в тази

---

<sup>58</sup> Освен цитираната по-горе монография на M.E.ORTUÑO PÉREZ вж. и SCAFFARDI, G. P. *Studi sull'enfiteusi*. Milano, 1981, p. 27-48.

посока не биха били абсурдни. В източниците обаче няма изрични сведения за предоставяне като емфитевза на движими вещи.

По-скоро в случая се има предвид единството на земята и подобренията върху нея, т.е. приращенията във вид на реколта, а вероятно и сгради и съоръжения за съхраняването и преработването ѝ (хамбари, складове, преси и пр.). Именно в тази насока е налице значителна приемственост на римскоправната уредба в съвременната емфитевза.

Такава теза не е обсъждана и в романистиката, вероятно под влияние на гръцката терминология и исторически утвърдената практика за емфитевзата като концесия с цел засаждане на определен пустеещ имот. Напълно допустимо е той да погине, но това е по-рядка житейска хипотеза. По-скоро може да погине реколтата от него, но тъй като емфитевзата не е обвързана с натурална, а с парична рента, това не би следвало да се отрази на задължението за плащане подобно на вектигалните аренды. Все пак тази концесия има привилегирован режим и по тази причина общите правила за риска се модифицират специално за случайното събитие. Ако все пак се допусне предоставянето и на движими вещи наред с недвижимостта, то това би било едно разширено разбиране за *fundus instructus*, което включва и земеделския инвентар, добитъка, стопанските сгради и съоръжения.

#### 4. Заключение

Правната уредба на емфитевзния договор в титул LXVI на книга IV на Кодекса и в Институциите на Юстиниан бележи последния период от еволюцията на тази поземлена аренда в римското право. Тя се явява реформаторска от една страна, а от друга - синтетична. Компилаторите са направили опит да систематизират съществуващата практика и да изградят една действаща конструкция за стопанисване на земи, принадлежащи както на фиска и короната, така и на частни лица, които се предоставят *in perpetuum*<sup>59</sup>. Не можем да бъдем съдници доколко този опит е успешен или не, тъй като самият механизъм на правно регулиране в

---

<sup>59</sup> Срв. в този смисъл и обобщението у BOJARSKI, Wl., *op.cit.*, p. 80-82.

Древния Рим в епохата на Домината има такива особености, които съществено го различават от съвременната законодателна практика.

Особеностите на обективизираното на правните норми в Рим, както и фактът, че до нас е достигнала малка част от огромното творчество на римската юриспруденция, не ни позволяват да направим преценка за всички страни на цялостната уредба на емфитевзата, за нейната пълнота и непротиворечивост. Освен това липсата на сведения от неюридическите източници затруднява и изводите доколко санкционираните от правото отношения са били осъществявани на практика и как фактически са се развивали тези концесии и аренды в периода IV - средата на VI в. сл. Хр. на територията на Римската империя, какво е било съотношението между тях за публичните и частните земи. Наред с това тълкуванията на глосаторите и потглосаторите, внесени в правната схема на римската емфитевза, в някои насоки съществено променят нейната същност, за да я пригледят към съвременната им концепция за *dominium divisum*<sup>60</sup>.

Най-общо може да се приеме, че в Късната Римска империя правото запазва своята догматична пластичност, следва утвърдените в практиката модели и позволява дори в сферата на аграрните отношения, които имат известна традиционна стабилност, да се използва диспозитивна уредба, даваща възможност на собственика и арендатора да намерят оптималния баланс на своите интереси, при гарантиране и на публичния интерес, свързан със стопанисването на обработваемите земи, стабилното земеделско производство и плащането на поземлените данъци. Именно тя е основанието за използването на емфитевзата като една от формите на феодалната разделна собственост, но най-вече за съвременното ѝ приложение не само в аграрната практика, но и за урбанизираната собственост и дори при осъществяването на различни социални дейности<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> Вж. ATTOLICO, B. Di alcuni requisiti essenziali alla enfiteusi antica. – In: *Studi Fadda*. T.VI. Napoli 1906, p.239. Вж. по-подробно у CENCETTI, G. *Il contratto di enfiteusi nella doctrina dei glossatori e dei commentatori*. Bologna, 1939, p. 20-27.

<sup>61</sup> На съпоставката между римската и съвременната емфитевза и вещноправната ѝ характеристика е посветено едно мое самостоятелно изследване, което ще бъде публикувано в IUS ROMANUM 1 (2022).

## РАЗМИСЛИ ОТНОСНО СЛИВАНЕТО КАТО НАЧИН ЗА ПОГАСЯВАНЕ НА ОБЛИГАЦИОННИТЕ ОТНОШЕНИЯ С ГАРАНЦИЯ ЗА ИЗПЪЛНЕНИЕТО (НА АНГЛИЙСКИ ЕЗИК)

**Проф. д-р Мария Кармен Хименес Салседо**

Университет в Кордоба, Испания

**Резюме:** Погасителните ефекти на сливането при цивилните облигационни отношения се развиват според много особени правила за различните видове правоотношения, като са различни и решенията, които римските правни източници ни предоставят за това отношение. Така винаги поддържаме като основа на нашето изследване единството по отношение на дефиницията на института и проектираме интереса си към анализа на сливането в областта на задълженията с гаранция и по-специално на задълженията, гарантирани с лична гаранция, както те се проявяват между кредитора и главния длъжник, между кредитора и поръчителя и накрая между длъжника и поръчителя.

**Ключови думи:** погасяване на облигацията; сливане; гаранции на облигационното отношение; лични гаранции; поръчителство.

## REFLECTIONS ABOUT CONFUSION AS MEANS OF EXTINCTION OF OBLIGATIONS GUARANTEED BY BOND (ENGLISH LANGUAGE)

**Prof. Maria Carmen Jiménez Salcedo, PhD**

University of Córdoba, Spain

**Abstract:** The extinguished effects of confusion in civil obligations are verified in agreement with very particular rules in diverse categories of legal relations in which they affect and distinctive as well are the solutions that roman legal sources contribute in this sense, by which always maintaining as base of our study the unity in regards to the definition of the institution, we have projected our interests for the analysis of the confusion in the obligations with guarantee field, most definitely about the guaranteed obligations with the bond in accordance to their manifestation between deserving of and principal debtor, between deserving of and guarantor and lastly, between debtor and guarantor.

**Keywords:** Extinction of obligations; confusion; guarantee of obligations; personal guarantee; bond.

## I. Introductory consideration

The jurist POMPONIUS affirms in D. 46,3,107 (*Lib.2 Enchiridii*): <...obligatio ...resolvitur...cum in eadem personam ius stipulantis promittentisque devenit >, or what is the same, the obligation to extinguish ipso iure by confusion when the same person possesses the qualities of debtor or deserving of. This is the definition that also appears in the art. 1192 of Civil Code: The obligation will be extinguished as long as the same person gathers both concepts of debtor and deserving of. That is to say, being indispensable so that the obligation lingers that the conditions of passive and active subject are represented in different people, we can finally conclude that if this duality disappears, the obligation would obviously be extinguished as well.

This concept of logically-lawful impossibility of term of an obligation in which the debtor and deserving of are the same person, determines the same nullifying effect in all types of obligations (those which are guaranteed with a true pledge right or with a bond, in the solidary obligations, etc.) due to the existence of a fundamental unit in the concept of confusion. Nevertheless, we can affirm that there is not a single norm that gathers, in a singular and unique form such nullifying effect. This, on the contrary, is verified in conformity with very particular rules among the diverse categories of confusion. In this way, we can say that the roman jurists, always maintaining as base, a conceptual unit, proceeded in different ways in the diverse cases in which such institutions project their effects. Concretely, it is interesting to analyze that jurisprudencial answers that were poured over the obligations with guarantee and more specifically, over the guaranteed obligations with a bond to whose study we will dedicate the following pages.

## II. Confusion in obligations guaranteed by bond

In the guaranteed obligations through bond (*fideiussio*)<sup>1</sup> confusion can be manifested in three different ways, according to its verification:

---

<sup>1</sup> The *fideiussio* is the most advanced way to personal guarantee in Roman Right and the only one that survives to date in Justinian Right and that is good to guarantee all types of obligations and not only those birthed out of stipulation, as it occurred with the other more ancient ways of bond: la *sponsio* and the *fideipromissio*). For the citizens and foreigners respectively).

- a) Between deserving of and its primary debtor.
- b) Between deserving of and guarantor.
- c) Lastly, between debtor and guarantor.

### a) Confusion between deserving of and its primary debtor

In the first case, this is, when the same persona gathers the qualities of debtor and principal deserving of, at the same time that the principal obligation extinguishes, so does the relation to the bond. En words by SOLAZZI, this is extinguished not by the own concept of logically- lawful impossibility the prevails in confusion with a general character, if not by the accessory character ow the fideiussoria obligation: when there is no obligation to guarantee, there is no reason to keep the guarantee. Confusion extinguished ipso iure the principal relationship and *fideiussio* follows the same fate. In this sente, some of the jurisprudencial decisions appeared inspired contained in the sources,as so, we can mention in the first place the D.46,3,43 de ULPIANUS (lib.2 Regularum)<sup>2</sup> where in its first

---

Bond constitutes in Rome the most important means of ensuring a credit and itself, by its own rigorous execution forced on the person. It is superior in importance and in technical configuration to the pignoraticia guarantee. See FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho Privado Romano*. 10<sup>a</sup> ed. Madrid, 2017, p. 275 ss; Id. *Derecho Romano*. 3<sup>a</sup> Ed. Madrid, 2019, p. 186 ss.; ALBURQUERQUE, J. M. *De perspectivas exegeticas a perspectivas sistematicas y dogmaticas: Breves puntualizaciones en torno al siglo caracterizado por el esplendor de la jurisprudencia de la Escuela culta*. - RGDR 3, Madrid, 2004, p. 1 ss; Id. *Scientific consubstantial values to the legal dogmatic and the theory of legal business*. – *Ius Romanum*, 2021; KASER, M. *Derecho Romano Privado*. Versión directa de la 5<sup>a</sup> edición alemana por Santa Cruz Teijeiro, Madrid 1982, p. 250 ss.; D'ORS, A., T. GIMÉNEZ-CANDELA. *Fianza parcial*. - RIDA, 30, 1983, p. 101 ss.; BAUTISTA, DÍAZ. *Notas sobre el aseguramiento de obligaciones en la legislación justiniana*. - AHDE, 50, 1980, p. 683 ss.; LEVY. *Sponsio, fideipromissio, fideiussio*. Berlín 1907, p. 17 ss.

<sup>2</sup> In regards to the interpolations or to the classic character of the fragment, See The difference of opinions from CUGIA. *La confusione dell'obbligazione con cenni al nuovo codice civile*. – In: *Corso di Diritto Romano tenuto nella R.Università di Firenze*, Padova 1943, p. 202, p. 206; SOLAZZI. *L'estinzione dell'obbligazione nel Diritto Romano*. Vol.I. Nápoles, 1935, p. 310. In this author's opinion, the cited fragment is interpolated and the rule presented in this heading is clearly discredited by other two texts from Digest: D. 36.1.59 (61). pr. (*Paulus, lib. 4 Quaestionum*) and D.46.3.38.5 (*Africanus Lib.7 Quaest.*). SOLAZZI based his reasoning with the literal concept of actio serviana and actio pignoraticia in agreement that the right of pledge is not extinguished by confusion. See also, in the matter, KRETSCHMAR. *Die Theorie der Confusión. Ein Beitrag zur Lehre von der Aufhebung der Rechte*. Leipzig, 1899, p. 129; CARRELI. *Sulla accesorieta del pegno del Diritto Romano*. 1934. Reimp. 1980, p. 68 ss.; KIESS, P. *Die confusio in Klassischen römischen Recht*. Berlín, 1995, p. 90 believes that the fragment is classis despite recognizing that the second part of the same, is not as it is put to believe, „praeterquam“, an exception with regards to the first part, given that the confusion between deserving of and guarantor has nothing to do with the principal extinction of obligation by confusion. Probably, this author affirms, the classical



section, established that the accessory obligations that are extinguished, just as the bond, the mortgage and the rights of pledge, if the principal credit is extinguished. „*In omnibus speciebus liberationum etiam accisiones liberantur, puta adpromissores, hypothecae, pignora; praeterquam quod inter creditorem et adpromissores confusione facta reus non liberatur*“. In the second part of the text (*praeterquam...*) ULPIANUS refers to the case in which both the deserving of and the the guarantor are confused and affirms that the principal debtor will not be absolved<sup>3</sup>.

In the fragment 38,1 del D.46,1 (*Lib. 20 Digestorum*) MARCELUS also presents to us the idea of accessory as cause of extinction of the personal guarantee, when pointed out in relation to a case in which the deserving of inherits the debtor, that the guarantor is free because there will no longer be a debtor who will be responsible and answer to the guarantor, nor a debt owed: „... *Respondit, si ei, a quo tibi erat sub conditione legatum, quum ab eo fideiussorem accepisses, heres extiteris, non poteris habere fideiussorem obligatum, quia nec reus est, pro quo debeat, sed nec res ulla, quae possit deberi*“<sup>4</sup>.

In other countries of the compilation, as fundament of extinction of bond, there also appears the principle „*nemo potest pro eodem apud eundem debere*“, or what is the same „Nobody can be a guarantor of a persona with itself“, legal formula that sends us to the principle of impossibility that informs about confusion and that also indicates to us with the words “pro eodem” the character accessory of the bond<sup>5</sup>. Firstly outlined the D 46.3.34.8 (*Iulianus, lib. 54 Dig*)<sup>6</sup>: „*Quidam filiumfamilias, a quo fideiussorem acceperat, heredem instituerat; quaesitum est, si iussu patris adiisset hereditatem, an pater cum fideiussore agere posset. Dixi, quotiens reus satisfandi reo satis accipiendi heres existeret, fideiussores ideo liberari, quia pro eodem apud eundem debere non possent*“.

---

compiler added this second part without warning of not having any connection whatsoever with the first one, this makes us believe that surely, that one has also been found elsewhere among the genuine texts by ULPIANO.

<sup>3</sup> See supra p. 6 ss.

<sup>4</sup> About this, CUGIA, *op. cit.*, p. 128 affirms that Marcelo finds the reason of extinction of bond and in the logically-lawful impossibility of the bond by its own characteristic of accessory.

<sup>5</sup> According KRETSCHMAR, *Die Theorie...*, *cit.*, p. 119, this formula expresses that no one can derive a benefit from their own contractual infidelity. In the view of CUGIA. *La confusione...*, *cit.*, p. 128, this principle further clarifies the impossibility of security in such cases.

<sup>6</sup> About this passage cfr. KRETSCHMAR, *op. cit.*, p. 118; LEVY. *Sponsio, fideipromissio, fideiussio*. Berlín, 1907, p. 17.

According to JULIANUS, the bond credit is extinguished because there it is not possible that a person guarantees the obligation of another person in favor of themselves. The same reasoning was also used by PAULUS in D 46.1.71. pr (*Lib.4 Quaestionum*) referring to the guarantor as dominant: „*non potest pro eodem apud eundem quis mandator esse*“<sup>7</sup>. And AFRICANUS in D 46.1,21,3 (*Lib. 7 Quaestionum*): „*quoniam quidem nemo potest apud eundem pro ipso obligatus esse*“. For SOLAZZI, this argumentative formula is postclassic: the classical jurists would have only sent to the accessory of the bond's credit<sup>8</sup>.

Some authors<sup>9</sup> have sustained that the sources offer a third fundament for extinction of personal guarantee as a consequence of the incurred confusion over the principal obligation, this is, by efficacy of the inherent payment to the confusion. Concretely, the paragraphs thereby presented in this way are; *D.46.1.50 (Papinianus, lib. 37 Quaestionum)*: „*Debitori creditor pro parte heres extitit accepto coherede fideiussore; quod ad ipsius, quidem portionem attinet, obligatio ratione confusionis intercidit, aut, quod est verius, solutionis potestate; sed pro parte coheredis obligatio salva est, non fideiussoria, sed hereditaria, quoniam maior tollit minorem*“. That is to say, a deserving person comes to be an inheritor of a debtor along with the guarantor. The credit is confused with the fee of the coheir and thus, *solutionis potestate* is extinguished or what is the same, by force of payment, and the guarantor follows the debtor in the other debit's fee. Nevertheless, bond is extinguished entirely, because the major one extinguished the minor one.

In our opinion, the “*solutionis potestate*” does not refer to the bond but rather to the extinction of the principal credit<sup>10</sup> and in the same line of thought, SOLAZZI sustains that the insert is altered by the compilers, the same that occurs in the second fragment that is

---

<sup>7</sup> PAULUS also uses this formula in D 46.1.56.1 (*Lib. 15 Quaesti.*) nevertheless, where no right is extinguished by confusion. Cfr. KIESS, P. *Die confusio...*, *cit.*, p. 91, n. 31; KRETSCHMAR, *op. cit.*, p. 120; SOLAZZI. *L'estinzione...*, *cit.*, p. 300, n. 1; BUTI. *Studi sulla capacità patrimoniale dei servi*. 1976, p. 118 ss.; BURDESE. *Considerazione in tema di peculio C.D.* Profettizio, Studi in onore di Cesare Sanfilippo I, 1982, p. 92.

<sup>8</sup> SOLAZZI. *L'estinzione ...*, *cit.*, p. 300, p. 283, n. 2.

<sup>9</sup> CICU. *Estinzione di rapporti giuridici per confusione*. Sassari, 1908, p. 33 ss. and KRETSCHMAR, *op. cit.*, p. 118.

<sup>10</sup> Cfr., CUGIA. *La confusione...*, *cit.*, p. 129.

invoked to justify the extinction of bond in the cases of confusion between deservings of and debtor “*veluti solutionis*”. It is about the already mentioned D.46.1.71. pr. (*Paulus, lib.4 Quaest.*): „...*ubi successit creditor debitori, veluti solutionis iure sublata obligatione etiam mandator liberatur, vel quia non potest pro eodem apud eundem quis mandator esse*“<sup>11</sup>.

### **b) Confusion between deservings of and guarantor**

In the second case of confusion in relation to the bond, we find that the deservings of inherits the guarantor or vice versa, which in consequence, the qualities of guarantor and deservings of are united in the same person and the credit of bond is extinguished by confusion, while the principal credit subsists. Thereby comes to validate it:

D.17.1.11 (*Pomponius, lib. 3 ex Plautio*): „*Si ei, cui damnatus ex causa fideiussoria fueram, heres postea extitero, habebo mandati actionem*“.

POMPONIUS states that if the deservings of had sued the guarantor, he would have defeated him in the litigation and after the deservings of had passed away, the own guarantor would have inherited him, this (Guarantor and heir) would have *actio mandati contraria* at his will to address against the debtor on the way back. Affirmed by SOLAZZI<sup>12</sup>, that „so that the comeback action can be carried out, the guarantor being condemned would not suffice, rather, it was necessary that he would have paid out the principal debtor, making him debt free. The cited text comes to admit that hereditary confusion is equal to the payment.“ Nevertheless, we must maintain that in the classical right the *litis contestatio* between the deservings of and the guarantor frees the principal debtor. The *actio mandati* does not emerge out of the confusion, but rather, it was already existent from the moment of the liberation of the principal debtor, in other words, from the *litis contestatio*.

From that moment, the guarantor can say that *aberat pecunia*, reason for which it can be deduced that this fragment swims in favor of the confusion`s satisfactory nature, at least for the classical Right. In this way, pointed by CUGIA that in Justinian Right, the

<sup>11</sup> SOLAZZI, *op. cit.*, p. 300.

<sup>12</sup> SOLAZZI, *op. cit.*, p. 293. See also in regards to this fragment, KRETSCHMAR. *Die Theorie der confusio*, *cit.*, p. 140 ss.; WATSON. *The Roman Law of Mandate*. 1961, p.171 ss.; KIESS, P. *Die confusio...*, *cit.*, p. 88 ss.

*litis contestatio* does not possess consumptive right and probably, the *actio iudicati* between deserving of and guarantor do not free the principal debtor, regardless, having been produced the confusion between the deserving of and the guarantor, regardless of this having paid or not, the byzantines granted the *actio mandati* that appeared in the classical text. Tough probably, also for the byzantines, the mandate actions emerges at the moment in which the principal debtor has breached the agreement, given that if the deserving of has directed itself against the guarantor, it is presumed that he had directed itself against the debtor beforehand with no success at all<sup>13</sup>.

Another classical text<sup>14</sup> that explicitly excludes confusion equal to payment in relation with our hypothesis is the *D. 46.1.21.5 (Africanus, lib.7 Quaestionum)*: „*Cum fideiussor reo stipulandiheres exstiterit, quaeritur, an quasi ipse a se exegerit, habeat adversus reum mandati actionem, respondit, cum reus obligatus maneat, non posse intellegi ipsum a se fideiussorem pecuniam exegisse: itaque ex stipulatu potius quam mandati agere debet*“.

In this case, the guarantor inherits the deserving of without having had any place in the proceedings prior to the succession and AFRICANUS rejects *la actio mandati contraria* because in his opinion, one cannot consider the heir to have collected the credit from itself given that the debtor continues to be obliged to it. (*obligatus manet*). For that, the heir can only direct itself against the debtor with the *actio ex stipulatu*, that is, by the principal credit.

Even though the first vist can appear that between AFRICANUS and POMPONIOUS there exist at controversy of opinions, in fact, it is not like so<sup>15</sup>; rather, both decided on the basis of different cases: in the case of POMPONIOUS, the deserving of has lost the principal credit after directing itself against the guarantor and having jammed the *litis contestatio*, so the guarantor, that inherits the deserving of, can no longer validate the principal credit. For this motive, and I add, it can exercise the *actio mandati contraria*

---

<sup>13</sup> CUGIA, *op. cit.*, p. 124. Cfr. Also *D.17.1.47. pr. (Pomponius, lib. 3 Ex Plautio)*, *D. 3.5.27 (28) (Iavolenus, lib. 8 Ex Cassio)*.

<sup>14</sup> CUGIA, *op. cit.* p. 125; SOLAZZI, *op. cit.*, p. 297; KRETSCHMAR. *Die theorie...*, *cit.*, p. 162; WATSON. *The Roman Law of Mandate*. 1961, p. 177 ss.; BETTI. *Sulla concezione classica della confusio*. - In: *SDHI*, 28, 1962, p. 19 ss.; KIESS, P., *op. cit.*, p. 88 ss.

<sup>15</sup> Cfr. KIESS, P., *op. cit.*, p. 88; SOLAZZI, *op. cit.*, p. 297; KRETSCHMAR, *op. cit.* p.178 .

against the debtor, if it made itself a guarantor in agreement with whatever was requested in a mandate.

However, in the case of AFRICANUS, the requirements do not coincide of *actio mandati contraria*<sup>16</sup>: the guarantor has not been sued by the deserving of before the succession, therefore, at the time of inheriting the deserving of, it cannot be understood as having paid itself for reasons of bond and as the debtor remains in obligation, it can direct against him for the principal credit with the *actio ex stipulatu*. Again, it is evident that confusion in the stated hypothesis does not have an equivocal effect to that of the compliance. As indicated by AFRICANUS with else words: *non posse intellegi ipsum a se fideiussorem pecuniam exegisse*.

In this order of ideas, also established by AFRICANUS, in D.46,1,21,3 (*lib. 7 Quaest.*) if the deserving of names an heir, the bond's credit is extinguished, regardless of the fact that the obligation with the principal debtor is civil or natural given that no one can lend bond to a person upon itself. But if the guarantor inherits the deserving of, then, only the bond's credit is extinguished: „*Quod si stipulatur reum heredem instituerit, omnimodo fideiussoris obligationem perimit, sive civilis, sive tantum naturalis in reum fuisset, quoniam quidem nemo potest apud eundem pro ipso obligatus esse. Quod si idem stipulator fideiussorem heredem scripserit, proculdubio solam fideiussoreis obligationem perimit. Argumentum rei: quod si possessio rerum debitoris data sit creditori, aequae dicendum est, fideiussorem manere obligatum*“. In accordance to the text that was come to us (*argumentum rei...*), the jurist bases this position saying that it is this way, the same as then the deserving of acquires the possessions of the assets from the debtor within the framework of an insolvency procedure, the guarantor remains subject to obligation.

Nevertheless, *argumentum rei* is a postclassic addendum<sup>17</sup>, given that the title that follows those words can not function as foundation for the two primary cases: the bond's credit is extinguished in both of them, while in the final part of the fragment, it subsists: besides, in the second case both the deserving's of patrimony and the guarantor fall back together, whereas, in the last part of the fragment, the deserving of acquires the debtor's

---

<sup>16</sup> KIESS, P., *op. cit.*, p. 89 notes that AFRICANO only rejected the cumulative exercise of both actions; against, convincingly. KRETSCHMAR, *op. cit.*, p. 163; WATSON, *op. cit.*, p. 172; CUGIA, *op. cit.*, p. 126 .

<sup>17</sup> Cfr. KIESS, P., *op. cit.*, p. 87.

patrimony. If we eliminate the words *argumentum rei*, AFRICANUS constructs three independent cases that start with *quod* respectively, without them all being substantiated. As specifically pointed out by KIESS<sup>18</sup> „A post classic presenter created this false correlation“.

In the same way, ULPIANUS in D.46.3.43 in fine (*Lib. 2 Regularum*), underlines that when confusion is produced between the deserving of and the guarantor, the principal debtor remains in obligation: „*praeterquam quod inter creditorem et adpromissores confusione facta reus non liberatur*“.

Lastly, it is rather interesting to mention the fragment 8.3 del D. 2.8 by PAULUS (*lib.14 ad Edictum*), just as, in the case where the deserving of and the guarantor are confused, if the bond's credit is extinguished, a new one would have to be constructed and guaranteed the principal credit: „*Si fideiussor iudicatum solvi, stipulatori heres extiterit, aut stipulator fideiussori, ex integro cavendum erit*“.

Nevertheless, it is about a special case from which conclusions can not be extracted for all the confusion cases in general. In it PAULO decides over the obligation of the defendant to take part in *cautio iudicatum solvi* in a process in favor of the plaintiff. As established by the edict, *cautio* was guaranteed by the bond if the guarantor inherited the plaintiff or if the plaintiff inherits the guarantor, the defendant must take part in *cautio iudicatum solvi*<sup>19</sup>.

### c) Confusion between debtor and guarantor

Even more complex, the third confusion case is presented between the principal debit and that of the bond. The majority doctrine has admitted that in these cases, there is no comparison of legal qualities within the same person, for that, since the XIX century, the pandectists rated this type of confusion as improper<sup>20</sup>. KRETSCHMAR believed otherwise that the incompatibility between the qualities of debtor and guarantor was confirmed by AFRICANO in D.46.1.21.2 when „*non enim intelligi potest ut quis pro se*

---

<sup>18</sup> *Op.cit., loc. cit.*

<sup>19</sup> See KIESS, P., *op. cit.*, p. 90.

<sup>20</sup> See CICU. *Estinzione di rapporti...*, *cit.*, p.34, KIESS, *op. cit.*, p. 94.

*fideiubendo obligetur*<sup>21</sup> was established, that is to say, that not one person can be a guarantor of itself<sup>21</sup>.

It is true that for the case in which the guarantor inherits the debtor or the debtor the guarantor, the classical jurists adopted diverse solutions (always keeping into consideration the interests of the deserving of that in last instance would lose the principal credit or the guarantee), though by general rule, it is commonly said that the bond's credit is extinguished in a way that the heir has obligations only with the principal debtor. As signaled by VENULEIUS and ULPIANUS who relate this hypothesis with the confusion of the solidary obligations:

D. 45.2.13 (*Venuleius Lib. 3 Stipulationum*): „*Si reus promittendi alteri reo heres extiterit, duas obligationes eum sustinere dicendum est; nam ubi quidem altera differentia obligationum esse possit, ut in fideiussore et reo principali, constitit, alteram ab altera perimi; quum vero eiusdem duae potestatis sint, non potest reperiri, alteram potius, quam alteram consummari; ideoque etsi reus stipulandi heres extiterit, duas species obligationis eum sustinere.*“

D. 46.1.5 (*Ulpianus, Lib.46 ad Sabinum*): „*Generaliter Iulianus ait, eum, qui heres extitit ei, pro intervenerat, liberari ex causa accessionis, et solummodo quasi heredem rei teneri. Denique scripsit, si fideiussor heres extiterit ei, pro quo fideiussit, quasi reum esse obligatum, ex causa fideiussionis liberari; reum vero reo succedentem ex duabus causis esse obligatum. Nec enim potest reperiri quae obligatio, quam perimat, at in fideiussore et reo reperitur, quia rei obligatio plenior est. Nam ubi aliqua differentia est obligattionum,*

---

<sup>21</sup> KRETSCHMAR. *Theorie der confusio...*, cit., p. 35 ss. Besides, as manifested by KIESS, P. op. cit., p.107 ss., we have received fragments from AFRICANO, MARCELO and ESCÉVOLA in which the process of virtue from which the positions of debtor and guarantor fall within the same person have also been qualified as „confusio“. These fragments are: D.46,1,21,4 (Africanus lib. 7 Quaestionum), D.46,1,24 (Marcellus, lib. Singulari responsorum), D.46.3.93.2.3 (*Scaevola, Lib. Sing. quaeestionum publice tractatarum*). Although according to this author, the so-called confusion unlike the bond was only qualified as confusion in the high classic era. Nevertheless, beyond this common qualification, there was no common ground among the classical jurists between self confusion and the bond's own confusion. For that, it is impossible at its own judgement, to extract conclusions of the inappropriate confusion to apply to the own confusion as it has always been done in the modern romanistic era.

*potest constitui, alteram per alteram perimi; quum vero duae eiusdem sint potestatis, non potest reperiri cur altera potius, quam altera consumeretur. Refert autem haec ad speciem, in qua vult ostendere, non esse novum, ut duae obligationes in unius persona concurrant; est autem species talis: si reus promittendi reo promittendi heres extiterit, duas obligationes sustinet; item si reus stipulandi extiterit heres rei stipulandi, duas species obligationis sustinebit; plane si ex altera earum egerit, utramque consumet, videlicet quia natura obligationum duarum, quas haberet, ea esset, ut, quum altera earum in iudicium deduceretur, altera consumeretur*<sup>22</sup>.

VENULEYUS and ULPIANUS confirm the bond's credit is extinguished if the debtor inherits the guarantor or if the guarantor inherits the debtor<sup>23</sup>. As a justification they point out that the principal credit is stronger than the bond's credit and thus voids it. This solution would be an exception to the current starting point in the solidary debt in which both credits subsists without a solitary debtor inheriting the other<sup>24</sup>.

Both fragments are alike much in the sense that in regards to the construction of its reasonings and to the election of the terms. As these similarities can not confer casualty, we can entail with KIESS that both paragraphs overcome a common source, perhaps to JULIANUS cited by ULPIANUS<sup>25</sup>. For that, he affirms this author that it is improbable that both texts had been redone in the post classic period; rather, complying with its content and its literal content, both fragments would be classic<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> Regarding these fragments, one can see: SOLAZZI, *op. cit.* p. 307 ss.; BETTI. *Sulla concezione classica...*, *cit.*, p. 24; JOHNSTON. *On a singular book of Cervidius Scaevola*. 1987, p. 66 ss.; BERNASCONI. *Il legato di debito nel Diritto Romano. – SDHI*, 42, 1976, p. 93 ss.; CUGIA, *op. cit.*, p. 131 ss.; CICU. *Estinzioni di rapporti...*, *cit.*, p. 35; KIESS, P., *op. cit.*, p. 95 ss.

<sup>23</sup> See KIESS, *op. cit.*, p. 95. Cfr. También D.42.6.3. pr. (*Papiniano, lib. 27 Quaestionum*); D.46.3.38.5 (*Africano, lib. 7 Quaestionum*).

<sup>24</sup> BERNASCONI, *op. cit.*, *loc. cit.*, points out that this starting point constitutes in turn an exception to the rule that a debtor can not owe the same thing two times.

<sup>25</sup> KIESS, *op. cit.*, *loc. cit.* Así lo afirma también JOHNSTON, *op. cit.*, p. 67 at the moment of commenting that the compilers had eliminated in VENULEYO the reference to JULIANO.

<sup>26</sup> KIESS, *op. cit.*, p. 96; with the same opinion See also JOHNSTON, *op. cit.*, p. 67; BETTI. *Sulla concezione...*, *cit.*, p. 24. Against, SOLAZZI, *op. cit.*, p. 308.



In any case, both jurists despite not explicitly expressing why the bond's credit is extinguished in this case<sup>27</sup>, they base their answers in that the principal credit is stronger than that of guarantee (*quia rei obligatio plenior est*). In this sense, part of the doctrine<sup>28</sup> has believed that in the classical jurist terminology one can appreciate signs of formation of a theory in which the bond's credit will extinguish when the principal credit were *plenior* or *maior* or when the bond's credit and the principal credit have different values<sup>29</sup>.

Nevertheless, it is true that the jurisprudence almost always refer the mayor weight of the principal credit to justify the extinction of the bond using the term *plenior* and/or other similar ones, we find KIESS's opinion very coherent, according to which, with it, they would not be contributing an explanation for the extinction of the bond's credit, but rather, that they would be describing the bond's credit as means of accessory of guarantee that depends on the contents of the principal credit, and that in no case can it be more extensive than the principal credit<sup>30</sup>.

In effect, no theory should have been formed accordingly, whilst there was no unanimous opinion among the jurists in regards to the extinction of bond in the case of confusion between debtor and guarantor. Various fragments that evidence division of opinions with this sense, when in them it is decided that the bond's credit subsists despite the obligations being compiled into a single person:

D.46.3.93.3 (*Scaevola, lib.singulari Quaestionum publice tractatarum*): „*Quid ergo si fideiussor reum heredem scripserit? Confundetur obligatio secundum Sabini sententiam, licet Proculus dissentiat*“.

---

<sup>27</sup> It's True that in D.46.1.14 (*Iulianus, lib.47 Digestorum*); D.46.3.93.2 (*Scaevola Lib.Singulari Quaestionum Publice Tractatarum*) , the jurists do not contribute reasons that support their answers.

<sup>28</sup> See SOLAZZI, *op. cit.*, p. 303 ss.; KRETSCHMAR. *Die Theorie...*, p. 72 ss.; KIESS, *op. cit.*, p. 103.

<sup>29</sup> See in this sense, D.46.3.95.3 (*Papinianus, lib. 28 Quaestionum*): „*fideiussorem, qui debitori heres extitit, ex causa fideiussionis liberari, totiens verum est, quotiens rei plenior promittendi obligatio invenitur*“; D.46.1.5 (*Ulpianus, lib. 46 ad Sabinum*): „*at in fideiussore et reo repperitur, quia rei obligatio plenior est*“; D.42.6.3, pr. (*Papinianus lib.27 Quaestionum*): „*obligatio quae maior fuit*“; D.46.1.50 (*Pap.lib.37 Quaestionum*): „*Quoiam maior tollit minorem*“; D.45.2.13 (*Venuleius, Lib.3 Stipulationum*): „*nam ubi quidem altera differentia obligationum esse possit, ut in fideiussore et reo principali ,constitit alteram ab altera perimi*“.

<sup>30</sup> KIESS, *op. cit.*, p. 103-104.

According to SABINUS the bond's credit will extinguish by confusion, according to PRÓCULO, no. Regardless, it ended up imposing the first opinion, so it detaches from an imperial constitution from DIOCLETIANUS that is found in C.8,41,24. And the fact that it would have arrived without a single fragment from a jurist that would follow PRÓCULUS's opinion<sup>31</sup>.

In D 46.1.21.2 (*lib.7 Quaestionum*), AFRICANUS sets out the following case: „*Servo tuo pecuniam credidi, eum tu manumisisti, deinde eundem fideiussorem accepi; si quidem in eam obligationem fideiubeat, quae adversus te intra annum sit, obligari eum ait; sin vero in naturalem suam, potius, ut nihil agatur; non enim intelligi posse, ut quis pro se fideiubendo obligetur. Quodsi hic servus manumissus fideiussori suo heres existat, durare causam fideiussionis putavit; et tamen nihilominus naturalem obligationem mansuram, ut, si obligatio civilis pereat, solutum repetere non possit; nec his contrarium esse, quod quum reus fideiussori heres existat, fideiussoria obligatio tollatur, quia tunc duplex obligatio civilis cum eodem esse non potest. Retro quoque si fideiussor servo manumisso heres extiterit, eadem adversus eum obligatio manet, quamvis et naturaliter teneatur, nec pro se quis fideiubere possit*“.

Someone grants a loan of money to a slave that is later emancipated by its owner and thus becomes the guarantor of debt. Right, AFRICANUS who reproduces the responsa from JULIANUS, distinguished two situations according to the guarantee being given by the feasible adyeticial action against the dominus within the year following the emancipation (*actio de peculio annalis*) or by *obligatio naturalis* directed against itself. In the first case, the bond is valid, while in the second it would be invalid because it can not be admitted that a debtor can authentically offer a bond for itself. (*ut quis pro se fideiubendo obligetur*). JULIANUS compares with this legal situation the cases of confusion in which the freed slave (debtor) inherits the guarantor or the guarantor inherits the freed slave if the bond guarantees a natural obligation. As much in one case as in the

---

<sup>31</sup> Cfr. BETTI. *Sulla concezione classica...*, cit., p. 23 24; KIESS, *op. cit.*, p. 96, p. 101 ss.; CICU. *Estinzione...*, p. 36.

other both obligations still remain, that is to say, the bond's credit survives alongside the principal natural obligation. The motive is evident: the bond's credit does not extinguish by confusion due to the fact that the principal natural obligation is not demanded, and as such, the hereditary succession would leave the deserving of the loan without any further action to make his credit right be valid. That is, if the relation of bond was to be extinguished, the deserving would lose all possibility of directing itself against the heir. Furthermore, the principal obligation can not extinguish because the bond's credit, as a means of guarantee accessory, it needs the principal obligation<sup>32</sup>.

PAPINIANUS in the fragment 95.3 of D.46.3 (*lib. 28 Quaestionum*) also decides that both bond's credit as well as the principal obligation survive if the guarantor inherits the debtor: „*quod vulgo iactatur, fideiussorem, qui debitori heres extitit, ex causa fideiussionis liberari toties verum est, quoties rei plenior promittendi obligatio invenitur. Nam si reus duntaxat fuit obligatus, fideiussor liberabitur; e contrario non potest dici, non tolli fideiussoris obligationem, si debitor propriam et personalem habuit defensionem; nam si minori vigintiquinque annis bonae fidei pecuniam credidit, isque numos acceptos perdidit, et intra tempora in integrum restitutionis decessit herede fideiussore, difficile est dicere, causam iuris honorarii, quae potuit auxilio minori esse, retinere fideiussoris obligationem, quae principalis fuit, et cui fideiussoris accessit sine contemplatione iuris praetorii. Auxilium igitur restitutionis fideiussori, qui adolescenti heres extitit, intra constitutum tempus salvum erit*“.

PAPINIANUS underlines in the first phrase of this passage that the bond's credit is extinguished if the guarantor inherits the debtor as long as the principal debt were plenior. On the contrary, if the debtor is only an obligated *naturaliter*, the debt's bond is not extinguished. In consequence, the principal debt can not be considered plenior in regards to the bond's debt if it is a *naturalis obligatio*.

On the other hand, the bond's credit were to extinguish and therefore, the principal debt were plenior, if the principal debtor had means of own defense that did not concern the guarantor. To explain further, PAPINIANUS constructs the following case: A person

---

<sup>32</sup> About the interpretation of the text and its interpolations See KIESS, *op. cit.*, p. 97 ss.; KRETSCHMAR, *op. cit.*, p. 72; BETTI, *Sulla concezione classica...*, *cit.*, p. 22 - 23; CUGIA, *op. cit.*, p. 132 ss.; SOLAZZI, *op. cit.*, p.301; LABRUNA. Recensión a CORNIOLEY, P. *Naturalis obligatio. Essai sur l'origine e l'evolution de la notion en droit romain.* – *Iura*, 2, 1965, p. 417.

grants a loan of money to a minor of twenty five years believing in good faith that he was of older age. The minor loses the money and before passing the deadline of the *restitutio in integrum* he were to die and the guarantor takes his place. In consequence, affirms the jurist that the bond's obligation is extinguished by improper confusion (debtor and guarantor are now the same person), as a result, the heir guarantor would have *restitutio in integrum* at his disposal as the causing debtor would have had.

According to SOLAZZI, the text is interpolated from *nam si reus* and thinks that the example of the loan to the minor does not intertwine well with the rest of the fragment which surely, it is about an addendum from the Justinian compilers. In his opinion, PAPINIANO seems to respect the deserving right to choose if he wants to sue the principal debtor or the guarantor. In the Justinian Right despite the free will of the deserving, he has led way to a more logical order of the execution benefit, one can not be fully certain if, excluding the case of natural obligation, the bizantine emperor followed the liking of PAPINIANUS or he had arranged for the bond not to ever be able to survive the principal obligation<sup>33</sup>.

From the exegesis of all these fragments, one can infer with clarity that for the classical jurists (despite the majority of the texts being in greater or lesser measure, interpolated) the idea that must preside in these cases is that of where the heir can not be a guarantor of itself. In this way, if only one of the credits must survive, then it can only be the principal credit, because the bond's credit entails by its accessory nature the existence of a principal credit. As such, the bond's credit is extinguished if the guarantor inherits the debtor or if the debtor inherits the guarantor. This does not limit the possibilities of the deserving that maintains the principal credit against the heir, having at his will as patrimonial mass subject to responsibility both from the the debtor's patrimony as well as the guarantor that after the succession, are the same person. But in the cases where this general rule diminishes the deserving position leading to evident damage, the jurists understand they must do without applying it: this way, for example, in the cases in which the principal credit is natural.

---

<sup>33</sup> SOLAZZI, *op. cit.*, p. 303 and *Confusione nelle obbligazioni (Diritto Romano)*. – NNDI, vol. IV, p.78; CUGIA, *op. cit.*, p. 134-135; BETTI, *op. cit.*, p. 25.

In this sense, JULIANUS demonstrates that the deserving can not be harmed in its rights in any case, when in D.46.1.14 (*lib.47 Digestorum*) the following is established: „*Quum reus promittendi fideiussori suo heres extitit, obligatio fideiussoria perimitur; quid ergo est? Tanquam a reo debitum petatur; et si exceptione fideiussori competente usus fuerit, in factum replicatio dari debet, aut doli mali proderit*“<sup>34</sup>.

The debtor succeeds its guarantor and as a consequence the relation of bond is extinguished, but, continues JULIANO, if the deserving tries to execute an appropriate action against the debtor and this opposes a *exceptio* that is in favor of the guarantor, the deserving must be granted a *replicatio* in factum or allow him to serve himself from *exceptio doli*. This second part of the text is understood based on the original context that LENEL has reconstructed<sup>35</sup>. In JULIANUS´ s compilation, the text was found under the title of the addendum “*Quemadmodum a bonorum emptore vel contra eum agatur*”. In its own addendum, an executable action was also foreseen under such title in favor and against the *bonorum* emptor if it had acquired the patrimony in a rupture of the hereditary flow. With this action, the *bonorum* emptor pretended to be the heir of the insolvent deceased debtor<sup>36</sup>. This explains to use in a clear manner what was it that JULIANO meant in his answer, that is, if the debtor inherits the guarantor, the bond´s credit is extinguished without a doubt; but what happens if the debtor has acquired the inheritance in the guarantor inheritance contest.

The selling of the inheritance to the *bonorum emptor* did not directly affect the position of the heir that continued to be so in conformity with *ius civile*. For that, the credits belonging to the deservings continued to be against it. The *bonorum* emptor only happened in the legal position to the heir in the *praetorium* right. Consequently, in our case, the heir was still obligated to in agreement to *ius civile* by the originator´s bond, given that when the debtor acquires the inheritance in the guarantor´s succession contest, no confusion is produced. On the other hand, Now the magistrate does not grant the action for the bond against the heir that continues to be in obligation in conformity with *ius civile*,

---

<sup>34</sup> Believes the fragment is interpolated, CUGIA, *op. cit.*, p. 130.

<sup>35</sup> LENEL cited by KIESS, P., *op.cit.*, p. 105, By KRETSCHMAR, *op. cit.*, p. 94 and by CUGIA, *op. cit.*, p. 130.

<sup>36</sup> Cfr. IG 4,35: *bonorum emptor ficto se herede agit*. See in this sense PÉREZ ÁLVAREZ, P. *La bonorum venditio. Studied about the deserving contest in classical Roman Right*. Madrid, 2000, p.78 ss.

but rather, against the *bonorum emptor*. That is to say, that in definite, the deserving could act against our debtor heir and *bonorum emptor* both for the principal debt as for the bond if demanded as *bonorum emptor*.

The lawsuit derived from the principal debt did not present any problems as it can not be extinguished when the debtor inherits the guarantor. If the deserving were to sue the heir for the bond as *bonorum emptor*, „*quid ergo est? tamquam a reo debitum petatur*“, that is to say, that the debt would be asked as owed by the principal debtor. And if he, in this case were to interpose the *exceptio* that corresponded the guarantor. He would fail in his attempt before *replicatio in factum* or before the *exceptio doli mali*.

If the deserving of the originator can direct their lawsuits against the *bonorum emptor*, then this can also have the means of defense from the originator. Nevertheless, in this case, JULIANO wants to weaken them through the *replicatio* granted to the deserving of. This decision can only have its justification in the fact that the *bonorum emptor* is sued for the originator's bond is also the principal debtor and must not extract any advantage from the fact that the deserving was directed against him for the bond and not for the principal debt<sup>37</sup>.

All in all, we can conclude saying that if the debtor inherits the guarantor, the bond's credit is extinguished; in any case, one can only go against the debtor for the principal debt. But if the debtor acquires the inheritance from the guarantor in the contest of succession, the bond's credit is not extinguished because no concussion is produced. The deserving then, has the possibility to choose if he directs himself against the debtor for the principal obligation or for the bond. But if he sues him for the bond, the debtor cannot make himself valid from the exceptions derived from the guarantee connection, because in no case, can the deserving be diminished in his rights. This must have been the motive from JULIANO's decision.

### **III. Final conclusion: the position of the deserving of is always preserved in the cases of confusion of obligations guaranteed by bond:**

---

<sup>37</sup> See KIESS, P., *op. cit.*, p. 106.

As a kind of summary of all of our analysis we can conclude that confusion of obligations is an institution whose historical evolution, despite the social and economic changes occurred throughout the centuries, it has not represented great differences in relation to casuistry, observing that many of the problems that take place in relation to this figure, were already present during the Roman Rights time. On the other hand, the doctrine to our judgement is wrong to resort to the comment about the relative stall of the confusion legal regime probably due to the lack of economic relevance of its consequences. We believe that we could grade this approach as distant from reality as once studied, the different hypothesis in which confusion operates, we have discovered that any matter that is underlined in its problematic can generate conflicts of great reach, from the economical point of view as well as in regards as those called to inherit as well, and specially of the thirds directly or indirectly interested in the hereditary succession (deserving of heirs, legatees, guarantors, guarantee right title holders or of usufructs, etc. about the confused credits). For that, the study of the different solutions contributed by the roman legal consultants result in great interest to shed light to the conflicts that can be laid out in the development and application of our current valid regulation.

In our opinion and in consonance with the majority doctrinal thinking, we consider that in the guaranteed obligations through bond (*fideiussio*), the position of deserving of will always be preserved without prejudice in any case, whether it be on the confusion cases between deserving of and principal debtor, between deserving of and guarantor or lastly, in the third case analyzed, between debtor and guarantor.

As already stated, in the first case, this is, when within the same individual, both qualities of deserving of and principal debtor are gathered, at the same time when the principal obligation is extinguished, the relation of bond according to the sources for three reasons: the accessory of the bond in regards to the extinguished credit, (D. 46.3.43 de ULPIANUS y D.46.1.38.1 de MARCELUS), the material impossibility that one person can be guarantor for itself or what is the same „*nemo potest pro eodem apud eundem debere*“ (D. 46.3.34.8 from JULIANUS; D. 46.1.71. pr. from PAULUS; D. 46.1.21.3 from AFRICANUS) and according to some authors, by the efficacy of the inherent payment to the confusion „*solutione potestate*“ or „*velutis solutione*“ (D.46.1.50 from PAPINIANUS, D. 46.1.71. pr. from PAULUS).

In the second case of confusion in relation to the bond, we find that the deserving of inherits the guarantor or vice versa, which in consequence, both qualities of guarantor and deserving of are gathered in the same person and the bond's credit is extinguished by confusion, while the principal credit survives. Thereby testified by POMPONIUS in D.17.1.11 ULPIANUS in D.46.3.43 in fine (*Lib. 2 Regularum*), among others.

Lastly, and much more complex is the third presented case of confusion between the principal debit and that of the bond. The majority doctrine has admitted that in these cases there is no contrast of legal qualities within the same person, for this, since the XIX century, the pandectists graded these type of confusions as improper. Nevertheless, KRETSCHMAR sustained against that incompatibility among the qualities of debtor and guarantor are confirmed by AFRICANUS en D.46.1.21.2 when it establishes the rule of „*non enim intelligi potest ut quis pro se fideiubendo obligetur*“, that is to say, that no person can be a guarantor of itself.

It is true that for the case in which the guarantor inherits the debtor or the debtor the guarantor, the classical jurists adopt diverse solutions (always keeping into consideration the interests of the deserving of that ultimately would lose or the principal credit or the guarantee), despite the fact that as a general rule, they are used to deciding that the bond's credit is extinguished, in a way that the heir is only obligated as principal debtor. Thereby pointed specifically by VENULEIUS in D. 45.2.13 and ULPIANUS in D. 46.1.5. Both jurists base their answers in that the principal credit is stronger than that of the deserving of the guarantee (*quia rei obligatio plenior est*). This does not limit the possibilities of the deserving that maintains the principal credit against the heir, having at his disposal as patrimonial mass subject to responsibility both the debtor of the patrimony as well as the guarantor that past the succession, are the same person. But in the cases that this general rule diminishes the position of the deserving leading to evident damage, the jurists understand that they must do without applying it: thus, for example, in the cases in which the principal credit is natural.



## УРБАНИСТИЧНИЯТ ПРОИЗХОД НА ЕДИКТИТЕ „DE EFFUSIS VEL DEIECTIS“ И „DE POSITIS VEL SUSPENSIS“\* (НА БЪЛГАРСКИ ЕЗИК)

Проф. д-р Луис Родригес Енес

Университет във Виго, Испания

**Резюме:** Известно е, че *ius honorarium* типизира редица наказуеми прояви, санкционирани с деликтните *actiones in factum*, предназначени да бъдат наказани определени непредвидени в *ius civile* деяния. Сред тези искове може да споменем защитаващите свободното и разумно ползване на обществените пътища, като например искове срещу лицата, изхвърлящи на улицата течности или твърди предмети, както и срещу лицата, които поставят на балкони и еркери предмети, които биха могли да паднат и да причинят някому вреда. Своевременната намеса на претора тъкмо в момента, в който новата урбанистична ситуация изисква това, е убедително доказателство, че римската юриспруденция далеч не се фосилизира и винаги е готова да предложи решения в отговор на променящите се изисквания на обществото.

**Ключови думи:** *Delicta praetoria*; урбанизъм; оживени улици.

---

\* Статията със заглавие „Los orígenes urbanísticos de los edictos “de effusis vel deiectis” y “de positis vel suspensis” е публикувана в *Revista General de Derecho Romano*, 35, 2020 на [https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=423209&texto=](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=423209&texto=) и е преведена и издадена на български език с изричното съгласие на автора и издателя.

## THE URBAN ORIGINS OF THE EDICTS „DE EFFUSIS VEL DEIECTIS“ AND „DE POSITIS VEL SUSPENSIS“ (BULGARIAN LANGUAGE)

**Prof. Luis Rodríguez Ennes, PhD**

University of Vigo, Spain

**Abstract:** It is known that the *ius honorarium* criminalized a series of punishable conducts typified by criminals *actiones in factum* for the punishment of unlawful acts not covered by the *ius civile*. Among them we can observe several actions that punish the free and reasonable use of public roads such as those against people who throw liquids or solids and place objects on eaves or balconies that could hurt during their fall. The opportune pretorian intervention, at exactly the right moment when the new urban situation requires it, constitutes an irrefutable proof that the Roman jurisprudence, far from fossilizing, is always ready to provide the solutions required by the changing social demands.

**Keywords:** *Delicta praetoria*; urbanism; public streets.

## I. Увод

Освен цивилните и преторските искиове, с които се противодейства на противоправните действия според цивилното право (*delicta*), преторското право (*ius honorarium*) квалифицира като наказуеми редица деяния, санкционирани с деликтни *actiones in factum* за противоправни действия, които не са предвидени в *ius civile*. Такива са някои деликтни искиове *in factum* за деяния, свързани със свободното и разумно ползване на обществените улици<sup>1</sup>, като например иска срещу този, който държи незавързани опасни животни на оживени места (*actio aedilicia de feris*), срещу обитателя (*habitor*) на дадена къща, от която се изхвърлят на улицата течности или твърди предмети (*edictum de effusis vel deiectis*) или срещу този, който поставя на балкони и еркери предмети, които ако паднат може да причинят вреда (*edictum de positis vel suspensis*). *Laudatio* на трите едикта и пределно ясна:

D. 9. 3. 1.1- 2 (Ulp. 23 ad ed.): *Summa cum utilitate id praetorem edixisse nemo est qui neget: publice enim utile est sine metu et periculo per itinera commeari. Parvi autem interesse debet, utrum publicus locus sit an vero privatus, dummodo per eum vulgo iter fiat, quia inter facientibus prospicitur non publicis viis studetur: Semper enim ea loca, per quae vulgo iter solet fieri, eandem securitatem debent habere.*

Този текст се намира в *edictum de effusis vel deiectis*, но *ratio edicti*, или с други думи мотивите, предопределили включването му в увода на преторския едикт, са едни и същи и за двете каузи – непосредственият интерес на всеки гражданин движението по улиците да бъде сигурно и безопасно<sup>2</sup>. Що се отнася до *actio de*

---

<sup>1</sup> За характера *popularis* на тези искиове вж. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *La acción popular romana, actio popularis como instrumento de defensa de los intereses generales y su proyección en el derecho actual*. – RGDR, 31, 2018, *Interdicta publica utilitatis causa y acciones populares*, *Ibid.*, 32, 2019; *Acciones populares: persecución de delitos públicos, delitos privados y tutela de uso público de bienes públicos y su proyección en el derecho actual*. – En: *Ibid.*, 34, 2020.

<sup>2</sup> BRUNS, C. G. *Le azioni popolari romana*. Trad. it. de Scialoja. – In: *Studi Giuridici* 1, Milán, 1933= AG 28, 1882, p. 166. Очевидната обвързаност на двата едикта е подчертана от PRINGSHEIM, F. *Bonum et aequum*. – ZSS, 52, 1932, p. 109. Вж. относно тези текстове моите статии: *El edicto de effusis vel deiectis y la problemática urbanística romana*. – In: *Homenaje al*

*positis vel suspensis*, тясната връзка между едикта *effusis vel deiectis* и клаузата на едикта *nequis in suggrunda* е обявена от самия Улпиян, който квалифицира едикта като част (*portio*) на предходния в D. 9.3.5.7: *Hoc edictum superioris portio est*. Някои автори тълкуват това в смисъл, че едиктът *de positis* е просто раздел от *edictum de effusis*<sup>3</sup>. Според мен обаче изразът *superior* се отнася само до местоположението и означава, че в *album* този едикт е бил разположен по-горе спрямо *effusis vel deiectis*<sup>4</sup>, а не че е хронологически по-стар, тъй като в такъв случай би трябвало да се употреби думата *anterior*<sup>5</sup> вместо *superior*. Следователно фактът, че двата едикта са включени в един и същ титул трети на книга IX на Дигестите, не означава, че въпросната клауза е раздел или част от едикта *effusis vel deiectis*, а че просто е разположена преди него. Разликите в правния режим на двата иска е толкова очевидна, че не дава основание за друго заключение. Това по никакъв начин не пречи да се съгласим с Giménez-Candela, че „двата едикта са тясно свързани“<sup>6</sup>.

Не разполагам с нужните сведения, за да предложа сигурна датировка на появата на *edictum de positis*. Watson казва, че няма “evidence of dating”<sup>7</sup>. При това

---

*Profesor Alfonso Otero, servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1981, p. 301 ss.; Notas sobre el elemento subjetivo del effusum vel deiectum. – IVRA, 35, 1984, p. 90 ss.; Notas sobre el elemento objetivo del effusum vel deiectum* – En: *Homenaje a Juan Vallet de Goytisolo 2*. Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, p. 689 ss.; *Algunas observaciones en torno a la actio de positis vel suspensis. – Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Homenaje a Juan Antonio Arias Bonet, 16, 1990, p. 255 ss.; Estudio sobre el “edictum de feris”. Universidad Complutense, Madrid, 1992; Los actos ilícitos del derecho honorario. – En: Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje a José Luis Murga Gener. Ed. Ramón Areces. Madrid, 1994, p. 902 ss; El podador y los viandantes. – RGDR, 29, 2017; El elenco de los animales a los que se refiere el edictum de feris en las fuentes literarias. – RIDROM, 2018.*

<sup>3</sup> WATSON, A. *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*. Oxford University Press, 1965, p. 267, sigue a LENEL, O. *Das Edictum Perpetuum*. Tauchnitz, 1883, p. 174. В нови времена HOCHTEIN, R. *Obligaciones quasi ex delicto*. Stuttgart -Berlín, Colonia, Maguncia, 1971, p. 71.

<sup>4</sup> В HEUMANN-SECKEL. *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*. 10<sup>a</sup> ed. Graz, 1958, s. v. *superior* e: „oberer, höherer“, по-високо, разположено на по-високо място. Също така в LEWIS-SHORT. *A Latin Dictionary*. Reimp. 1980. Oxford University Press, s.v. „superior“ = „that is above, upper, higher“.

<sup>5</sup> *Anterior*, според HEUNAMM-SECKEL е „fruher, alter“, а според LEWIS-SHORT е „before, foremost of time previous former“.

<sup>6</sup> GIMÉNEZ-CANDELA, T. *Los llamados cuasidelitos*. Trivium, Madrid, 1990, p. 110.

<sup>7</sup> WATSON, A. *The Law of Obligations, cit.*, p. 267 ss.

положение остава неяснотата дали се е появил след или преди неговия аналог - *edictum de effusis vel deiectis*, за който знаем приблизително кога е бил включен в преторския албум, тъй като през първата половина на последния век на Републиката вече е бил в сила според Требаций<sup>8</sup>, за което съобщава Улпиан:

D. 9.3.5.1 (Ulp. 23 ad ed.): *Si quis gratuitas habitationes dederit libertis et clientibus vel suis vel uxoris, ipsum nomine, Trebatius ait...*

Има също една бегла референция на Сервий<sup>9</sup>, която доказва съществуването на *edictum de positis* още в средата на I в. пр.н.е.:

D. 9.3.5.1 (Ulp. 23 ad ed.): *...nam est cum pictor in pergula clipeum vel tabulam expositam habuisset eaque excidisset et transeunti damni quid dedisset, Servius respondit ad exemplum huius actionis dari oportere actionem: hanc enim non competere palam esse,*

## II. Някои терминологични уточнения

---

<sup>8</sup> Относно Требаций, vid.: KUNKEL, W. *Herfunkt und soziale Stellung der römischen Juristen*. Graz, Viena, Colonia, 1967, p. 28; DOMINGO, R. s.v. „Trebacio Testa“. – In: *Juristas Universales, I, Juristas Antiguos*. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 137-139, con bibliografía en esta últ. pág.

<sup>9</sup> За Сервий Сулпиций Руф, вж. D'ORS, X. s.v. *ibid.*, p. 129 ss.

Едиктът *effusis vel deiectis* квалифицира като незаконосъобразно изливането на течности<sup>10</sup> -*effundere*, хвърлянето на предмети<sup>11</sup> - *deicere*, от сградите върху

<sup>10</sup> Относно *actiones ad exemplum*: ARANGIO-RUIZ, V. *Studi Formulari*. – *BIDR*, XXV, 1912, p. 178, n. 1; WESENER, G. *Actiones ad exemplum*. – *ZSS*, LXXV, 1958, p. 229; VALIÑO, E. *Actiones útiles*. - *EUNSA*, Pamplona, 1974, p. 22. *Effundere* означава „изливам течности“; такъв е преводът на думата в испанската версия *El Digesto de Justiniano*, 1 (Pamplona, 1968), p. 396. В същия дух, LEWIS-SHORT. *A Latin Dictionary*, cit., s.v. *effundo*: „to pour out, pour forth, shed, sproud abroad“, también HEUMANN-SECKEL, *Ibid.*, s.v. *effundere*: „ausgieben“, като се цитира изрично D. 9.3.1 pr. Този технически смисъл на *effundere* се вижда ясно в различни юриспруденциални текстове: IGai. 3.217: *Unde non solum usta aut rupta aut fracta sed etiam scissa et collisa et effusa et quoquo modo uitiata aut perempta atque deteriora facta hoc uerbo continentur*, D. 9.2.27.15 (Ulp. 18 ad ed.): *Cum eo plane, qui vinum spurcarvit vel effudit vel acetum fecit vel alio modo vitiavit, agi posse Aquilia Celsus ait, qui etiam effusum et acetum factum corrupti appellatione continentur*, D. h. t. 35: *Item si tectori locaveris laccum vino plenum curandum et ille eum pertudit, ut vinum sit effusum. Labeo scribit in factum agendum*; D. 10.4.9.1 (Ulp. 24 ad ed.) *Proinde et si vinum vel oelum vel quid aliud effuderit vel confregerit, ad exhibendum tenebitur*; D 13.1.10 (Ulp. 38 ad ed.): *Et ideo Julianus, ut procedas in Jure manifesto tractare de condicione, ita proponit furem deprehensum aut occidisse aut fregisse aut effudisse id quod interceperat*; D 13.6.18.3 (Gai. 9, ad ed. prov.): *Item qui sciens vaso vitiosa commodavit, si ibi infussum vinum vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus eo nomine*; D.18.6.1 pr. (Ulp. 28 ad Sab.): *Si vinum venditum acuerit vel quid aliud vitii sustinerit, emptoris erit damnum, quemadmodum si vinum, esset effusum vel vasis contusis vel qua alia ex causa*; D.h.t.3: *Licet autem venditori ve/ effundere vinum, si diem ad metiendum praestituit nec intra diem admensum est. effundere autem non statim poterit, priusquam testando denuntiet emptori, ut aut folla: vinum aut sciat futura', ut vinum effunderetur si lamen, cum posset effundere, non effudit, laudandus est potius*; D.h.t. 4: *quod si non sint evacuata, faciendum, quod veteres putaverunt, per corbem venditorem mensuram facere el effundere*; D. 33.6.8 (Pomp. 6 epist.): *Si heres damnatus sit dare vinum, quod in doliis esset, et per legatariurn stetit, quo minus accipial, periculose heredem: facturum, si id vinum effundet*; D. 43.24.11 (Ulp. 71 ad ed.): *Is qui in puteum vicini aliquid effuderit*; D. 44.7.5.5 (Gai 3 aun.): *Is quoque, ex cuius cenaculo (vel proprio ipsius vel conducto vel in quo gratis habitabat) deiectum effusumve aliquid est ita, ut alicui noceret, quasi ex maleficio teneri videtur*; D. 47.2.21.5 (Paul. 40 ad Sab.): *Et quid si cisterna vini sit, quid dicet? aut aquae cisterna? quid deinde si nave vinaria (ut sunt multae, in quam vinum effunditur). Не липсват и свидетелства в литературата за същото значение (Cfr., в този смисъл, освен цитираните по-горе речници "Thesaurus Linguae Latinae", s.v. effundere).*

<sup>11</sup> *Deicere* означава „хвърлям“. Срв. *El Digesto*, *Ibid.* Същото значение на *propie deorsum iacere* му придава VIR, който в тази връзка цитира следните текстове: PS. 5.6.5: *De navi ui deiectus hoc interdicto experiri non potest: sed utilis ei actio de rebus recuperandis exemplo ui bonorum raptorum datur*, D. 9.1.1.9 (Ulp. 18 ad ed.): *Ut puta si plaustro bos obtrivit aliquem vel alia re deiecta*; D. 9.2.7.2 (Ulp. 18 ad ed.): *Sed si quis plus iusto oneratus deiecerit onus et servum occiderit, Aquiliam locum habet*; D. 9.2.11 pr. (Ulp. 18 ad ed.): *Item Mela scribit, si cum pila quidam luderent, vehementius quis pila percussa in tonsoris manus eam deiecerit*; D.h.t. 4: *si plures trabem deiecerint et hominem oppresserint, aequae veteribus placet omnes lege Aquilia teneri*; D. 9.2.31 pr. (Ulp. 10 ad Sab.): *Si putator ex arbore ramum cum deiceret*, D. 9.2.53 (Ner. 1 membran.): *Boves alienos in angustum locum coegisti eoque effectum est, ut deicerentur*;

местата, по които обикновено се движат хора и спират превозни средства, с които действия се причиняват вреди на пешеходците или на всичко друго, намиращо се на улицата. Употребата на тези термини с точно значение и посочените последствия на увреда показват, че става дума само за физическо действие – *effundere, -deicere*, без материална намеса на субекта извършител върху увреденото юридическо благо, или с други думи без да се търси пряка връзка между субекта и обекта на увреждането.

В романистиката е доста разпространено становището, че квалифицираното в двата едикта престъпление трябва да е било извършено през деня, а не през нощта<sup>12</sup>. Това ограничение за престъпния *factum* - да е извършено през деня, е своего рода канонична традиция, предавана въз основа на дословната позиция на Лабен, включена от Паул в D. 9.3.6.1 - *Labeo ait locum habere hoc edictum, si interdium deiectum sit, non nocte; sed quibusdam locis et nocte iter fiet*.

Смятам обаче, че тази преобладаваща теза трябва да бъде изоставена поради няколко причини. Преди всичко поради обстоятелството, че повечето от нейните привърженици я формулират, като не се позовават изрично на *responsum*

---

D. 9.2.57 pr. (lav. 6 ex post. Lab.): *Equum tibi commodavi; in eo cum equitares et una complures equitarent, unus ex his irruit in equum teque deiecit et eo casu crura equi tracta sunt*; D. 14.2.3 (Pap. 19 resp.): *Cum arbor aut aliud navis instrumentum removendi communis periculi causa deiectum est, contributio debetur*; D. 18.1.58 (Pap. 10 quaest.): *Arboribus “quoque” vento deiectis*; D. 21.1.17. 6 (Ulp. 1 ad aed cur.): *Caelius quoque scribit, si servum emeris, quisi in Tiberim deiecit, si movendi dumtaxat consilio suspecto a domino discessisset, non esse fugitivum, sed si fugae prius consiliim habuit, deinde mutata voluntate in Tiberim se deiecit; manere fugitivum*; D. 35.1.55 (lav. 2, ex Cassio): *quid enim interest, utrum tali personae dari iubentur an aliquo loco ponere vel in mare deicere?* D. 39.2.24.4 (Ulp. 18 ad ed.): *Servius quoque putat, si ex aedibus promissoris vento tegulae deiectae damnum vicino dederint*; D. 39.2.43 pr. (Alf. 2 dig): *Damni infecti quidam vicino repromiserat: ex eius aedificio tegulae vento deiectae*; D. 39.3.2.5 (Paul. 49 ad ed.): *Item Varus ait. aggerem, qui in fundo vicini erat, vis aquae deiecit, per quod effectus est, ut aqua pluvia mihi noceret*; D. 48.8.7 (Paul. lib. sing. de publ. iud.): *Quare si quis alto praecipitaverit et super alium venerit eumque occiderit, aut putator, ex arbore cum ramum deieceret, non praeclamaverit et praetereuntem occiderit, ad huius legis coercionem non pertinet*; D. 50.16.30.1 (Gai 7 ad ed. prov.): *Stipula illecta est spicae in messe deiectae necdum lectae, quas rustici sum vacaverint colligunt*. В същия дух, LEWIS-SHORT, *Ibid.*, s.v. *deiecio*: „to throw or cast down“; HEUMANN-SECKEL, *Ibid*, s.v. *deicere*: „herabwefen“.

<sup>12</sup> Вж. напр. LOZANO-CORBI, E. *La legitimación popular en el proceso romano clásico*. (Barcelona, 1982); това тълкувание се приема и в *Popularidad y régimen de legitimación en la actio de effusis et deiectis*. - *Studi Biscardi* 5, 1984, p. 312.

на Лабен в същия текст: *sed quibusdam locis et nocte iter fiet*, и само един автор<sup>13</sup> го квалифицира като „плахо възражение“ и добавя, че „би могло да е зародиш на едно закъсняло разширително тълкуване на разпоредбата на едикта“. Това според мен е равнозначно да ситуираме това тълкуване почти в посткласическата епоха и да прекъснем строгата връзка между *effusum et deiectum* и критерия *vulgo iter fiet*, съставляваща истинското *ratio edictali*<sup>14</sup>.

На второ място, традиционното становище поражда една излишна антиномия с D.1.3.1.2.2 (Ulp. 23 ad ed.): *semper enim ea loca, per quae vulgo iter solet fieri, eadem securitatem debent habere*, доколкото използваното наречие *semper* сякаш конотира една времева генерализация на забраната. Beseler се опитва да реши този въпрос, като посочва, че пасажът е интерполиран поради некласичността на термина *securitas*<sup>15</sup>; Schipani<sup>16</sup> се опитва да преодолее антиномията като изхожда от полисемията на наречието *Semper*. Ако се отнася за точно хронологично измерение на разпоредбата на едикта – „винаги“, „във всеки един момент“, противоречието е преодоляно. Според мен трябва да приемем, че фразата може да е плод на една улпианова глосема към оригиналния текст на едикта и следователно не трябва да се говори за компилаторска намеса.

И накрая, първата част на клаузата, доколкото налага на всички (*Ne quis...*) задължението да не окачат *in suggrunda protectove* нищо, което може да падне върху оживени места, ясно подсказва обичайния стил на управленските мерки. Това може да се заключи недвусмислено от използването на глагола в отрицателно повелително наклонение<sup>17</sup> и защитата не се ограничава само до дневните часове, като се защитава трафикът както в, така и извън градовете<sup>18</sup>, на обществени и

---

<sup>13</sup> CASAVOLA, F. *Studi sulle azione popolari romane. „Les actiones populares“*. ed. Jovene, Nápoles, 1958, p. 157.

<sup>14</sup> Към същото заключение, макар и по различни пътища, стига PALMIRSKY, T. *Some remarks on ne quis suggrunda protectove id positum habeat, cuius casus nocere possit, praetor's edict* – *RIDA*, 2003, p. 293.

<sup>15</sup> BESELER, G. *Beitrage zur kritik römischen Rechtsquellen*. 3. Tubinga, 1913, p. 164.

<sup>16</sup> SCHIPANI, S. *Responsabilitá „ex lege Aquilia“*. *Criteria di imputazioni e problema della „culpa“*. Turín, 1969, p. 87.

<sup>17</sup> За тази обичайна словесна употреба на управленските мерки говори IMPALLOMENI, G. *L'editto degli edili curuli*. Padua, 1969, p. 373.

<sup>18</sup> D. 9.3.6 (Ulp. 23 ad ed.) Hoc edictum non tantum ad civitates et vicos, sed ad vias, per quas vulgo iter fiet, pertinent.



частни пътища<sup>19</sup>. В допълнение към това, би било абсурдно от гледна точка на защитаването юридическо благо да не се санкционира деянието, ако е извършено през нощта при положение, че е известно какъв огромен риск криело движението по улиците на Рим в нощните часове<sup>20</sup>. При това положение защитата на пътищата, която дава едиктът, не се отнася хронологически само за дневните часове, а обхваща улиците и площадите, които на практика се използват постоянно и ежедневно.

Клаузата *positis vel suspensis*, както и клаузата *effusis vel diectis*, представлява управленска мярка, наложена в името на сигурността по пътищата и има за цел да противодейства на действията, застрашаващи свободното и разумно ползване на публичните и частните пътища<sup>21</sup> - *qua vulgo iter fiet*. Едиктът определя, че отговорност се носи, когато предметите са поставени по опасен начин [D. 9.3.5.11: *Praetum ait "cuius casus nocere possit" edicto locus sit*] и визира поставянето *in*

---

<sup>19</sup> D. 9.3.1 (Ulp. 23 ad ed.) *Parvi autem interesse debet, utrum publicus locus sit an vero privatus.*

<sup>20</sup> Ювенал говори за това много образно и живо, поради което е по-добре да му отстъпва перото: *respice nunc alia ac diversa pericula noctis:/ quod spatium tectis sublimibus unde cerebrum/ testa ferit, quotiens rimosa et curta fenestris/ vasa cadunt, quanto percussum pondere signent, / et laedant silicem. Possis ignavus haberi/ et subiti casus improvidus, ad coenam si/ Intestatus eas...* (Satirae 3, 267-272). Като се абстрахираме от голямата му комичност, несъмнено гениалният сатирик познава много добре казуса. В Рим нямало улично осветление. Всеки сам трябвало да си намира средства за тази цел. Самият Ювенал казва, че обикновено се ръководел от светлината на луната и блясъка на една свещ, която през повечето време държал загасена с цел икономия (Satirae 3, 286: *Me quem luna solet deducere, vel breve lumen/ candelae, cujus suspensus et tempero filum,/ condemnit*). Затова не е чудно, че който нямал причина да излиза си стоял вкъщи като една разумна мярка за сигурност.

<sup>21</sup> Смятам, че едилската защита се простира и върху частните пътища, тъй като по тях имало ежедневно и постоянно движение. Основавам се на изричното упоменаване в останалите текстове на защитата на *vulgo iter fieri*: D. 9.2.31 (Paul. 10 ad ed.): *Secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret, cum plerumque per privata loca vulgo iter fieret*; D. 9.3.1.2 (Ulp. 23 ad ed.): *Parvi autem interesse debet, utrum publicus locus sit an vero privatus, dummodo per eum vulgo iter fiat*. Както вече посочих в друга своя статия, докато в повторното тълкуване на мнението на Муций, което ни предава Паулус, е без значение дали се върви по публичен или частен път, защото много често *per privata loca vulgo iter fiat*, то в паралелния текст на Улпиан решаващ елемент за квалифицирането на деянието според претора е наличието на увреждащ ефект *loca per quae vulgo iter solet fieri*, независимо – както уточнява самият Улпиан, дали мястото, през което се минава, е публично или частно; защото се има предвид минувачите, а не обществените пътища (cfr. *Contribución a una hipótesis interpretativa de D. 9.2.31, cit.*, p. 1061).

*suggrunda protectove supra eum locum quo vulgo iter fiet inve quo consistetur. Protectum* означава издадена част на фасада като стряха, която служи и за предпазване от дъжда<sup>22</sup>. *Suggrunda* обаче е технически термин от областта на архитектурата с неясен произход<sup>23</sup> поради несигурната си етимология<sup>24</sup>. Тази дума се използва както при селски постройки<sup>25</sup>, така и при сгради в *insulae urbanas*<sup>26</sup>.

Въвежда се превантивна защита в полза на минувачите, като се наказва самият *factum* - поставяне на предмет по опасен начин или без съответните предпазни мерки *-in suggrunda protectove* - над места, където обикновено преминават хора или спират каруци, *cuis casus nocere cui possit*. Обратно – другият едикт само квалифицира като незаконосъобразни действията *effusum et deiectum*, нанасящи щети. Следователно може да заключим, че двете клаузи на двата едикта имат различни цели - първата е превантивна, а втората – обезщетителна<sup>27</sup>. Едиктът *positis vel suspensis* квалифицира едно незаконосъобразно деяние, което съвременната наказателна наука определя като престъпление „застрашаване“ или „създаване на риск“.

Като дава *actio de positis vel suspensis*, преторът не се стреми да тушира някои от неудобствата, породени от ненаказаността на опита<sup>28</sup>, а приема, че е нарушено едно право – правото на всички минувачи да ползват разумно и ежедневно обществените пътища поради простата причина, че е поставено нещо на място или на места *quo vulgo iter fieret* без необходимите предпазни мерки. Обратно – в *effusum*

<sup>22</sup> BERGER, D. *Encyclopedie Dictionary of Roman Law*. Filadelfia, 1953; p. 59, LEWIS-SHORT, s.v. „*protectum*“: „the projecting part of the roof“, p. 1478.

<sup>23</sup> Според ERNOUT, A. *Les elements etrusques du Vocabulaire Latin*. – In: *Philologica*, 1. (París, 1946), p. 38 ss.: става дума за една дума с азиатски произход, която има корени в Гърция и е част от етруския речник подобно на други термини в *unda*.

<sup>24</sup> ERNOUT-MEILLET в *Dictionnaire étymologique de la langue latine*. París, 1985, p. 282-283, s.v. „*subggrunda*“: „gouttiere, gargouille“, става дума за „mot technique, sans etymologie rare et susceptible d'alterations“.

<sup>25</sup> Varr. *De re rust.* 3.3.5: ... *apes enim suggrundas usae tecto*.

<sup>26</sup> Vitrub. *De arch.* 2.9.16: ... *certe tabulae in subgrundis circum insulas si essent ex ea conlocatae, ab traiectionis incendiorum aedificia periculo liberarentur, quod eae neque flammam nec carbonem possunt recipere nec facere per se*.

<sup>27</sup> Тук следвам мнението на WATSON, A. *Liability in the actio de positis vel suspensis*. – In: *Mélanges Meylan* (Lausana, 1963), p. 379.

<sup>28</sup> Както твърди погрешно WOŁODKIEWICZ, D. *Deiectum vel effusum e positum vel suspensum*. - *RISG*, 1968, p. 379.

*et deiectum* се изисква да е настъпила увреда, която трябва да бъде обезщетена чрез съответния иск<sup>29</sup>. С основание Thomas твърди, че „именно това ясно е казано в текстовете“<sup>30</sup> Това показва до каква степен с прекомерна лекота е прието от някои автори, че отговорността е еднаква и в двата случая<sup>31</sup>.

### III. Фактори, допринесли за появата на преторските деликти

За всички метрополии са характерни големи контрасти и в това отношение Рим не може да е изключение. Така например докато официалният архитект на Август – Витрувий пише, че градът трябва да се организира от урбанистична гледна точка на основата на основните принципи на *firmitas*, *utilitas* и *venustas*<sup>32</sup>, градоустройствената му програма така и не отива по-далеч от една теоретична формулировка. Близо сто и петдесет години след пристигането на пратениците на Филип Македонски, който – както разказва Ливий, определя Рим като град *nondum exornatae neque publicis neque privatis locis*<sup>33</sup>, столицата на империята още от времето на Август не правела впечатление на град, проектиран съгласно конкретен план, а по-скоро приличал на урбанистичен конгломерат, формирал се случайно.

Улиците били прокарани без каквото и да било планиране и топографските неравности на града водели до криви, виещи се и стръмни пътища -*clivi*, а градските

---

<sup>29</sup> Вж. моите „Notas sobre el elemento objetivo...“, *cit.*

<sup>30</sup> THOMAS, Y. *Observations sur les actions: in bonum et aequum conceptae*. – *RHD*, 25, 1901, p. 558.

<sup>31</sup> В този смисъл се изказва STOGCEVIC, D. *Sur le caractère des quasi-délits*, *cit.*, p. 58, като посочва: «Така в случаите на *de effusis vel deiectis et de positis vel suspensis* е без значение дали деянието е било извършено с умисъл или само виновно: ползвателят на стаята, *el habitator*, носи квазиделиктна отговорност, без да се има предвид дали лично той е извършил действието, причинило вреда; дали е действал с умисъл или само виновно». Същото погрешно тълкуване дава Longo., *quasi delicta*, *cit.*, p. 469, като твърди, че: «По същество, според мен двата едикта квалифицират различни основи за отговорност: *habitor* е онзи, който е поставил или е позволил да бъдат поставени по опасен начин предмети, преценявани през една и съща призма». Подобно е мнението на STEIN, P. *La natura delle obbligazioni quasi ex delicto*. - *JUS*, 9, 1958, p. 367, у *The Nature of quasi-delict obligations Roman Law*. - *RIDA*, 5, 1958, p. 363.

<sup>32</sup> Vitruv., *De Archit*, 1.2.3.

<sup>33</sup> Liv., 40.5.7.

улички били тесни, разбъркани и криволичещи - *angiportus, semitae*<sup>34</sup>. Всички свидетелства, включително от различни епохи, говорят за тесни и криволичещи улици в Рим. Диодор дава пределно ясно обяснение: „тъй като всеки можел да строи както си иска, улиците на града станали тесни. Това неудобство си остава въпреки нарастването на мощта и богатството на римляните<sup>35</sup>. Витрувий казва: *communium parietum altitudines aut angustiae loci*<sup>36</sup>. Сенека изказва съжаление за съществуването на *tanta viarum angustiae*<sup>37</sup> и твърди, че тесните улици стават повод за кавги между пешеходците<sup>38</sup>. Тацит казва по повод пожара на Нерон, че *artis itineribus hucque it illuc flexis qualis vetus Roma fuit*<sup>39</sup> и понататък пише *quoniam angustiae itinerum et altitudo tectorum non perinde solis vapore perrumperetur*<sup>40</sup>. Ювенал с насмешка описва преминаването на превозните средства по криволичещите улички<sup>41</sup>.

Много малко истински *viae* навлизали в града като начална точка на пътната мрежа, простираща се из цялата империя. Само някои от тях по изключение надхвърляли на места шест метра и половина ширина<sup>42</sup>. Законът на XII Таблици определя минимум от шестнадесет фута - 4,75 м.<sup>43</sup>, но тази ширина се спазвала само на главните улици. *Vicus Tuscus* с неговите магазини за подправки и ароматни растения имал улица, чиято ширина била не повече от 4,48 м., а *Vicus Iugarius*, която в южната си част заобикаляла Капитолия, била само 5,50 м. широка. Към това трябва да добавим, че повечето улици нямали тротоари - *margines, crepidines*, и че

---

<sup>34</sup> Cic., *De lege agraria* 2.5.96: *Romam cenaculis sublatam atque suspensam, non optimis viis, angustissimis semitis.*

<sup>35</sup> Diod., *Bibl. Hist.*, 14.1.

<sup>36</sup> Vitruv., *De Archit.*, 6.6.

<sup>37</sup> Sen., *Controv.*, 2.9.

<sup>38</sup> *Id.*, *De ira*, 3.34.3: *iter angustum rixas transentium concitat.*

<sup>39</sup> Tacito, *Annales*, 15.38.

<sup>40</sup> *Ib.*, 15.43.

<sup>41</sup> Juven., *Satirae*, 3, vv, 235 ss.: *rhedarum transitus arcto vicorum inflexu.*

<sup>42</sup> *Via Sacra* и *Via Nova*, които обикаляли Форума и били единствените съществуващи в ограденото от стената пространство, варират от 4,8 м до 6,50 м. в ширина. Останалите *viae* – около двадесет, били извън стената (Срв. LANCINNI, *Forma Urbis Roman* (Milán 1893-1901); *Vid. también* AYMAND BOYER. *Roma y su Imperio*. Trad. esp. RIPOLL PERELLÓ. 3ª ed. Barcelona, 1967, p. 498.)

<sup>43</sup> XII Tab., 7, 5: *Viae latitudo... in anfractum XVI.*

рядко били павирани<sup>44</sup>. Освен това имало безчет пасажи и улички без изход, неравни и мръсни, почти непроходими, които естествено били по-тесни – ширината им не надхвърляла десет фута<sup>45</sup> или 2,90 м., а те съставлявали пътната мрежа на най-простонародните и гъсто населени квартали<sup>46</sup>.

Може да допуснем, че е имало причина улиците да се строят толкова тесни. Едно от обясненията би могло да бъде бързото преизграждане на града след опожаряването му от галите<sup>47</sup>. С изненада виждаме обаче, че в продължение на няколко века, въпреки политиката на Август за изграждане на обществени сгради и преустройство на града след пожара на Нерон<sup>48</sup>, улиците продължават да са все така тесни и неравни.

Интензивното застрояване на малкото налична земя за строеж неизбежно води до отказ от открити пространства и надстрояване на сградите, предназначени за народа, или с други думи до едно коренно различно от принципите на Витрувий<sup>49</sup>

---

<sup>44</sup> Срн.. GARCÍA BELLIDO, A. *Urbanística de las grandes ciudades del mundo antiguo*. – In: *Bibliotheca Archaeologica V* (Madrid, 1966), p. 105-106.

<sup>45</sup> HOMO, L. *Rome imperiale et l'urbanisme dans l'antiquité*. Paris, 1971, p. 372.

<sup>46</sup> *Semitae* и лъкатушещите *clivi* на Suburra или Argiletum не надхвърляли два или три метра (Срв. CONDE GUERRI, E. *La sociedad romana en Séneca*. Universidad de Murcia, 1979, p. 381). Проучване от лингвистична гледна точка на Suburra като народен квартал пар екселанс може да се види при Pariente, *Sobre Subur(r)a y la Regio Suburana en Emérita* 45 (1977) p. 425.

<sup>47</sup> Ето какво разказва по този повод Ливий 5, 55: (след пожара на галите) „навсякъде започнаха да работят *-urbs aedificari coepta-*. Държавата достави керемидите и даде разрешение камъни и дървен материал да се вземат от където и да е, стига да се задължат строителите да завършат работата си през годината“ *-eo anno aedificia perfecturos*. Никой не гледаше дали строи на собствен или на чужд терен, присвояваше първия свободен парцел и от бързане не бяха начертани улиците. *-festinado curara exemit vicos dirigendi, dum omisso sur alienique discrimine in vacuo aedificant-*. Затова старите клоаки, които трябваше да минават под улиците и площадите, днес се намират под частните домове и изобщо градът е по-скоро агломериран отколкото добре разпределен *-formaque urbis sis occuparae mugis quam divisae similis-*.

<sup>48</sup> Тас., *Annales*, 15, разказва следното за наредбите на Нерон: „Нареди разрушените къщи да бъдат издигнати отново не като след пожара на Галите, без правила или ред, а подравнени в една редица и образуващи по-широки улици *-sed dimensis vicorum ordinibus et latís viarum-*... Къщите не трябваше да имат общи стени, а всяка да има свои отделни стени *-nec communiōne parietum, sed propriis quaque muris ambirentur-*“.

<sup>49</sup> Murga излага принципите на Витрувий така „Ползване на солиден, добре избран и траен материал; разполагане на функционални, удобни и обитаеми пространства без да се забравят конкретните цели на публичните и частните сгради, и накрая – красота, елегантност и добре изчислено, ритмично и симетрично съответствие между сградите и

градоустройство, което кара самия Сенека да се двоуми дали да го определи като продукт на здравия разум<sup>50</sup>.

Знаем, че още в края на III век в Рим има *insulae* на три етажа, тъй като за това време се отнася разказът на Ливий за чудото на бика, който след като се е качил на третия етаж - *in tertiam contignationem* - на една къща, намираща се във *Forum Boarium* и оттам скочил на площада<sup>51</sup>. Няма съмнение, че по времето на Цицерон тази вид градоустройство се прилага навсякъде<sup>52</sup>, но така или иначе то постига разцвет в първите векове на Империята. Сенека говори за *magna turres*<sup>53</sup>. Петроний напомня, че *aedificante auro sedesque ad sidera mittunt*<sup>54</sup>. Тацит пише, че през 69 г. пр.н.е. на Марсово поле имало къщи високи колкото Капитолия, който тогава се извисявал на около 30 метра<sup>55</sup>. В цитирания вече пасаж от Плиний<sup>56</sup>, който се гордеел с изключителната дължина на римските улици, сумирани една към друга, той изчислява и височината на римските жилища и възкликва с гордост, че по света няма толкова голям град - *nullius urbis magnitudinem in toto orbe potuisse ei comparari*. В края на I в. от новата ера Марциал живел на трети етаж<sup>57</sup>, но разказва, че Сантра – един от неговите герои – живеел на десети или единадесети етаж, тъй като трябвало да изкачва двеста стъпала<sup>58</sup>. Години по-късно Ювенал констатира, че

---

тяхната височина“. (Срв. *Un enigmático edicto del Emperador Vespasiano sobre materia urbanística*. – *AHDE*, 47, 1977, p. 45-46).

<sup>50</sup> Sen., *Ad Lucil*, 14.90.7: *Ego vero philosophiam iudico non magis excogitasse has machinationes tectorum supra tecta surgentium et urbium urbes prementium.*

<sup>51</sup> Liv., 21.62.3: *Et foro boario bovem in tertiam contignationem sua sponde escendisse.*

<sup>52</sup> Cic., *De Lege agraria*, 2.35.96: *Romam cenaculis sublatam atque suspensum.*

<sup>53</sup> Sen., *Nat. Qu.*, 6.30.5. Тълкуването на *turres* като високи жилищни сгради изглежда най-логично. Имаме сведения за една *Turris Mamilia*, извисяваща се на сред Субура и доминираща над къщурките в района между императорските Форуми и хълмовете на север от тях (C.I.L. 6.33837).

<sup>54</sup> Petron., *Satyr.*, 120.87,

<sup>55</sup> Tac., *Historiae*, 3, 71: *Nec sistis poterant scandentes per coniuncta aedificia quae et in multa pace in altum edita solum Capitolii aequabant.*

<sup>56</sup> Plin., *Nat., Hist.*, 3.67. *Vid. la n. 22.*

<sup>57</sup> Marcial, *Epigr.*, 2.118.7: *Scalis habito tribus, sed altis.* La *insula* de tres o cuatro pisos debía ser la más extendida. Срв. Calza-Nash, Ostia (Florenca 1959) *tavls.* 16 y 32, където има реконструкции на *Via dei Balconi* y del *Caseggiato dei Dipinti*. Поради малкото археологични останки от *insulae* в Рим, Ostia предлага един по-адекватен градоустройствен пример за това, какъв е бил Рим по време на Империята.

<sup>58</sup> *Ibid*, 7.7.20: *Haec per ducentascum domum tulit scalas.* Това може би е най-адекватната намеса в текста. Както посочва GARCÍA BELLIDO: „височината на къщата на Сантра зависи от височината, която приемем за стъпалата. Ако им дадем около 15 см. или

*spatium tectis sublimibus unde cerebrum tecta fecit*<sup>59</sup>. Огромната *insula Felicles*, която споменава Тертулиан<sup>60</sup>, разположена южно от Марсово поле и датирана в началото на III в.<sup>61</sup>, е още едно доказателство за високото строителство и неспазването на правилата, които започват да се въвеждат по времето на Август, за да се ограничи височината на сградите<sup>62</sup>, достигнали своя разцвет през Късната империя<sup>63</sup>, може

---

малко повече, ще получим обща височина от около 30 метра, към която трябва да добавим височината на последния етаж плюс покрива, и така лесно ще стигнем до около 35 метра, или около 120 римски фута. Ако за етажите изчислим около три метра височина, къщата на Сантра с нейните 35 метра височина може би е имала 10 или 11 етажа“. (Срв. *Urbanística de las grandes ciudades, cit.*, p. 114, n. 23).

<sup>59</sup> Juven., *Satirae*, 3.269.

<sup>60</sup> Tertul., *Contra Valent.*, 7: *Meritorium factum est mundus: insulam Feliculam credas, tanta tabulata caelorum. Illic etiam Valentinianorum deus ad summas tegulas hábitat.*

<sup>61</sup> *Regionarii* от времето на Константин я отнасят към периода на управление на Септимий Север. (Срв. Chastagnol. *La préfecture urbaine a Roma sous Bas Empire.* (Paris, 1960), p. 369).

<sup>62</sup> По отношение на височината *ius civile* въвежда принципа, че *dominus* може да строи *in infinitum*, освен ако това право не бъде ограничено от доброволен сервитут (*Vid.*, p. ej., Ulpiano, 53 *ad ed. D. 8.2.9: Cum eo, qui tollendo obscurat vicini aedes, quibus non servint, nulla competit actio*, а също текстове, цитирани от BIONDI, В. *La categoría romana delle servitutes*, Milán, 1938, p. 45.). *Ius honorarium* не въвежда ограничения в това отношение, но имаме референции, че императорското законодателство започва да се намесва в началото на Принципата, като ограничава високото строителство в името на публичния интерес. Витувий припомня, че *leges publicae non patiuntur maiores crassitudines quem sesquipedes constitui loco communi* (*De Architectura*, 2.8.17), с което косвено се ограничава височината на сградите. Суетоний описва живота на Август, (89.12) и говори за една *oratio* на императора до Сената с предложение за цялостна рационална уредба за сградите -*de modo aedificorum*. Rotondi и Biondi смятат, че става дума за един истински *Lex Julia de modo aedificorum urbis*. (Cfr. respectivaente, *Leges publicae populi romani* (Milán, 1912), p. 477 и *Leges populi romani. Acta divi Augusti. Pars prior* (Roma, 1946), p. 103 ss.= *Scritti Giuridici II*, p. 281-282). Препратки към този *lex* може би виждаме в Естрабон, *Geographia*, 5.37, когато свидетелства, че Август *praevidens contra incendia, ruinis quoque subventurus. Nimiam aedificorum altitudinem sustulit, vetuique ad vicos públicos altius septuaginta tollere* и създава кохорта от либери, натоварена да следи никоя сграда да не надхвърля тези размери. Във връзка с пожара на 17 юли 64 г., Тацит казва в *Annales*, 15.43, че Нерон *cohibita aedificorum altitudine*, макар че не посочва в какъв размер. Траян определя регламентираната височина на шестдесет фута *ob ruinas faciles et sumptus, si quando talia contigerent, existiosos* (Aur. Vit. *Epitome de caesaribus*, 13; *cit.* от НОМО. *Rome Imperiale*, p. 552). Имало е, с други думи, разпоредби на Август, Нерон и Траян относно височината на сградите, както свидетелстват литературните източници, но класическите юристи не правят никакво специално уточнение по този въпрос. Само Улпиан в 52 *ad ed.*, D. 39.1.1.17 прави генерическа препратка към *Leges edictave Principum quae ad modum aedificorum facia sunt*.

<sup>63</sup> Много от тези закони са запазени в CTh. 15.1 *de operibus publicis*, и в CJ. 8.10 *de aedificiis privatis*; 8.11 *de aedificiis publicis*. Обаче законодателството по този въпрос изглежда е било по-широко от това, което е достигнало до нас (Срв. Biondi, *La categoría*, p. 25, n. 25

би, защото тогава както посочва Levy- централното правителство започва да осъзнава, че градоустройството е материя от обществен интерес<sup>64</sup>. Става дума за едно малко разпръснато императорско законодателство, възникнало случайно поради противоречиви причини, вероятно отнасящо се най-вече за столицата на империята, което е показателно за постоянната загриженост на управниците да дадат на града сигурност, хигиена, красота и най-вече да ограничат катастрофалните последствия от пожарите и земетресенията<sup>65</sup>. Тези норми не са в полето на частното право и на междусъседските отношения, което обяснява мълчанието на юристите по въпроса<sup>66</sup>. Във всички случаи става дума за ограничения, въведени в името на обществения интерес, чието спазване се следи от публичните органи<sup>67</sup>. Само така може да намерим задоволително обяснение за упадъка и възраждането им. Така или иначе, има изрични свидетелства за фрапантното неспазване на тези разпоредби в класическия период. Всъщност единствена пречка за надстрояването са архитектурните техники и устойчивостта на използваните материали<sup>68</sup>.

Пренаселването на жизнената среда се утежнява до голяма степен от тенденцията всякакви бараки, работилници и пивници, долепени до сградите, да

---

и цитираната там библиография; *vid.* също, Chastagnol, *op. cit.*, p. 369-370; що се отнася до определените със закон разстояния между публичните сгради в Късната Империя, *vid.* JANVIER. *La Législation du Bas-Empire romain sur les édifices publics*. Aix, 1969, p. 105, p. 203, p. 259.)

<sup>64</sup> LEVY, W. *West roman vulgar law. The law of property*. Filadelfia, 1951, p. 114.

<sup>65</sup> BIONDI, B., *últ. loc. cit.*, p. 25.

<sup>66</sup> Римското право е по същество частно право и затова юриста го е било грижа за градоустройствените въпроси доколкото те могли да се отразят първо върху семейната среда, а след това и в индивидуалната сфера – предпочитан обект на неговото интелектуално внимание. (*vid.* LATORRE, A. *Valor actual del Derecho romano*. Barcelona, 1977, p. 31-53 и цитираната там библиография).

<sup>67</sup> Наред с други санкции се въвежда разрушаването на сградата до определената от закона височина. Един надпис (C.I.L. 6, 1982) свидетелства, че публичният орган *insulas ad pristinum statum suum secundum leges... restauri... providit*. Обозначението присъства по неоспорим начин в няколко закона - CTh. 15.1.4; *si quid constructum fuerit, diruatur*, C Th. 15.1.38: *diuri ac demoliri praecipimus*; CTh. 15.1.46 *destrui tollique praecipimus*; CJt. 8.10.11 *modis omnibus destruncetur*, CTh. 15, 1, 45: *ad formam pristinam... renovetur*, (Срв. BIONDI, *Ibid.*, p. 26).

<sup>68</sup> Ясни и точни идеи за строителните материали в римската архитектура и тяхното използване по епохи предлага VENANZI, C. *Caratteri costruttivi del monumento*, I; *Stuttore muraria a Roma nel Lazio*. – In: *Centro di studi per la storia dell'arte*. Roma, 1957; Vid: también LUGLI, C. *La técnica edilizia romana*. - In: Giovanni Bardi, Roma, 1957, I, p. 43.



завладяват и без това оскъдните свободни пространства. Това завземане на пространство се простира не само върху терените, но и във височина поради строителството на *maeniana*<sup>69</sup> – своеобразни балкони, които утежняват още повече ендемичната теснота на римските улици<sup>70</sup>.

Инсулите - *insulae* - са пълна противоположност на старите строителни схеми на гръцко-италийската къща, защото докато тя взема светлина и въздух от вътрешни пространства<sup>71</sup>, инсулите използват само екстериора и „дишат“ само откъм улицата. Отварянето на прозорци и построяването на балкони на фасадите, гледащи към улицата, са отговор на необходимостта да се използват максимално сградите. В градежа на жилищата под наем се използват неконсистентни материали като кирпич и дърво<sup>72</sup>, с *coenacula* в най-високата част и постоянен риск от

---

<sup>69</sup> Според разказа на Ливий 1.35.8, Таркийн раздал на частни лица терени около Форума със задължението да построят магазини, украсени с веранди, с надстроен етаж, образуващ покрита галерия, или балкони, от които можело да се наблюдават игрите. Св. Изидор казва, че наименованието *maeniana* произлиза от *Maenius* – първият наредил строеж (Isid., *Etymol.*, 15.3.11: *Maenius collega Crassi in foro proiecit materias, ut essent loca in quibus spectantes insisterent, que ex nomine eius maeniana appellata sunt*). През 367 г. Претекстат - тогава *praefectus urbi*; наредил да бъдат съборени всички изградени в нарушение балкони съгласно един древен закон, чийто обхват и съдържание не са ни известни (Am. Marc., 27.9.10: *namque et Maeniana sustulit omnia, abricari Romae priscis quoque vetita legibus, et discrevit ab aedibus sacris privatorum parietes, eisdem inverecunde connexos*). Един закон от 423 г. (CJ., 8.10.11) определя, че разстоянието от десет фута между две къщи важи също за разстоянието между две *maeniana*. По-късно Закон проявява по-голяма строгост в Константинопол и определя разстояние от дванадесет фута между частните сгради и десет фута между балконите (CJ. 8.10.2). *Maeniana* можело да бъдат строени само до определена височина считано от равнището на пътното платно. Закон определя тази височина на петнадесет фута - 4,42 м.

<sup>70</sup> Има богата литература по този въпрос. Марциал (*Satirae* 1, 33, vv. 1-2) разказва, че прозорците били толкова близо един до друг, че съседите можели да се ръкуват. Ювенал (*Satirae* 3, 225) разказва, че тъй като било необходимо прозорците да се отварят, за да излезе димът от помещенията, той дразнел съседите от отсрещната къща.

<sup>71</sup> За пълно описание на римските жилища, vid., GUILLÉN, *op. cit.*, I, p. 60-77 para las *domus* y 77-80, а за *insuale* - LUGLI, G. *Il valore topografico dell'insula in Roma antica*. – In: *Rendiconti Pont. Accad. Arch*, 18, 1941-1942, p. 191 ss.; WOTSCHITZKY. *Hochhauser in Antike Rom*. – In: *Ist., Sprasswiss., Insbruk*, 1955, p. 153 ss.

<sup>72</sup> За лошото строителство на тези жилища говорят Сенека (*De Ira*, 3.35.3): *parietes insularum exesos ruinosos inaequales* и Ювенал, който казва: *Nos urbem colimus tenui tibicine fultam / magna parte sui: nam si labentibus obstat / villicus, et veteris rimae contextit hiatus / securos pendente habet dormire ruina* (*Satirae*, 3, 193- 196).

срутване<sup>73</sup>. Всеки етаж бил разделен на тесни апартаменти в чиито тесни, усойни и мрачни стаи *-cubicula-* се тъпчели семействата, за да треперят през зимата и да се задушават през лятото. Това са непросторни, неудобни и опасни жилища, като правило лишени от вътрешно водоснабдяване<sup>74</sup>. Поради липса на тръбопроводи в горните етажи само обитателите на партера използват клоаки, за да се освободят от мръсотииите. Останалите трябвало да ги събират в някакъв съд или – което разбира се било много по-удобно – просто ги изхвърляли през прозореца<sup>75</sup>.

При такива сбутани едно в друго жилища – истински кошери с тесни прозорци, как да се предвиди какво може да падне върху главата на пешеходеца, като в тясната уличка всеки прозорец криел опасност? Бедните семейства се възползвали от тъмнината, за да се отърват от всичко, което им пречело<sup>76</sup>. Според Paoli

---

<sup>73</sup> Цицерон казва на приятеля си Атик: „потънаха две от моите *tabernae*, останалите се напълниха с гущери. Наемателите и дори плъховете се преместиха“ (*Ad Att.*, 14.9.1). Един век по-късно Сенека казва, че в Рим се живее в постоянен страх от внезапно потъване - *nunc magna pars nostri metus tecta sunt-* (*Epist.* 90). В *De Clem.* 23.5 Сенека ни е оставил графичен спомен за опустошението след пожарите: *Sub uno aliquo tecto flamma apparuit: vicinique aquam ingerunt, at incendian vastum et multas domus depastum parte urbis abruitur.* Ювенал не преувеличава като казва, че предпочита да живее на пуст остров, отколкото в *Subura nam quid tan miseum, tan solum vidimus, et non / deserius credas horrere incendia, lapsus / tectorum assiduos, ac mille periculae saevae Urbis* (*Satirae*, vv. 5-8). В действителност цялата *Sátira* 3<sup>a</sup> е на тази тема – лоши и небезопасни жилища (vv. 193-202); в тях не може да се спи (vv. 232-242); има голяма опасност от нападения, кражби, насилие... (va. 268-308). Срв.. *Magariños, Juvenal y su Tercera Sátira*, Instituto Antonio de Nebrija, Madrid, 1956, p. 68-77. В една *locatio-conductio* на една *insula*, описана в C.I.L. 4.1136, се разграничават три части: магазини *-tabernae-* работилници *-pergulae-* и апартаменти *-cenacula-* (*In praedis. Iuliae. Sp. F. Felicis locantur... tabernae. Pergulae. Cenacula. Ex. Ididus. Aug. Primis. In. Idus. Aug. Sexta. Annos. Continuos. Quinque*), Всяка една от тези части на свой ред е преотдавана под наем на частни лица. Затова нищо чудно, че либертът Помпей Диоген, след като купува една *insula* и я разделя на *cenacula* „просперира като по божие чудо“, по думите на Petron., *Satyr.* 36 6-10.

<sup>74</sup> PAOLI, V. E. *Vita romana*. 9<sup>a</sup> ed. Mundadori, Florencia, 1963, p. 77. Течащата вода, ако имало такава, стигала само до долните етажи. Единия милиард литри вода на ден, които според изчисленията подавали на *Urbs* деветнадесетте римски акведукти, отивали в термите и публичните чешми (фонтани?) (Cfr. GARCÍA BELLIDO, *op. cit.*, p. 132), Наемателят бил принуден да черпи вода от тези източници или от кладенци, или да прибегва, ако има финансова възможност за това, до услугите на водоносачите *-aquarii-* (*Vid.*, Johnston, H. W., ed. Scott, Foreman and Company, Nueva York, 1973, p. 161, *The private life of the romans*).

<sup>75</sup> HOMO, *op. cit.*, p. 509; AYMARD-AUBOYER, *op. cit.*, p. 498; GARCÍA BELLIDO, *Ibid.*

<sup>76</sup> Службата за събиране на боклука работела нощем. *Lex Julia Municipalis* обозначава колите, предназначени за тази цел, с термина *lostra stercoris exportandi causa*, и указва, че те са теглени от волове или други товарни животни *-bubus iumentisve iuncta-*.

отвсякъде валил дъжд от боклуци и нечистотии и който случайно минавал, може да каже, че са е отървал добре, ако само е измокрен или с леки синини<sup>77</sup>. Изхвърляли се и големи предмети, които причинявали тежки наранявания, а понякога и смърт на хора и животни<sup>78</sup>.

*Effusum et deiectum* е феномен, присъщ на бедните квартали, а не на *domus*, където живеели по-облагодетелстваните от съдбата фамилии. Там много от неудобствата на *insulae* били непознати<sup>79</sup>. Затова преторската намеса е следствие от изключително нездравословните условия, в които живеело огромното мнозинство от градското население на Рим<sup>80</sup>. За инкриминирането на деянието, предвидено в едикта, оказват влияние точно определени обществени изисквания,

---

Тъй като са смятани за публична услуга, те били облагодетелствани и противно на принципната забрана, могли да се движат по улиците в първите два часа от денонощието. (C.I.L. 1.206, 66-67: *Quae plostra noctus in urbem inducta erunt, quominus ea plostra inania aut stercoris exportandi causa / post solem ortum h(or)is X diei bubus iumentisve iuncta in u(r)be R(oma) et ab u(r)be R(oma) p(assus). M ese liceat, e(ius) h(ac) l(ege) n(ihil) r(ogatur)*). Но дори така, както посочва Номо (*op. cit.*, p. 424)-, тази служба била определено недостатъчна поради огромната маса боклуци, които трябвало да извозва.

<sup>77</sup> Paoli, *op. cit.*, p. 68.

<sup>78</sup> За това говори Ювенал с толкова жив и образен език, че е по-добре да му отстъпя перото: *Respice nunc alia ac diversa pericula noctis:/ quod spatium tectis sublimibus unde cerebrum / testa ferit, quoties rimosa et curta fenestris / vasa cadunt; quanto percussum pondere signent, / et laedant silicem. Possis ignavus haberi, / Et subiti casus improvidus, ad coenam si / Intestatus eas...* (*Satirae* 3.267-272). Като се абстрахираме от комичния му дух, няма съмнение, че този гениален сатирик познава много добре казуса. В Рим нямало улично осветление. Всеки трябвало сам да се сдобива с нужните за осветление средства. Ювенал казва, че обикновено се водел от светлината на луната и от блясъка на една свещ, която през повечето време държал загасена от икономия (*Satirae* 3, 286: *Me que, luna solet deducere, vel breve lunem / candelaе, cujus dispeso et tempero filum, / contemnit*). Затова не е чудно, че който нямал причина да излиза от дома си благоразумно си седял въщи. (Относно този проблем, *vid. CARCOPINO, J. La vie quotidienne á Roma a l'apogée de l'Empire. Paris, 1934, p. 226; PAOLI, op. cit., p. 70; JOHNSTON, op. cit., p. 112-113*).

<sup>79</sup> Поетичната възхвала на Цицерон на еднофамилната къща - *Quid est sanctius, quid omni religione munitius, quam domus uniuscuiusque civium? Hic arae sunt, hic foci, hic di penates, hic sacra, religiones, caerimoniae continentur; hic perfugium est ita sanctum omnibus, ut inde abripi neminem fas sit-* (*Pro domo sua*, 109), несъмнено е един идеал, който по негово време бил резервиран за едно нищожно малцинство, към което той самият отскоро принадлежал. Срв. LEVI. *Roma antica, cit., p. 282; HILL, H., The Roman middle class in the Republican period. Blackwell, Oxford, 1952, p. 45 ss.*

<sup>80</sup> По времето на Константин, Рим наброява – според двата *регионария* от архивите на префектурата - 1.797 *domus* и 46.602 *insulae* (Срв. CHASTAGNOL, *op. cit.*, p. 369; *vid.*, също така, JOHNSTON, *op. cit.*, p. 112-113; GUILLÉN, *op. cit.*, p. 60).

произтичащи от специфичните условия на живот в града. Не може да е друго *ratio* на текста, който ни предава Улпиан в D. 9.3.1.1 у 2 (23 *ad ed.*).

*Summa cum utilitate id praetorem edixisse nemo est qui neget : publice enim utile est sine metu et periculo per itinera commeari. Parvi autem interesse debet, utrum publicus locus sit an vero privatus, dummodo per eum volgo iter fiat, quia iter facientibus prospicitur, non publicis viis studetur: semper enim ea loca, per quae volgo iter solet fieri, eandem securitatem debent habere.*

Както може да заключим от двата фрагмента, обществото има полза хората да могат да се движат без страх и без риск там, където обикновено се ходи пеша. С други думи, преторската защита е насочена към *populus* в естественото му и неюридическо значение като *vulgus* – множеството индивиди, съставляващи масата на населението<sup>81</sup>. Става дума за една блуждаеща, често разочарована от безплодното търсене на работа тълпа, която в лабиринта от тесни улички, затворени през деня за движението на талиги<sup>82</sup>, върви в една или друга посока, често просто имитирайки действията на своите съграждани<sup>83</sup>. В крайна сметка

---

<sup>81</sup> Според мен това е значението, което трябва да придадем на думата, така както е употребена в D. 9.3.1.2 (Ulp. 23 *ad ed.*): *ceterum si aliquando vulgus in illa vie commeabat et tunc deiectum quid vel effusum...* Относно произхода и значението на термина *vulgus*, *vid.* BILINSKY, *op. cit.*, p. 728, n. 20, където има богата библиография.

<sup>82</sup> Забраната се съдържа в *C.I.L.*, 206.56: *auge vine in u(rbe) R(ioam) sunt erunt intra ea loca ubi continenti habitatur, nequis ineis veis post k(alendas) lanuar(ias) primas plostrum interdiu post solem ortum neve ante horam X diei ducito agito.* Относно евентуалното съществуване на *lex Caecilia de urbe augenda*, който урежда движението на каруци вътре в *civitas*, *vid.* ROTONDI. *Leges publicae, cit.*, p. 425; CARCOPINO. *Jules Cesar. 5<sup>a</sup> ed.* Paris, 1968, p. 520; JORDAN MONTAÑES. *El transporte en la Roma de August.* – In: *Estudios Santa Cruz Teijeiro I* (Valencia, 1974), p. 448.

<sup>83</sup> В *De tranq. an.* 12.2-3 Сенека описва фрагмент, който често се чувал по улиците на Рим: „Ако попиташ някой, който излиза от дома си, къде отива и какво мисли, ще ти отговори „В името на Херкулес – не знам, но ще направя това, което виждам всички други да правят“, а в 4-6 говори за кухите и маловажни мотиви, които карат тълпата да обикаля из града: *Eodem modo unumquemque his qui ad augendam turbam exeunt inanes et leves causae per urbem circumducunt, nihilque habentem in quod laboret orta expellit et cum multorum frustra liminibus illisus, nomenclatores persalutavit, a multis exclusus, neminem ex omnibus difficilium domi quam se convenit.* За огромните тълпи, движещи се по централните улици на града, Ювенал казва: *ante tamen veniet: nobis properantibus obstat / unda prior; magno populus premit agmine lumbos / qui sequitur, ferit hic cubito, ferit assere duro / alter; at hic tignum capiti incutit, ille meretram.* (*Satirae*, 3, vv. 245 ss). Тълпата, изпълваща улиците, е толкова голяма, че пред двуколките трябвало да вървят *anteambulones* да им проправят път викайки „дайте път на моя господар!“ Марциал казва, че либертът, който умее да ти проправя път през тълпата с лакти, е по-полезен другар от някой нерешителен гражданин (*Epig.*, 2, 18), а

именно този *vulgus* иска да може да се движи свободно по улиците – не само по публичните, но и по частните улици, които на практика ползва постоянно и ежедневно<sup>84</sup>. Своевременната намеса на претора тъкмо в момента, в който новата урбанистична ситуация изисква това<sup>85</sup>, е едно безспорно доказателство, че римската юриспруденция не само не се фосилизира, но и винаги е готова да предложи решенията, които се налагат от постоянно променящите се изисквания на обществото.

---

Хораций добавя, че пешеходецът напредвал *luctandum in turba et faciendo iniuria tardis* (*Epist.*, 2.2.17.72).

<sup>84</sup> Същото изискване за закрила на сигурността по пътищата е застъпено в едикта *ne equis in suggrunda protectove*, който Улпиан в D. 9.3.5.7 (23 *ad ed.*) определя като *portio* от едикта *effusis vel deiectis* и едикта *de feris* на едилите на курията в D. 21.1.40 у 42 (*Ulp. 2 ad ed. aedil. curul.*), а едиктът *de effusis* съответства напълно, като се изключи промененият ред на разпоредбите. В едилския едикт има изискване за настъпила смърт на човек, докато в преторския едикт се изисква причинена щета на нещата. Тази вариация е обяснима, защото при дивите животни – вълци, мечки, лъвовете, пантери... – по-тежката хипотеза е най-честата и най-вероятната, и на второ място – различната сума на *condemmatio* в случай на смърт на свободен човек: петдесет хиляди сестерции според преторския едикт и двеста хиляди сестерции според едилския едикт. От тази количествена разлика Casavola заключава, че едилският едикт е по-късен и е разработен на основата на по-ранния преторски едикт (Срв. *Studi sulle azioni popolari romane. Le „actiones populares“*, *cit.*, p. 160; обратно, WATSON. *The law of obligations in the later roman republic*, *cit.*, p. 266).

<sup>85</sup> Споменаването на Требаций в D. 9.3.1.5 ни позволява да датираме публикуването му поне в първата половина на последния век на Републиката, когато започва възходът в развитието на недвижимостите. В началото на Империята това не е нещо ново, а по-скоро едно продължение и задълбочаване на предишните недостатъци. Така според мен трябва да тълкуваме множеството свидетелства на автори от тази епоха, цитирани в тази статия.

## BONA FIDES В РИМСКИЯ ГРАЖДАНСКИ ПРОЦЕС (НА АНГЛИЙСКИ ЕЗИК)

**Доц. д.н. Милка Ракочевич**

Университет „Св. св. Кирил и Методий“, Скопие, Република Северна Македонија

**Резюме:** Въпреки че не винаги се разграничава като изрично процесуално явление, доктрината за *abusus iuris* има дълга история и е позната на всички периоди от историческото развитие на гражданското съдопроизводство. Като един от основните принципи на съвременния граждански процес, ако се анализира исторически, може да се отбележи, че забраната за злоупотреба с процесуални права нито е съвременна в правния смисъл на тези термини, нито в историческата ретроспектива губи значението, я характеризира в съвременния граждански процес. В статията акцентът е поставен върху правораздаването в Древен Рим с особен акцент към института на злоупотребата с процесуални права. В нея се разглежда началото и развитието на организираните методи за правна защита в римския граждански процес с цел да се определи основната му характеристика през различните етапи от неговото развитие и да се анализира неправомерното поведение на страните пред съда и процесуалните механизми за потушаване на симулирани съдебни спорове. Историческата ретроспектива обхваща различни периоди от развитието на римския съдебен процес. Основният стимул за анализ на историческото измерение на гражданския процес в Древен Рим е да се анализира генезиса и еволюцията на прилагането на принципа на *bona fides* в римския граждански процес.

**Ключови думи:** римски граждански процес; злоупотреба с процесуални права; симулиран съдебен процес.

## BONA FIDES IN ROMAN CIVIL PROCEDURE (ENGLISH LANGUAGE)

**Assoc. prof. Milka Rakochevich, DSc**

St.st. Cyril and Methodie University, Skopije, Republic of North Macedonia

**Abstract:** Although not always distinguished as an explicit procedural phenomenon, *abusus iuris* doctrine has a long history and is familiar to all periods of historical development of civil procedure. As one of the basic principles of contemporary civil procedure, if analysed historically, it can be noted that the prohibition of abuse of procedural rights is neither modern nor contemporary in the legal meaning of those terms, nor in the historical retrospective loses the importance that characterize it in the modern civil procedure. Within the paper, the focus is set on the administration of justice in ancient Rome with particular interest on the institute of abuse of procedural rights. The paper discusses the beginnings and development of organized methods of legal protection in Roman civil procedure with the aim to determine its basic characteristic through different stages of its development and to analyse the frivolous behaviour of the parties before the tribunal and procedural mechanisms for suppressing vexatious litigation. The historical retrospective is covering different periods of development of the Roman litigation. The main drive for analysis of the historical dimension of civil procedure in ancient Rome is to analyse the genesis and evolution of the principle of *bona fides* in Roman civil procedure.

**Keywords:** Roman civil procedure; abuse of procedural rights; vexatious litigation.

## 1. Introduction

History, and especially legal history teaches us that nothing in the world, and therefore nor in the development of different areas of social life is accidental. On the contrary, the development of the social order is modelled by variety of social laws, its gradual progress is affected by particular aims among which the ones that are of economic nature prevail<sup>1</sup>. The permanent changes that are stimulating the social progress leave their mark in the legal sphere as well. After all, the contemporary law emerges as a product of gathered experiences, its improvement is a result of a historical recollection, legal heritage and regulations obtained from the spiritual and civilizational tradition.

The reasons for studying the history of civil procedure are arising from the need to recognize the laws of social development and their reflection in the system of providing legal protection. As it is noted „*the comprehension of such laws requires history, and particularly legal history, which provides the jurists with the benefit that the experiment has for the natural sciences*“<sup>2</sup>. Therefore, historical analysis of different types of civil procedures has a significant role. Such analysis provides us with clarification of the present and understanding of the current state of affairs in the field of civil procedure, but at the same time it provides us with a proper and constructive observation of its future. In order to understand the meaning of the contemporary civil procedure, it is certain that one needs to be familiar with its history and therefore in order to understand the nature of different procedural institutes in the present or to anticipate its future regulation one has to look at their past as well.

The paper will discuss the beginnings and the development of organized methods of providing legal protection in Roman civil procedure with the aim to determine its basic characteristic through different stages of its development. The main drive for analysis of the historical dimension of civil procedure in ancient Rome is to study the institute of abuse of procedural rights and to analyse the genesis and evolution of the principle of *bona fides* in Roman civil procedure.

---

<sup>1</sup> See HORVAT, M. *Rimsko parvo*. [Roman Law]. Zagreb, 1977, p. 3.

<sup>2</sup> *Ibid.*



## 2. Roman Civil Procedure – General Remarks

On the historical legal scene, *Ius romanum* legal order lasted for more than thirteen centuries from the legendary founding of Rome (754 or 753 BC) until the death of the Eastern Roman emperor Justinian (565 AD). In that quite long period of existence of the Roman state, Roman law, from a legal order of a small Latin city and primitive population with closed natural production, under the strong influence of the progressive productive forces and the development of the slave-owning production relations, gradually became a universal law of one world kingdom<sup>3</sup>. More than ten centuries Roman law has been developing and progressing while going through several specific periods marked by significant historical events of the Roman social order, which were a result of changes that affected the social and especially the economic structure of the Latin Empire. These changes have reflected in the area of protection of private rights as well. Therefore, during different phases of development of the Roman social order, the protection of subjective civil rights has emerged through different models.

The most primitive form of such protection was self-help – protection of the right with one's own power which could occur either in the form of an attack to protect one's own good or in the form of resistance when someone else is attacking. Given the weaknesses of the self-help<sup>4</sup>, the state was gradually intervening to limit or completely eliminate such protection<sup>5</sup>. The process of complete takeover of administration of justice by the *imperium* went through several stages. In that period from self-help to full state protection, a notable place belongs to the institute of *arbiter ex compromisso*. The next step in that process is the emergence of *iudicium privatum* – a specific institute of Roman civil procedure familiar to the classical period of its development which appears as a kind

---

<sup>3</sup> See HORVAT, *op. cit.*, (*supra*, n. 1), p. 1; ROMAC, A. *Rimsko parvo*. [Roman Law]. Zagreb, 1987, p. 1.

<sup>4</sup> Defining self-help as an individual fight for one's rights can easily detect its weaknesses: self-help always interrupts the peace and order; it always goes in favor of the stronger (which does not mean that the stronger is always right); and finally, the subjectivity is always present within self-help (the limits of self-help cannot be determined correctly since no one is a good judge *in causa sua*).

<sup>5</sup> In Rome, self-help was prohibited by Marcus Aurelius with his decree *Decretum Divi Marci* in the second half of 2<sup>nd</sup> century AD. According to the decree, if creditor has tried on his own to realize his claim, without mediation of the court, he would lose such a claim as punishment. According to ROMAC, A. *Rimsko parvo*. [Roman Law]. Zagreb, 1998, p. 463.

of compromise between individual self-help and state intervention<sup>6</sup>. In the postclassical period, legal protection was fully provided by the *imperium* – the administration of justice emerges exclusively as an intervention of the state authority.

From the period of monarchy to the period of dominate, Roman civil procedure evolved through three periods: a) pre-classical period – *legis actio* procedure, which lasted from the founding of Rome until the middle of the 2<sup>nd</sup> century BC; b) classical period – *formula* procedure, which lasted from the middle of the 2<sup>nd</sup> century BC until the middle of the 3<sup>rd</sup> century AD; and c) postclassical period – *cognitio* procedure, which emerged in the classical period firstly as an exception and by the end of the 3<sup>rd</sup> century AD it became a regular method of protection of private rights. The last model outlasted the collapse of the Roman Empire and continued its existence in the Byzantine and Canon law. The three above mentioned periods in the development of Roman civil procedure can be classified according to the nature of the legal protection as well. The first two periods belong to the system of private trial – *ordo iudiciorum privatorum (iudicium privatum)*, where specific split of the proceedings exists. The procedure was divided in two phases *in iure* and *apud iudicem*, with the state authority having competencies only in the first phase of the proceedings, while the final decision on the disputed matter was rendered by *iudex privatus*. The third period corresponds with the extraordinary model of trial, where the procedure is managed by state judges as imperial officials<sup>7</sup>.

Our knowledge of Roman civil procedure is based on modest sources. The Romanists point to Gaius *Institutiones* as a basic legal monument regarding the models of administration of justice in ancient Rome<sup>8</sup>. In addition, other sources have significantly

---

<sup>6</sup> UZELAC, A. *Teret dokazivanja. [Burden of Proof]*. Zagreb, 2003, p. 15.

<sup>7</sup> The described development line of civil justice models, from the earliest jury courts to the imperial clerical courts corresponds to the general concentration of the all state power, both in administrative and military, as well as in legislative and judicial functions, in the hands of the absolute emperor and his bureaucratic apparatus. According to HORVAT, M. *O dvodiobi u najstarijem rimskom civilnom procesu*. Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu. [On division in the Oldest Roman Civil Procedure, Collection of papers of the Faculty of Law in Zagreb]. Zagreb, 1958, p. 138.

<sup>8</sup> The fourth book of Gaius *Institutiones* gives detailed explanation of the *iudicium privatum* models of trial – the *legis actio* and *formula* procedure. Until the discovery of Verona manuscript of *Institutiones*, very little was known about these forms of legal protection, especially regarding *legis actio* procedure. Apart from *Institutiones*, information on the old *legis actio* procedure can be found in *Lex Duodecim Tabularum*, in Cicero's writings and in one part of the *Lex de Calia Cisalpina*. According to ROMAC, A. *Rimsko parvo. [Roman Law]*. Zagreb, 1987, p. 401.

contributed to expanding the knowledge regarding the contours of Roman civil procedure: *Lex de Gallia Cisalpina*, discovered in 1760, *Fragmenta Vaticana*, discovered in 1821, *Lex Coloniae Genetivae*, discovered in 1870, *Fragmentum Atestinum*, discovered in 1880, the wax plates of *Pompeii*, *Puteoli* and *Herculaneum*, discovered in the past hundred years, and *Lex Irnitana*, discovered in 1981.<sup>9</sup> Facts on *extraordinaria cognitio* procedure inherent to the postclassical period can be found in Justinians's Codification.<sup>10</sup>

Before we continue with analysis of the development line of civil procedure in ancient Rome, we would like to point out one remark which appears to be important regarding the subject matter of this paper. Namely, from the legal monuments that testify on the models of administration of justice it can be concluded that even in the most ancient times prohibition on taking actions that could harm the proper course of procedure was familiar. In that respect, Roman law gives many testimonies<sup>11</sup>. Still, Roman law does not recognize the concept of abuse of procedural rights as it is accepted in the contemporary litigation. However, it doesn't mean that this ancient legal system wasn't familiar with mechanisms for repressing the improper and vexatious exercise of procedural rights.

### 3. *Bona Fides* in Roman Civil Procedure

#### 3.1. *Legis Actio* Procedure.

*Legis actio* procedure is the earliest emerging stage of Roman civil procedure. In the pre-classical period the possibility of exercising private rights was reduced to a minimum – the right to sue (*actio*) was very limited due to the fact that *actio* could be used only if its content and formulation corresponded to the terms stipulated by law. The claims were adjusted to the text provided by law meaning that they were unchangeable as the

---

<sup>9</sup> According to METZGER, E. *Roman Judges, Case Law, and Principles of Procedure*. - *Law and History Review*, 22/2, 2004, electronic reprint from Roman Law Resources, p. 4.

<sup>10</sup> For more data on the live monuments (sources) regarding Roman civil procedure see E. METZGER, E. *An Outline of Civil Procedure in Roman Law*. (September 5, 2009). Cambridge Companion to Roman Law, Forthcoming, Available at: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1588142>, p. 3-6.

<sup>11</sup> БЛАГОЈЕВИЋ, Б. *Начела приватнога процеснога права*. [*Principles of private procedural law*]. Belgrade, 1936, p. 128.

laws themselves<sup>12</sup>. Hence, we get the name of the procedure, from the words *leges*<sup>13</sup> and *actio*<sup>14</sup>. The basic characteristics of this procedure were considered to be „...*strict formalism, orality, immediacy and the public*...“<sup>15</sup>. Essential characteristic of *legis actio* procedure is that it proceeded through two stages, although it may be more correctly to say that it consisted of two separate procedures. From today's perspective, we are adjusted to a procedure that takes place in an organic continuity before a court, from the beginning to the end. But, at that time, the bipartite procedure was considered as a rule. Only the first stage of the procedure took place before the judicial magistrate (*praetor*). He managed the procedure until the moment of *litis contestatio*. From that moment on, in another place and in front of another person, the second stage of the procedure began, where according to the procedural program of the magistrate, the factual claims of the parties were examined in order to create a basis for making a final decision. The first stage of the procedure was known as *in iure* procedure, while the second as *apud iudicem* or *in iudicio* procedure<sup>16</sup>.

The main feature of *in iure* procedure was the strict formality with presence of archaic admixtures. The purpose of this stage was for the praetor to determine the legal substance of the dispute, i.e. to determine whether there is an appropriate „litigation program“ in the existing laws<sup>17</sup> and to examine whether the procedural activities of the parties have been taken in the prescribed form, in order to approve the further course of the procedure. At this stage, the praetor did not play a productive role in creating the law. Given the strict formalism of the procedure, the praetor appeared as a controller and a supervisor. His role was to monitor whether the parties completed their activities in the proper manner and whether they adhered to all the formalities, ritual words and gestures that had to be carried out. If some error or disrespect occurred, the praetor was authorised to end the procedure and declare it null and void.

---

<sup>12</sup> ROMAC, A., *op. cit.* (*supra*, n. 8), p. 405.

<sup>13</sup> Claims were introduced by laws, primarily due to the Law on XII Tables.

<sup>14</sup> Claims were named *legis actiones*, meaning „legal“ claims. *Legisactiones* were considered as foundation of early civil procedure. DE PLESIS, P. *Borkowski's Textbook on Roman Law*. Fourth ed. Oxford University Press, 2010, p. 66.

<sup>15</sup> ROMAC, A., *op. cit.* (*supra*, n. 8), p. 405.

<sup>16</sup> WENGER, L. *The Roman Law of Civil Procedure*. Translated and Annotated by A. Arthur Schiller. - *Tulane Law Review*, 1930-1931, p. 358.

<sup>17</sup> UZELAC, A., *op. cit.* (*supra*, n. 6), p. 16.

The presence of both parties before the magistrate was inherent to *in iure* procedure. The summoning of the defendant – *in ius vocatio* – was a private matter of the plaintiff for which the plaintiff was fully responsible<sup>18</sup>. He was obliged to summon and to bring his opponent before the judicial authority so the procedure could begin. Wherever he was found by the plaintiff (except in his home, which was unfringeable), the defendant had to appear due to the summoning and was obliged to follow the plaintiff before the magistrate.<sup>19</sup> Otherwise, the plaintiff was authorized to force him to come before the praetor after confirming the refusal of the defendant before witnesses<sup>20</sup>. Already in this initial phase of *in iure* procedure we come across elements that are significant in terms of abuse of civil procedure. On one hand, it is assumed that in order to relieve defendant's position, in terms of preventing vexatious and frivolous behaviour and abuses in form of unfounded and unjustified summoning, the defendant had the opportunity to avoid going before the magistrate by giving a guarantor (*vindex*), guarantying that he would appear before the judicial authority on a specific day so the procedure can begin.<sup>21</sup> On the other hand, given that *in iure* procedure could proceed only with the presence of both parties, if the hearing was postponed, and the magistrate did not have enough trust in the defendant that he would come again on the day the magistrate had determined, the defendant had to give a monetary guarantee (*vadimonium*) that he would come on the day when the procedure should continue, and the amount of the given monetary guarantee would have gone in favour of the plaintiff if the defendant did not appear. This was considered as a certain procedural punishment for the defendant<sup>22</sup>. If the defendant refused or was unable

---

<sup>18</sup> Detailed regulations for summoning the defendant before the court were specified with the first table of the Law on XII Tables: *Si in ius vocat. Ito. No it, antestamino. Igitur em capito* (Tab. I, 1) – If someone is summoned to court, he shall go. If he refuses to go, let it be witnessed. Only then he can be seized.

<sup>19</sup> There were some cases when certain restrictions were placed regarding the time when a summoning could be made. For ex., a person engaged in harvesting crops or producing wine could not be compelled to go to court at certain times. DE PLESIUS, P., *op. cit. (supra, n. 14)*, p. 66.

<sup>20</sup> See BLAGOJEVIĆ, B. *Građanski postupak u rimskom pravu. [Civil Procedure in Roman Law]*. Beograd, 1960, p. 11 and METZGER, E. *Litigation in Roman Law*. Oxford University Press, 2005, p. 4-6.

<sup>21</sup> On the duty of the *vindex* see KASER, M., K. HACKL. *Das Römische Zivilprozessrecht*. 1996, p. 64, 224.

<sup>22</sup> See BLAGOJEVIĆ, B., *op. cit. (supra, n. 20)*, p. 12 and HORVAT, M., *op. cit. (supra, n. 1)*, p. 347.

to provide the money guarantee, he was handed over to the plaintiff, who held him in private house arrest until the day set for continuation of the procedure<sup>23</sup>.

After appearance of the parties before the judicial magistrate, the plaintiff would have presented his claim, stating his *legis actio* and specifically clarifying the legal grounds for which he sought protection. *Legis actiones*<sup>24</sup> were „ceremonial, to each individual word, precisely defined formulas which parties in in iure procedure have spoken by rote, along with possible gestures“<sup>25</sup>. The exchange of this solemn formulas was highly stylized with ritual symbolic features.

Regarding the idea of *bona fides* in civil procedure, we encounter mechanisms for suppression of vexatious litigation at different types of *legis actiones*. In most pronounced form they can be noticed in *legis actio sacramento*<sup>26</sup>. Within the typical property *legis actio* – *legis actio sacramento in rem*, we come across the institute of *provocatio ad sacramentum*, i.e. parties inviting each other to wager<sup>27</sup>. What was the essence of such act? Once the parties had brought the subject or a part that symbolized it before the judicial magistrate, they would, holding a wand (*festuca*) in their hands, utter their vindications and counter-vindications with solemn words, each one of them claiming that the subject was his. Afterwards the praetor would have asked them to solemnly wager. The party that lost the case, also lost the wager in favour of the state. This fine – *poena sacramenti* contains elements of a punishment for the party who caused the dispute. Depending on the value of the dispute, whether it was greater than or less than 1000 aeses, the amount of the wager was 50 or 500 aeses<sup>28</sup>. If the value of the dispute was over 1000 aeses, the plaintiff bade the defendant with the words: „*Quando tu iniuria vindicavisti quingentis assibus sacramento te provoco*“ [Because you wrongly vindicated, I bid you to a sacrament of 500 aeses] and the defendant would answer „*Et ego te*“ [I bid

---

<sup>23</sup> According to BLAGOJEVIĆ, B., *op. cit.* (*supra*, n. 20), p. 12.

<sup>24</sup> In his *Institutiones*, Gaius speaks about five types of *legis actiones*: *legis actio sacramento*, *legis actio per iudicis postulationem*, *legis actio per conductionem*, *legis actio per manus iniunctionem*, *legis actio per pignoris capionem*.

<sup>25</sup> According to HORVAT, M., *op. cit.* (*supra*, n.1), p. 347.

<sup>26</sup> *Legis actio sacramento* is one of the oldest *legis actiones*. It was a regular claim (*legis actio generalis*) that could be used to protect rights when no other type of claim was stipulated. It appeared in two forms, as *legis actio sacramento in rem* and *legis actio sacramento in personam*.

<sup>27</sup> The requirement of a deposit had the practical consequence of preventing frivolous litigation. See DE PLESIS, P., *op. cit.* (*supra*, n. 14), p. 67.

<sup>28</sup> Only in procedures for a person's freedom, the value of the wager was always 50 aese.

you as well]. It is assumed that in ancient times the parties immediately placed the *sacramento*. It was fully refunded only to the party who succeeded in the litigation. At certain times, both parties obliged to the magistrate in an event of a loss of the dispute, that they would pay the *sacramento* in favour of the state, and for this obligation they had to provide guarantors – *praedes sacrament*<sup>29</sup>. Likewise, the party could also lose the wager if it was founded that her factual claims presented in *in iudicio* procedure were untrue.

Regarding *legis actio per conductionem*, in case of *certa pecunia*, the parties could mutually stipulate one-third of the amount of the wager in event of losing the dispute (*sponsio et restipulatio tertiae partis*). In this case, the amount of the agreed wager wasn't paid in favour of the state but to the party that has won the dispute<sup>30</sup>. In these penal stipulations we recognize rather ruthless but effective mechanisms for keeping meritless debt cases out of litigation. Regarding vexatious litigation, this procedural devices were created by the praetor so he could encourage a behaviour that he desired before his tribunal and that was a threat to impose debt on the misbehaving litigant.<sup>31</sup>

Within *legis actio per manus iniunctionem*, if the *vindex* (debtor's guarantor) denied the reasoning of the creditor's *actio*, the *vindex* had to engage with the creditor in a new litigation for the justification of the *manus iniunctionem*. In case he lost the dispute, the *vindex* would be sentenced to a double amount of the original debt<sup>32</sup>.

*In iure* procedure ended with the act of *litiscontestatio*. The magistrate would set the legal framework for the dispute and referred it to a private judge. *Litiscontestatio* had the significance of most important procedural institute of *in iure* procedure. It was characterized by strict formalism and took place orally, before witnesses<sup>33</sup>. The act of *litiscontestatio* meant completion of *in iure* procedure.

---

<sup>29</sup> According to EISNER, B., M. HORVAT. *Rimsko parvo*. [Roman Law]. Zagreb, 1948, p. 558.

<sup>30</sup> EISNER, B., M. HORVAT, *op. cit.* (*supra*, n. 29), p. 560.

<sup>31</sup> See METZGER, E. *Obligations In Classical Procedure*. – In: Thomas A. J. McGinn (Ed.). *Obligations in Roman Law, Past, Present, and Future*. The University of Michigan Press, 2013, p. 168.

<sup>32</sup> *Ibid*, p. 562.

<sup>33</sup> Hence the name *litiscontestatio*, from the words *lis* - dispute and *contestatio* - determination before witnesses.

The second stage of *legis actio* procedure, the *in iudicio* procedure began the second day after *litiscontestatio*. The procedure was in competence of *iudex privatus* according to the magistrate's procedural program. His function was to determine the accuracy of the parties' factual allegations and to make the final decision<sup>34</sup>. This stage of the procedure was characterized with informality<sup>35</sup>. Procedural activities were taken orally and directly before the judge. The parties briefly argued the case, the lawyers extensively presented their arguments and the evidence was presented. Since presence of both parties before the judge wasn't obligatory, in order to prevent possible abuse of procedural rights in a form of undue delay of the procedure, this stage was familiar with the contumacy procedure. The party was waited until noontime on the day when the hearing before the judge was scheduled. If one of the parties did not come, the opposing party could request rendering a default judgment which meant that the party who did not appear before the judge have lost the case.

After presentation of evidence, the judge would orally and publicly pronounce the judgment holding to the legal reasoning contained in the act of the magistrate. There was no possibility of appeal against the judgment. It was *res iudicata*.

### **3.2. Per Formulas Procedure.**

As a regular method of legal protection, *legis actio* procedure existed for quite a long period of time, almost five centuries. Most of that time, it managed to meet the needs of Roman social order and to perform the function for which it was created. However, over time, it become an unfitting model of administration of justice. It could no longer match the growing economic relations and the increasingly developed social life. Its weaknesses, such as rigidity, strict formalism, rudeness, mysticism, ritualism and complexity seemed as a brake on the social and legal development of the Roman state and that is where the need of institution of a new model of procedure arose. Before that new model of administration of justice was created, attempts were made to make the *legis actio*

---

<sup>34</sup> See also ЗОРОСКА КАМИЛОВСКА, Т. *Римската граѓанска постапка и нејзиното влијание врз современата граѓанска постапка*. Зборник на трудови Современото право, правната наука и Јустинијановата кодификација. [*Roman Civil Procedure and its Impact on Contemporary Civil Procedure*. Collection of Papers Contemporary Law, Legal Science and the Justinian's Codification]. Skopje, 2004, p. 458.

<sup>35</sup> See also DE PLESIIS, P., *op. cit.* (*supra*, n. 14), p. 69.



procedure practically applicable even though it was inconsistent to the social needs. That was made by introduction of unknown procedural institutes or by modification of the existing ones'. However, all those measures could only prolong the existence of *legis actio* procedure for a certain period of time. Its apparent flaws could not be annulled and therefore the end of its existence was obvious<sup>36</sup>.

A new model of procedure was beginning to take its place in the development of Roman civil procedure – a model that could meet the growing social needs, a model that was less formal, less rigid, less expensive and risky, a model where participation wasn't obligatory for the parties, a model in which the procedure wouldn't be declared null and void due to misinterpretation of words, a model in which the magistrate from a passive observer became an active creator of the law, a model that has the *formula* as its noticeable institute. Therefore its name *per formulas*, i.e. *formula* procedure<sup>37</sup>.

Structurally, the organization of the procedure has not changed. The bipartition of the procedure was still a rule. As for the difference in peculiarities in both stages of the procedure, if comparing *legis actio* with *formula* model, it can be concluded that changes mainly occurred in *in iure* procedure, while *apud iudicem* procedure, due to its characteristics remained almost unchanged.

In *ius vocatio* continued to be considered as a private matter of the plaintiff, but now the roughness of the previous model of summoning was replaced with *vadimonium*, i.e. a solemn promise of the defendant that he would come to the magistrate on a certain day. As the *in iure* procedure could not commence without the presence of both parties, there were mechanisms for ensuring the procedural discipline of the defendant. In order to avoid the undue delay of the proceedings and the risk of procedural time barring<sup>38</sup>, the

---

<sup>36</sup> On the reasons for introduction of *formula* procedure and its characteristics see HORVAT, M., *op. cit. (supra, n. 1)*, p. 350-351, ROMAC, A., *op. cit. (supra, n. 5)*, p. 408, BLAGOJEVIĆ, B., *op. cit. (supra, n. 20)*, p. 23-25.

<sup>37</sup> It is assumed that *formula* procedure has its origins in the procedure conducted by the *peregrinus praetor*, where the *peregrinus* appeared as parties. They were not given the opportunity to use the *legis actiones*, so the procedure took place through written act named *formula*. The practicality of this type of procedure was soon noticed, so *Lex Aebutia* allowed the *formula* procedure to be used by Roman citizens. The introduction of *formula* procedure as an exclusive and regular method of legal protection in the Roman state was made with *Leges Iuliae*.

<sup>38</sup> Within *iudicium legitimum* the judgement had to be rendered within 18 months, because otherwise the litigation would have become obsolete and would have remained unresolved due to the consumptive force of *litiscontestatio*, meaning that it could not be repeated in the future. Within

plaintiff had several alternatives to summon the defendant before the magistrate. One of those measures was *actio in factum* – to ask the praetor to sentence the defendant to pay a fine<sup>39</sup>.

During the procedure before the magistrate, it was no longer typical to use solemn words and gestures – the plaintiff presented his claim in an informal manner asking the magistrate to issue an appropriate formula according to which the private judge would act in the next stage of the procedure while determining the factual assertions of the parties. After the plaintiff would finish with his presentation, the magistrate would give the defendant an opportunity to refer to the plaintiff's claim.

Since the praetor got a creative role in *formula* procedure as a creator of the law, this competence of his had positive reflection in controlling the procedural discipline and suppression of eventual abuses of procedural rights. The praetor appeared in a unique position, to simultaneously recognize and annul procedural abuses using various mechanisms to ensure that the parties act *bona fides* during the procedure. These mechanisms included *actiones*, defences, oaths and procedural duties<sup>40</sup>. In this regard, when it comes to *actio in simplum*, regarding *actio certae pecuniae*, the parties have taken an oath that they are litigating *bona fide*. The oath was called *iusiurandum calumnae*. If the plaintiff did not take the oath, he would lose the case, and if the defendant acted in the same manner it was considered that he did not adequately defend himself from the action (*indefensio*)<sup>41, 42</sup>.

---

*iudicia imperio continentia* the judgement had to be rendered during the service of the same praetor, meaning up to one year. According to EISNER, B., M. HORVAT, *op. cit. (supra, n. 29)*, p. 585.

<sup>39</sup> BLAGOJEVIĆ, B., *op. cit. (supra, n. 20)*, p. 27.

<sup>40</sup> According to METZGER, E., *op.cit. (supra, n. 10)*, p. 22. With such mechanisms, the praetor could enforce or encourage appropriate behaviour of the parties before the tribunal. METZGER, E., *op. cit. (supra, n. 31)*, p. 158.

<sup>41</sup> МАРКИЋЕВИЋ, А. *Поштење и савесност у грађанској парници. [Bona Fides in Civil Litigation]*. Нови Сад, 1972, p. 21.

<sup>42</sup> The term *indefensio* is equated with the situation when the defendant in *in iure* procedure does not defend himself in a manner that it is expected considering his position, but he rather behaves in such a way that he frustrates the proper conduct of the procedure and the occurrence of the *litiscontestatio*. According to EISNER, B., M. HORVAT, *op. cit. (supra, n. 29)*, p. 580.

The praetor also penalised the inactivity of the parties. In order to prevent the procedural tactics<sup>43</sup> that would produce negative effect on *in iure* procedure in terms of its commencement, prolongation or disabling the act of *litiscontestatio*, he had the authority to deny the plaintiff the legal protection that was asked (*denegare actionem*), and as a punishment for the passive defendant, the praetor could allow the plaintiff *missionem in bona* – possession of the defendant's property, which would be sold (*venditio bonorum*) if the defendant continued to be *indefensus*<sup>44</sup>. As the distinguished Romanist Leopold Wagner states „*this is, as a rule, a greater evil than the worst possible outcome of the lawsuit*“<sup>45</sup>. Therefore, the defendant preferred to engage in the dispute<sup>46</sup>.

In *formula* procedure, a powerful weapon was individualized in the hands of the defendant that protected him from the vexatious and dishonest plaintiff. It was known as *exceptio doli*, an instrument that prevented a certain claim to be realized through judicial system if such a claim was lawful according to the strict provisions of *ius civile* but was a result of a fraud act. With this instrument, praetor did not annul the claim itself, but gave the defendant a mechanism for infinite paralysis of the claim – „*The creditor remained a creditor, but the debtor never paid his debt: Wise and necessary compromise between law and justice*“<sup>47</sup>.

Furthermore, in *formula* procedure we encounter penalties for the insolent and vexatious litigants – *poena temere litigantium*. The penal stipulations were intended to suppress vexatious litigation.<sup>48</sup> In Gaius *Institutiones* it is noted:

*For the purpose of avoiding vexatious litigation, the parties are sometimes deterred by pecuniary penalties, and sometimes by an oath which is imposed by the Praetor and*

---

<sup>43</sup> The defendant might not appear before the magistrate or refuse to dispute regarding the merits of the case (*indefensio*) during the hearing. The plaintiff might not obey the orders of the praetor.

<sup>44</sup> See EISNER, B., M. HORVAT, *op. cit. (supra, n. 29)*, p. 548; METZGER, E., *op. cit. (supra, n. 10)*, p. 14. On sanctions imposed to the *indefensus* see also METZGER, E. *Absent Parties and Bloody Minded Judges*. – In: A. Burrows and A. Rodger (eds.). *Mapping the Law*. Oxford University Press, 2006, p. 455-473.

<sup>45</sup> WENGER, L., *op. cit. (supra, n. 16)*, p. 373.

<sup>46</sup> From today's perspective, in this rule we recognize a mechanism for strengthening procedural discipline and preventing possible abuses of the process by the defendant.

<sup>47</sup> CRUET, J. *La vie du droit et l'impuissance des lois*. Paris, 1920, p. 30-31

<sup>48</sup> METZGER, E., *op. cit. (supra, n. 31)*, p. 159.

*sometimes by fear of infamy. Denial of the liability by defendant in certain cases is punishable by doubling the damages to be reimbursed..., sometimes a wager is allowed for the penalty amount...<sup>49</sup>*

Thus, in order to prevent the intention of unfounded objections by the defendant, as a procedural punishment against him it was stipulated that if he denied the debt he would be sentenced to pay double amount of the claim (*lis infitiando crescit in duplum*)<sup>50</sup>. Sometimes, if the defendant led the lawsuit to the end and lost the case, infamy would reach him<sup>51</sup>.

For the vexatious plaintiff who initiated the procedure only with the purpose to harass the opponent, Roman law recognized *actio calumniae* (*iudicium calumniae*). In its essence, *iudicium calumniae* was a mechanism in the hands of the defendant against the plaintiff who had initiated the procedure in *mala fide*. If the defendant was maliciously sued and the plaintiff knew that his claims were unfounded, the defendant could file a lawsuit against his opponent for one tenth of the value of the dispute matter of the previous procedure, but to succeed in his *actio* he had to prove that the plaintiff had acted with *calumniae causa* (vexatious)<sup>52,53</sup>.

It was considered that the plaintiff acts *mala fide* if he claimed something that should be returned straightaway: *Dolo facit qui petit quod redditurus est*<sup>54</sup>. In case of *fictus possessor* if someone has engaged in litigation to delay the procedure and to allow the rightful holder to acquire ownership with maintenance was liable for the damage caused

---

<sup>49</sup> Gaius, 4.171.

<sup>50</sup> This referred to *actio iudicati, depensi, actio legis Aquiliae, legatorum per damnationem* (Gaius, 4.171).

<sup>51</sup> Gaius, 4.182. EISNER, B., M. HORVAT, *op. cit.* (*supra*, n. 29), p. 582-583.

<sup>52</sup> BERGER, A. – In: *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Vol. 43. The American Philosophical Society, 1953, Reprinted 1991, p. 521.

<sup>53</sup> A counter of *iudicium calumniae* was *iudicium contrarium*, a counterclaim by the defendant against the plaintiff who sued negligently and lost the case. This counterclaim was only allowed in specific cases. Within *iudicium contrarium* the former plaintiff was sentenced to one tenth of the value of the dispute which he lost, regardless of whether he acted maliciously or not. BERGER, A., *op. cit.* (*supra*, n. 52), p. 522.

<sup>54</sup> *Paulus*: D. XL IV.4.8

to the plaintiff. The same applied for the holder of the subject who would maliciously alienate the subject in order to impede its return<sup>55</sup>.

Describing the litigation caused by immorally based old formal contract *expensilatio* and the lawsuit based on immoral grounds, *Valerius Maximus* cites an appropriate example of behaving *mala fide*<sup>56</sup>.

Regarding the principle of *bona fides* in Roman civil procedure, it is also important to mention the significance of the principle of publicity which was strictly respected during the conduct of the procedure, both in *formula* and *legis actio* procedure. The purpose of this principle was not to make the procedure „public“ in the sense of its conduct in front of a wide audience, but to provide public control over the conduct of the procedure, as the presence of the public had great impact on prevention of abuse of process.

*In iure* procedure ended with issuance of a *formula*<sup>57</sup> by the judicial magistrate by which he would set the legal framework of the dispute. The magistrate handed the *formula* to the plaintiff who handed it over to the defendant in the presence of the magistrate. The handing of the *formula* covered the act of *litiscontestatio*. The act of *litiscontestatio* had significant effects in term of the idea of *bona fides* in Roman civil procedure as well. Namely, due to its consumptive force, the plaintiff had to be prudent not to ask more than

---

<sup>55</sup> HORVAT, M. *Rimsko parvo*. [Roman Law]. Zagreb, 1958, p. 190.

<sup>56</sup> „*Notum suis temporibus iudicium commemoravi, sed ne quod relaturus quidem sum oblitteratum silentio. C. Visellius Varro gravi morbo correptus trecenta milia nummum ab Otacilia Laterensis, cum qua commercium libidinis habuerat, expensa ferri sibi passus est eo consilio, ut, si decessisset, ab heredibus eam summam peteret, quam legati genus esse voluit, libidinosam liberalitatem debiti nomine colorando. evasit deinde ex illa tempestate adversus vota Otaciliae. quae offensa, quod spem praedae suae morte non maturasset, ex amica obsequenti subito destrictam feneratricem agere coepit, nummos petendo, quos ut fronte inverecunda, ita inani stipulatione captaverat. de qua re C. Aquilius vir magnae auctoritatis et scientia iuris civilis excellens iudex adductus adhibitis in consilium principibus civitatis prudentia et religione sua mulierem reppulit. quod si eadem formula Varro et damnari et ab adversaria absolui potuisset, eius quoque non dubito quin turpem et inconcessum errorem libenter castigaturus fuerit: nunc privatae actionis calumniam ipse conpescuit, adulterii crimen publicae quaestioni vindicandum reliquit.*“, *Valeri Maximi, Factorum et Dictorum Memorabilium* (8.2.2).

<sup>57</sup> The *formula* consisted of several main parts: *iudicus nominatio* (appointment of a judge), *intentio* (plaintiff's statement of claim, where he stated the allegation on which his claim was based.), *demonstratio* (description of the facts justifying the claim), *adiudicatio* (authorization of the judge to determine to whom the right of property belongs when dividing the subject), and *condemnatio* (ordering the judge to convict the defendant if it is determined that the plaintiff is right). Secondary elements of the *formula* were *praescriptiones* (which set out a certain legal question on which the further course of the procedure depended) and *exceptiones* (objections by the defendant).

what belonged to him (*plus petitio*) since the defendant could be completely released due to the untruthfulness of the claim. The plaintiff could not file a claim for a second time, not even for the smaller but exact amount because he could not *lis contestate* twice<sup>58</sup>.

*Apud iudicem* stage of *formula* procedure, similar to the same stage of *legis actio* procedure, was carried out informally, with application of adversarial principle, principle of publicity, immediacy and orality. At this stage of the procedure, parties proved the truthfulness of their allegations and the judge, respecting the legal program appointed by the praetor and upon his free judicial belief, valued the evidence and pronounced the judgement.

Concerning the issue of abuse of process, particularly interesting is the fact that in the classical period of development of Roman civil procedure a specific mechanism was individualized against the judge who would render an unjust judgment acting *dolo* or *culpa*. In the sphere of quasi-delicts, a *iudex qui litem suam fecerit* (a judge who would have made the case his own) was held liable. There was a specific quasi-delict *actio* for compensation of damage. The ground for the judge's liability was malicious deliberation of wrongful decision. Interested in favouring one of the parties or harming her, or by accepting a bribe, the judge could be held liable. When deciding over a dispute, the judge exercised law, but if his motive was to harm one of the parties, such exercise was considered to be abusive<sup>59</sup>.

As in *legis actio* procedure, there was no possibility to challenge the judgment in the *formula* procedure as well.

### **3.3. *Cognitio Extra Ordinem* Procedure.**

The last development stage of Latin civil procedural system was *cognitio* procedure. The needed change of the existing *per formulas* model occurred due to several

---

<sup>58</sup> HORVAT, M., *op. cit.* (*supra*, n. 1), p. 357.

<sup>59</sup> See DEVINE, D.J. *Some Comparative Aspects of the Doctrine of Abuse of Rights*. - *Acta Juridica*, 1964, p. 152; SUPRA, D., N. MACCORMIC. *Iudex qui litem suam fecit*. - *Acta Juridica*, 1977, p. 149. On corruption in Roman litigation, see DE PLESI, P., *op. cit.* (*supra*, n. 14), p. 64-65.

reasons<sup>60</sup>. That transition from the old to the new model of procedure wasn't straightforward and fast. On the contrary, it was gradual and slow. Its beginnings were noticeable in the authority of the praetor to take over and resolve certain legal relations for which the law did not recognize proper method of protection. In such cases, the praetor would fully take over the conduct of the procedure: all stages of the procedure, beginning from determination of legal framework of the dispute to establishing the facts and rendering a decision, to taking care of its enforcement. Gradually, this „extraordinary“ activity of the praetor suppressed *formula* procedure out of the scene and was established as an exclusive and regular model of administration of justice in the postclassical period<sup>61</sup>.

*Cognitio* procedure was considered as a discontinuity of the previously organized system of administration of justice. We say discontinuity because its basic principles and the manner of its conducting differed drastically from those inherent to the previous models of trial<sup>62</sup>. With introduction of *cognitio* procedure, judicial protection became “administrative”. It was in the hands of ordinary state clerks, who, in addition to other duties, performed the administration of justice as well. With concentration of the procedure and its conduct by one person the bipartition of the procedure was no longer necessary. The complete *etatization* of the system of administration of justice is considered as the main feature of *cognitio* procedure. The new system introduced new institutes and the procedural institutes of the classical period fundamentally changed their meaning in order to adapt to the new model of trial. *Litiscontestatio* lost its meaning of a procedural agreement by which the parties authorized the private judge to resolve the dispute. It continued to exist in *extra ordinem* procedure as an institute with a completely different

---

<sup>60</sup> Primarily, the change of the political structure of Roman state and introduction of absolute monarchy should be considered as one of the main reasons in that regard.

<sup>61</sup> Hence the name of the procedure as *extraordinaria cognitio*. In the time of the principate, when the praetor exercised his *imperium* by conducting the entire judicial procedure, it was said that he was deciding *extra ordinem iudiciorum privatorum*, which meant outside the regular method of private trial. The word *cognitio* means examination, determination, decision-making and referred to the activity of the praetor, earlier the *iudex privatus* in judicial procedure. Although, over time this procedure had become a regular method of protection, the name extraordinary remained. According to ROMAC, A., *op. cit.* (*supra*, n. 5), p. 412.

<sup>62</sup> Instead of principles of orality and publicity, the procedure became written and closed for the public. The adversarial principle was gradually replaced with the inquisitorial. The principle of free evaluation of evidence was suppressed by the system of legal evaluation of evidence.

definition. It was believed that it indicated the moment when the judge proceeded with hearing of the parties after he had briefly presented the case.

In the following text we will refer to several procedural institutes of *cognitio* procedure that seems relevant in the context of idea of procedural *bona fides*, more specifically with mechanisms for prevention of abuse of process.

Firstly, we will discuss the methods of summoning the defendant to court<sup>63</sup>. In regulation of this procedural activity, two developing stages can be distinguished. First, *in ius vocatio* was replaced with *litis denuntiatio*, while the latter was replaced with *libellus conventionis* and *libellus contradictionis*, a model that resembles the modern European system of service of process. Within *litis denuntiatio* the defendant had to appear before the court at any time within four months from the date of delivery of *litis denuntiatio*. On the other hand, the plaintiff was obliged to formally initiate the procedure in the mentioned period. In order to prevent the conscienceless conduct of the parties in terms of non-compliance with the stipulated time period, the plaintiff who did not initiate the procedure would lose the litigation and would have been obliged to reimburse the defendant all the costs (cost related to summoning and preparation regarding the scheduled hearing) while the defendant would be disciplined with contumacious sentence<sup>64</sup>. Within *per libellos* procedure, the plaintiff had to take an oath or give security in order to confirm the truthfulness of his assertions and to swear that he would initiate the procedure within two months and that he would participate in the procedure until its completion. Otherwise, he would have to reimburse the defendant twice the costs of the procedure. The defendant, on the other hand, had to oblige by an oath or guarantee that he would appear before the court on a certain day and that he would participate in the procedure until its completion (*caution iudicio sisti* and *fideiussorum iudicio sistendi causa*). Otherwise, he could have been detained<sup>65</sup>. If the defendant disregarded the summons, he committed the offence of *contumacia*.<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup> Summoning of the defendant was no longer a private matter of the plaintiff. The complete etatization of the judicial procedure was already noticeable in this initial stage of the procedure since the state authorities took over the summoning.

<sup>64</sup> BLAGOJEVIĆ, B., *op. cit.* (*supra*, n. 20), p. 53-54.

<sup>65</sup> EISNER, B., M. HORVAT, *op. cit.* (*supra*, n. 29), p. 598; BLAGOJEVIĆ, B., *op. cit.* (*supra*, n. 20), p. 54-55.

<sup>66</sup> DE PLESIS, P., *op. cit.*, (*supra*, n. 14), p. 80.



In the development of Roman civil procedure, for the first time in *cognitio* procedure system of legal remedies was introduced.<sup>67</sup> The possibility of challenging the rendered decision arose due to the new organization of administration of justice, where the state had a monopoly over the regulation of its organization. Given the hierarchical structure of the state authorities, the introduction of *appellatio* appeared as necessity. Due to its characteristics, the appeal was considered as ordinary, devolutive and suspensive legal remedy.

In order to prevent the undue delay of the procedure by vexatious and frivolous challenging of the rendered decision, draconian penalties were provided for the unscrupulous and malicious exercise of the right to appeal. Emperor Constantine decreed that any wealthy party whose appeal was rejected as unfounded would be sentenced to two years of persecution and confiscation of half of its property. The poor party could be sentenced to two years of forced labour in the mines. It can be noticed that at that time the type and the amount of the punishment were individualized according to the economic status of the party. In Justinian's time, these draconian measures against the abusive behaviour of the parties were lessened in a manner that the judge was entitled to decide in each individual case on the type of the punishment for the party who would abuse the right to appeal<sup>68</sup>. Frivolous appeals were also prevented according to the provision which stipulated that the decision to be rendered, could also be on detriment of the applicant and with the possibility of imposing fines that in some cases could reach four times the costs of the other party<sup>69</sup>.

In a certain period, the right to appeal was not restricted, which meant that the party could file an unlimited number of appeals to the higher authority and so on to the emperor. This procedural rule generated great possibility for abuse of the right to appeal. As a result of parties' dilatory tactics in this context, the procedures were significantly delayed, which indicated that parties have succeed in their intentions to misuse the process. Therefore,

---

<sup>67</sup> On appeals in *cognitio* procedure see KASER, M., K. HACKL, *op. cit. (supra, n. 21)*, p. 501-509; DE PLESIĆ, P., *op. cit. (supra, n. 14)*, p. 81-81.

<sup>68</sup> BLAGOJEVIĆ, B., *op. cit. (supra, n. 20)*, p. 58.

<sup>69</sup> EISNER, B., M. HORVAT, *op. cit. (supra, n. 29)*, p. 600.

in Justinian's time, a key limitation was set – each party could successively file an appeal to the higher authorities only twice<sup>70</sup>.

The provisions of the classical period for the longest duration of litigation did not apply in *cognitio* procedure. Since the parties were „effective“ in their abusive manoeuvres resulting in undue delay of the procedure, in order to suppress those manifestations, Justinian introduced *lex properandum*, according to which each litigation terminated *ex lege* three years from the moment of *litiscontestatio*<sup>71</sup>

But, that wasn't all regarding the prevention of abuse of procedural right. In his *Codex*, Justinian devoted an entire chapter to vexatious litigants. In *Institutes*, Book 4, chapter XVI is entitled as *De Poena Temere Litigantium*. It is noted there:

*Nunc admonendi sumus, magnam curam egisse eos qui iura sustinebant, ne facile homines ad litigandum procederent: quod et nobis studio est. idque eo maxime fieri potest, quod temeritas tam agentium quam eorum cum quibus agitur, modo pecuniaria poena, modo iurisiurandi religione, modo metu infamiae coercetur.*

*[It should be noted here that the authors and guardians of our law have always sought to prevent people from vexatious engaging in litigation, and we wish the same. And the finest manner to do that is to suppress such urges of plaintiffs or defendants, sometimes with fines, sometimes with oaths, sometimes with fear of infamy].*

In the time of Justinian, in order to prevent vexatious behaviour of the parties, it was stipulated that each defendant, before presenting his defence, had to take an oath that he did not admit plaintiff's claim only because he believed he had justified reasons. In certain cases, the defendant who unreasonably denied the claim could be fined twice or three times the value of the plaintiff's claim. In order to prevent the frivolous behaviour of the plaintiff, he was obliged to take an oath *de calumnia*. Lawyers of both parties had to take similar oaths as well. All these formalities were introduced in order to replace the old *actio calumniae*, which served to punish the unscrupulous plaintiff to the amount of

---

<sup>70</sup> BLAGOJEVIĆ, B., *op. cit.* (*supra*, n. 20), p. 58.

<sup>71</sup> EISNER, B., M. HORVAT, *op. cit.* (*supra*, n. 29), p. 601.

one tenth of the value of the dispute in case he lost the dispute. The reason for abandoning this procedural institute was its rare application in practice. Therefore, it was primarily replaced by an oath, and afterward by a rule that anyone who initiated an unfounded lawsuit must reimburse the defendant all the losses and costs incurred due to such procedure<sup>72</sup>.

#### 4. Conclusion

Although not always distinguished as an explicit procedural phenomenon, *abusus iuris* doctrine has a long history and is familiar to all periods of historical development of civil procedure. As one of the basic principles of contemporary civil procedure, if analysed historically, it can be noted that the prohibition of abuse of procedural rights is neither modern nor contemporary in the legal meaning of those terms, nor in the historical retrospective loses the importance that characterize it in the modern civil procedure. And this is due to the fact that it appears as a regulatory principle regarding the procedural behaviour of the parties in the system of administration of justice in general, regardless the organization and the time existence of certain type of civil procedure.

Following the idea of *bona fides* throughout the development line of Roman civil procedure, it can be concluded that the liability for malicious or frivolous conduct of the parties is based on the culpability as an essential component. In that respect, regardless of the periods of its evolution, Roman civil procedure remains loyal to the idea of *dolus*. *Calumnia* is equated only with situations where there is a (malicious) intention of the parties to abuse the process or to violate particular procedural provision in order to cause damage to the opponent or the procedure itself<sup>73</sup>. The existence and concept of idea of vexatious litigation in Roman civil procedure lead us to conclude that although Roman law did not accept the doctrine of abuse of rights in general, in one particular legal sphere, i.e. in civil procedure, the Romans profiled the doctrine of abuse of procedural rights and created mechanisms to suppress *mala fide* behaviour in the procedure.

---

<sup>72</sup> Institutes, Lib. IV, Tit. XVI.2.

<sup>73</sup> БЛАГОЈЕВИЋ, Б., *op. cit.* (*supra*, n. 11), p. 128-129.

## ЛЪВСКОТО ДРУЖЕСТВО В РИМСКОТО ПРАВО (НА БЪЛГАРСКИ ЕЗИК)

**Хон. ас. д-р Стоян Панайотов Иванов**

Софийски университет „Св. Климент Охридски“, София, България

**Резюме:** Статията разглежда произхода и значението на понятието и термина „лъвско дружество“, а също и проблемите, свързани с разпределението на печалбите и загубите между съдружниците при консенсуалния договор за дружество в римското право. На правно-догматичен и езиков анализ е подложен фрагментът от Дигестите на Юстиниан, в който единствено е споменат изразът *societas leonina* и това дружество е дефинирано от римския юрист Касий. Анализирани и интерпретирани са баснята на Федър за дружеството между лъва, кравата, козата и кротката овчица за лова на един елен в гората, която се приема за първоизточник, послужил за формирането на концепцията за лъвското дружество в римската правна мисъл. В статията е обърнато специално внимание на *magna questio* (голямата дискусия) сред римската юриспруденция, датираща от периода на края на Републиката с проекции и в класическия период във връзка с разпределението на печалбите и загубите, резултат от дружествената дейност и наличието на привилегии или ограничения за определени съдружници, като е направен анализ на двете водещи становища по темата, благодарение на екзегезата на един фрагмент от Институциите на Гай.

**Ключови думи:** римско право; *societas leonina*; лъвско дружество; лъвски пакт; договор за дружество; консенсуален договор; Касий; Гай; Федър; басня.

## LEONINE PARTNERSHIP IN ROMAN LAW (BULGARIAN LANGUAGE)

**Asst. prof. Stoyan Panayotov Ivanov, PhD**

Sofia University „St. Kliment Ohridski“, Sofia, Bulgaria

**Abstract:** The article discusses the origin and meaning of the notion and the term leonine partnership, as well as the problems associated with the distribution of profits and losses between the partners in the consensual contract for partnership in Roman law. The fragment from the Digests of Justinian where actually is the unique mention of the expression *societas leonina* and this form of partnership is defined by the Roman classical jurist Cassius is subjected to a legal-dogmatic and linguistic analysis. The fable of Phaedrus for the partnership between a lion, a goat, a cow and a patient sheep which is considered to be the original source, used for forming the concept of the leonine partnership in Roman legal thought is completely analysed and interpreted. The author paid special attention to the *magna questio* (the great discussion) among Roman jurisprudence, dating from the period of the end of the Roman Republic with some projections and in the classical period in connection with the distribution of profits and losses in the consensual contract of partnership as a result of the partnership's activity. And on the other hand the article examines the problem about the existence of privileges or restrictions for certain partners regarding the profits and analysis of the two leading opinions on the subject through the exegesis of a fragment of the *Institutions of Gaius*.

**Keywords:** Roman law; *societas leonina*; leonine partnership; lion's share; contract of partnership; consensual contract; Cassius; Gaius; Phaedrus; fable.

## 1. Понятие за „лъвско дружество“

„*Societas leonina*“ или „лъвско дружество“ е наричано това дружество (консенсуален договор за дружество), при което за един от съдружниците се запазва цялата печалба, тоест т.нар. „лъвски пай“<sup>1</sup>, а за останалите съдружници остава само рискът, работата и разходите по поставената дружествена цел, без никакво участие в разпределението на печалбата. Дружество от такъв тип е дружество само номинално, именно затова римските юристи го обявяват за недопустимо и следователно и за нищожно<sup>2</sup>. Подобна е и регулацията в съвременна България. Актуалната уредба изхожда от идеята, че страните не могат да пренебрегнат или да не са наясно с правния принцип за необходимото разделение между съдружниците на печалбите и на загубите. В действащия ЗЗД се урежда<sup>3</sup>, че уговорката *contra ius* за един своеобразен „лъвски пакт“ е недействителна, но дружеството само по себе си е валидно.

Интересен е въпросът за произхода на израза „лъвско дружество“. Често пъти се твърди, че тази квалификация произхожда от римските юридически източници<sup>4</sup>. Това твърдение е вярно само отчасти, тъй като сред римската юриспруденция този израз не е твърде популярен и често срещан. На практика го откриваме само в един единствен фрагмент от Улпиан, като следва да отбележим, че титулът D. 17.2 („*Pro socio*“), в който се съдържа, е посветен в Дигестите на Юстиниан именно на договора за дружество и по-специално на *actio pro socio*, която преторът обещава в своя едикт:

---

<sup>1</sup> По този въпрос вж. ARANGIO-RUIZ, V. *La società in diritto romano*. Napoli, 2006, p. 94-97; GUARINO, A. *Societas consensu contracta*. Napoli, 1972, p. 72, и *La Società in diritto romano*. Napoli, 1988, p. 175-176.

<sup>2</sup> Повече по този въпрос вж. в GUARINO, *La società, cit.*, p. 72.

<sup>3</sup> ЗЗД, чл. 361: „Ако не е уговорено друго, печалбите и загубите се разпределят между съдружниците съразмерно с техния дял.

Недействителна е уговорката за изключване на някои от съдружниците от участие в загубите или в печалбите.“

<sup>4</sup> GUARINO, *La società, cit.*, p. 175.

**D<sup>5</sup>. 17.2.29.2 (Ulpianus 30 ad Sab.)**

*Aristo refert cassium respondisse societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare: et nos consentimus talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret: iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet.*

**D. 17.2.29.2 (Улпиан книга 30 за Сабин)**

Аристон казва, че Касий дава отговор, че не може да се сключи договор за дружество, при който печалбата отива само при един съдружник, а загубата при друг, като той нарича това дружество „лъвско дружество“. И ние сме съгласни, че е нищожно подобно дружество, създадено по начин, по който единият от двамата съдружници получава печалбата, а другият понася загубата, без да има някаква полза. Като това е най-несправедливото дружество, при което съдружник може да понася загубата, но да не получи нищо от печалбата.

Фрагментът се отличава с това, че възпроизвежда точно начина, по който се изразява самият Гай Касий Лонгин. Важно е да се отбележи, че Улпиан не възприема терминологията на Касий, а просто се ограничава да я възпроизведе в автентичния ѝ вид в началото на фрагмента, посредством Тиций Аристон – възпитаник на Касий<sup>6</sup>, а впоследствие (в края на фрагмента) одобрява напълно

---

<sup>5</sup> При превода на български на текста от Дигестите на Юстиниан в настоящата статия са използвани също така преводите му на италиански, испански и английски в следните издания на *Corpus Iuris Civilis: Corpus Juris Civilis nella sua miglior lezione secondo gli studi più recenti con richiami alle diverse sue parti e alle disposizioni del Codice Civile Italiano e delle varie legislazioni moderni*. Roma, EDOARDO PERINO Editore, 1885; *Cuerpo del derecho civil romano. García del Corral. Ildfonso. Traducción y compilación*. Valladolid, 1988; WATSON, ALAN. *The Digest of Justinian*. Latin text edited by Theodor Mommsen with the aid of Paul Krueger; English translation edited by Alan Watson, vol. 1-4. Philadelphia (PA), 1985.

<sup>6</sup> Фактът, че Тиций Аристон е бил възпитаник на Касий е потвърден от Помпоний в неговите лекции, запазени в D. 4.8.40: „*Cassium audisse se dicentem Aristo ait*“. Виж също така и GUARINO, *La società, cit.*, p. 176.

отговора на своя учител от школата на Сабинианците. Класическият римски юрист Улпиан в конкретния случай просто перифразира своите предшественици Аристон и Касий.

Това, на което следва да обърнем внимание е, че казусът, възпроизведен в текста се отнася именно до „типичния“<sup>7</sup> в римската юриспруденция консенсуален, двустранен договор за дружество между две лица за разлика от баснята, която ще разгледаме по-напред в това изложение, която разглежда договор (дружество) между четири страни (многостранен). На следващо място, хипотезата, която Улпиан или някой друг от римските юристи, които последният цитира, определя като „*societas leonina*“ е нещо изключително несправедливо („*iniquissimum*“), при което се възлагат на един съдружник всички ползи, без никакво участие в загубите и следователно е по-ограничена от тази, предвидена в чл. 361 ЗЗД.

Това, което е ясно от екзегезата на D. 17.2.29.2 е, че се въвежда правилото, че такова дружество не може да бъде сключено „*societatem talem coiri non posse*“, след което следва мнението на Касий, че е недействителен договор за дружество, който съдържа уговорката само единият съдружник да вземе цялата печалба, което в западноевропейската литература се нарича „лъвски пакт“<sup>8</sup>. Улпиан просто го потвърждава, повтаряйки, че такова дружество е нищожно: „*et nos consentimos, talem societatem esse nulla*“.

---

<sup>7</sup> Вж. напр. IG., 3.154: „Дружеството също така се прекратява със смъртта на съдружник, защото когато някой сключва договор за дружество, го прави с точно определено лице.“ Аргументацията, която дава Гай, не обяснява обаче защо смъртта на един съдружник трябва да предизвика прекратяването на многостранното дружество. Ясно е, че класическият юрист, ограничавайки се до *certa persona* на починалия, тръгва от изходната позиция, че *societas*, което коментира, е дружество, състоящо се от двама съдружници. Личността на съдружника е незаместима, тъй като *societas* има строго личен характер, от което следва, че при наличието на двустранен договор за дружество, след като изчезне единият съдружник, дружеството се прекратява. Ако становището на Гай не се коренеше върху концепцията за двустранното дружество, то мотивацията му би била съвсем друга.

<sup>8</sup> В тази връзка вж. NOUGUES, BLANCH, J. MARIA. *Precedentes romanos de los articulos 1689 a 1691 de codigo civil*. - *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, № 18, 2008-II, p. 50.



## 2. Първоизточникът на понятието за лъвско дружество – баснята на Федър

Интересен би бил въпросът защо Касий използва именно израза *societas leonina*. Без съмнение в епохата, в която живее и твори юристът<sup>9</sup> Касий – I в. от н.е., африканските лъвове са добре познати на римляните<sup>10</sup>. Твърде вероятно е също така римляните от този период да са считали лъва вече за цар на животните. Но говорейки за лъвско дружество според Antonio Guarino<sup>11</sup> е очевидно, че Касий има предвид дружество, в което участва лъвът, като това е една абсолютно екстраординарна хипотеза, която може да съществува само в басня, бидейки изцяло извън реалността, тъй като не е възможно един лъв да се сдружи с други животни, примирявайки се с това да е равнопоставен на по-слаби животни. Още повече е ясно, че Касий си представя сцената, в която лъвът, злоупотребявайки със своите уплашени съдружници взима цялата печалба за себе си. Ако не става въпрос за някоя легенда, то твърде вероятно е това да е приказка или по-скоро басня. И тъй като не познаваме легенди, отнасящи се за лъвско дружество, остава единствено Касий да е имал предвид една басня<sup>12</sup>.

Твърде вероятно е предвид високата обществена позиция на Касий<sup>13</sup> и неговото семейство като дете да му е разказана някоя басня или алегория, от педагога или от този, който го е обучавал на гръцки и го е възпитавал, откъдето всъщност може би е направена връзката с формулирането на израза „лъвско дружество“. Има и противоположна позиция<sup>14</sup>, която считаме за по-правдива, според която хипотезата за лъвското дружество се формира в разсъжденията на Касий, който вече като зрял човек и юрист се запознава твърде внимателно с

---

<sup>9</sup> Вж. GUARINO, *La società, cit.*, p. 177; D'IPPOLITO, F. *Ideologia e diritto in Gaio Cassio Longino*. Napoli, 1969 с цитираната там библиография.

<sup>10</sup> Едиктът на курулните едили забранява към началото на I в. пр.Хр. внасянето на такива животни в Рим и тяхното прекарване през града без специални мерки.

<sup>11</sup> GUARINO, *La società, cit.*, p. 178.

<sup>12</sup> Срв. GUARINO, *La società, cit.*, p. 178.

<sup>13</sup> Срв. GUARINO, *La società, cit.*, p. 178.

<sup>14</sup> GUARINO, *La società, cit.*, p. 179.

първата книга на басните на Федър<sup>15</sup>, където фигурира и прословутата басня за кравата, козата, овцата и лъва, която всъщност послужва за модел на лъвското дружество, но вече като правно понятие. Баснята е следната<sup>16</sup>:

<p><b>Phaedrus, Fabula, I.5 (Vacca et capella, ovis et leo)</b> <i>Numquam est fidelis cum potente societas: Testatur haec fabella propositum meum. Vacca et capella et patiens ovis iniuriae socii fuere cum leone in saltibus. Hi cum cepissent cervum vasti corporis, sic est locutus, partibus factis, leo: „Ego primam tollo nomine hoc quia rex cluo; secundam, quia cum consors, tribuetis mihi; tum quia plus valeo, me sequitur tertia; malo adficietur, si quis si quis quartam tetigerit“. Sic totam praedam sola improbitas abstulit.</i></p>	<p><b>Федър, Басни, I.5 (Кравата и козата, овцата и лъва)</b> Дружество<sup>17</sup> с някой по-силен никога не е надеждно (сигурно). Тази басня доказва напълно моето становище. Крава, коза и кротка овчица били съдружници с един лъв в гората. Когато хванали едър елен, той бил разделен на части (порции) и лъвът казал: „На мен ми се полага първият дял заради моята титла, защото съм цар; вие ще ми предоставите втория дял, защото аз съм ваш съдружник; и тъй като аз съм най-силният, следва третият дял да ми се даде; лошо ще се случи, ако някой докосне четвъртата порция. И така безмилостността и силата отнесе цялата плячка без разкаяние.</p>
---	---

---

<sup>15</sup> Според Guarino е твърде сигурно, че Федър е освободенец на първия римски император Август, който пише първата и втората книга на своите басни по времето на управлението на император Тиберий, като заради своите басни той претърпява сериозни беди, предизвикани от влиятелния по това време Сеян. Този период съвпада именно с претурата и консулството на въпросния Гай Касий Лонгин, който се запознава с дейността и басните на Федър и служебно, бидейки по това време римски магистрат и поради съществуващия конфликт между Федър и Сеян. За повече подробности вж. GUARINO, *La società*, cit., p. 180.

<sup>16</sup> Цитиран е текстът от PERRY, В. Е. *Babrius and Phaedrus*. Cambridge (MA), 1990, p. 198.

<sup>17</sup> За превода на български е консултиран английският превод в: *The Fables of Phaedrus Translated into English Verse*. Phaedrus, Smart, Christopher, London, 1913.

Федър в своята басня не говори за лъвски пакт или за някаква уговорка, а директно назовава дружеството като лъвско. Именно затова и Касий пази спомена за лъва, който взима всичко за себе си като характеристика на лъвското дружество. Изследвайки по-внимателно баснята, установяваме, че логиката на античния разказвач не е съвсем елементарна. Тук сюжетът и основната идея не са концентрирани върху по-силния, който винаги натоварва и унижава по-слабия<sup>18</sup>. В изследваната басня идеята е свързана с това, че на по-слабия субект не му е изгодно да сключва договор за дружество с по-силния в случая с лъва, защото последният, както твърди Федър, не държи на думата си, не спазва уговорките, а оттам и самият договор е неизгоден. В баснята си Федър не включва магарето като съдружник, подобно на сходните басни на Езоп<sup>19</sup> и Бабрий<sup>20</sup> за сдружаване на животни с лъва за лов в гората. И магарето, макар и да е издръжливо, енергично и достойно животно, твърде широко използвано в Древния свят и натоварвано от хората с нелеки задачи, би имало нищожни шансове с царя на животните, ако са страни по договора за дружество.

В изследваната басня обаче Федър сдружава за лова на елена три слаби и дори невзрачни и скромни тревопасни животни заедно с хищника – лъв, а именно кравата, козата и кротката овчица. Неизяснена е според нас позицията на Brian Moller Jensen<sup>21</sup>, според когото Федър разглежда дружеството като вече установен факт, използвайки само формите на глагола „съм“ („esse“), като не споменава нищо за това кое всъщност е животното (съдружникът), което трябва да е движещия фактор, този, който трябва да поеме инициативата, а просто споменава, че четири животни били съдружници в гората („socii fuere in saltibus“). Изключително странно<sup>22</sup> изглежда като цяло дружеството между три тревопасни и един хищник, които са

---

<sup>18</sup> Типичен пример е Phaedr., I.1 – баснята за вълка и агнето.

<sup>19</sup> *Aesopica*, 149.

<sup>20</sup> Babrius, *Mythiambi*, I. 67; Вж. също така и *Perry, Op. cit.*, p. 82-84.

<sup>21</sup> JENSEN, B. M. *Societas leonina or the lion's share. An analysis of Aesopica 149, Phaedrus I.5 and Babrius I.67.* – In: *Eranos*, vol. 102, 2004 (English), p. 100.

<sup>22</sup> Antonio Guarino подлага на сериозно съмнение творческите качества и възможностите на Федър. Вж. *La Società, cit.*, p. 185: „Баснята за лъвското дружество, която изглежда, че няма произход от тези на Езоп и която липсва в по-късните сборници на Бабрий, е сред първите на книга първа и по мое мнение, като съжалявам, че трябва да го кажа е и сред най-ясните доказателства за умствената ограниченост, а също и творческата такава на Федър“.

*iniuriae socii* т.е. съдружници за извършването на някакво злодеяние (*maleficium*) или с две думи те са разбойници. Следва да поставим убедително и въпроса какво точно са правили тревопасните животни при лова на елена, техен събрат. Трудно е да предположим ролята на кравата, козата и овцата в този лов. Най-вероятно те са участвали в гонката или примамването на елена, все пак вършейки нещо и излагайки се на риск за постигането на дружествената цел<sup>23</sup>. Тоест приемаме, че тревопасните полагат работа (*opera*) и поемат риск във връзка с дружествената дейност. Най-вероятно лъвът е свършил сам работата по убийството на елена, но е бил подпомогнат от своите съдружници. Федър представя лъва в негативна светлина именно чрез самочувствието, което той демонстрира и чрез думите, които произнася. Лъвът бързо става антипатичен на читателя чрез своите лоши маниери и невъздържани слова. Това, което обаче ни интересува<sup>24</sup> в случая е, че юристът Касий също счита, че е незаконно дружество от животни, насочено към убийството на тяхно себеподобно.

На следващо място Касий със сигурност е споделял становището на своя приятел и учител Сабин, следвано от останалата част от юриспруденцията, че дружество с незаконна цел е нищожно<sup>25</sup>. Освен това лъвът като единствен хищник от всички четири животни съдружници, най-естествено може да си запази плячката (труп на тревопасно животно – елен), просто защото останалите животни няма какво да я правят и как да я употребят, но в случая въпросът е принципен – трима от съдружниците са лишени от печалбата, реализирана от дружеството.

Заслужава внимание фактът, че в своята басня Федър въвежда и използва термина „*societas*“, който е термин от латинската юридическа терминология, употребявайки го именно по отношение на своите приказни герои - животни. Само по себе си това е потвърждение, че понятието и терминът „*societas*“ са устойчиви в

---

<sup>23</sup> Лафонтен преработва баснята на Федър като именно козата с помощта на примка е тази, която хваща елена. Вж. *De La Fontaine. Fables*, 1.6. Баснята е достъпна на: <https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/2152-2820.1065/html> последно посетен на 15.11.2021г.

<sup>24</sup> Срв. GUARINO, *La società, cit.*, p. 188-189.

<sup>25</sup> Срв. D. 17.2.57 (Ulp. 30 ad Sab.): „...ceterum si maleficii societas coita sit, constat nullam esse hanc societatem“. Вж. също така и D. 17.2.3.3 (Paulus); D. 27.3.1.14 (Ulpianus); D. 18.1.35.2 (Gaius), а също така и GUARINO, *La società, cit.*, p. 189, n. 52-53.

латинския език и носят точно определено правотехническо значение. Обстоятелството, че е използвана и думата „*socii*“ (съдружници) потвърждава, че Федър квалифицира отношенията между животните именно като договорни, които ние ги определяме като такива по консенсуалния договор за дружество по римското право.

### 3. Разпределението на печалбите и загубите в договора за дружество

И понеже дружеството, описано от Федър е една *societas maleficia*, ако разгледаме и втора, твърде необичайна хипотеза, при която лъвът не е подпомогнат от своите съдружници, а е свършил цялата работа във връзка с целта на договора, то той самият би могъл да се защити срещу евентуалните претенции на тримата си съдружници именно с недействителността на договора<sup>26</sup>. Тази друга гледна точка, през която може да бъде интерпретирана баснята на Федър, е твърде странна, но все пак възможна при така пресъздадената ситуация. Според източниците на римското право дружество, при което съдружникът не поема никакво задължение нито да апортира (внесе) нещо в общо, нито пък да се включи по някакъв начин в дружествената дейност, а само да претендира или да си запази някаква част от печалбата е нищожно. В тази насока разполагаме с изричен текст от Гай, който е ключов във връзка с дискусията сред римската юриспруденция относно разпределението на печалбите и загубите в резултат на дружествената дейност и липсата или не на определени привилегии:

**IG. 3.149. *Magna autem quaestio* Гай, Институции<sup>27</sup>, 3.149**

*fuit, an ita coiri possit societas, ut* И така имаше голямо питане дали *quis maiorem partem lucretur*, дружество може да бъде формирано по *minorem damni praestet. quod* начин, при който едната от страните да *Quintus Mucius contra naturam* вземе по-голяма част от печалбата, но по-*societatis esse censuit. sed Seruius* малка от загубата. И Квинт Муций

---

<sup>26</sup> Подробности за този извод вж. в GUARINO, *Società, cit.*, p. 189.

<sup>27</sup> За превода на български от латински език е използван английският му еквивалент в GORDON, W. M. *The Institutes of Gaius*. London, 1988.

*Sulpicius, cuius etiam praeualuit* отговори, че не може. Но Сервий *sententia, adeo ita coiri posse* Сулпиций, чието мнение надделя, прие, *societatem existimavit, ut dixerit illo* че такава дружество може да бъде *quoque modo coiri posse, ut quis* сключено, и той стигна толкова далеч да *nihil omnino damni praestet, sed lucri* потвърди, че една страна по договора *partem capiat, si modo opera eius* може да не участва в загубата, но участва *tam pretiosa uideatur, ut aequum sit* в печалбата, тъй като нейната работа *eum cum hac pactione in societatem* (заслуги) във връзка с дружествената *admitti. nam et ita posse coiri* дейност се считат за толкова ценни, че е *societatem constat, ut unus* честно да бъде включена в дружеството *pecuniam conferat, alter non* при тези условия. Така че сега е прието, *conferat et tamen lucrum inter eos* че при сключването на дружествения *commune sit; saepe enim opera* договор може валидно да се изисква *alicuius pro pecunia ualet.* едната от страните да внесе пари, а другата не, и същевременно да се дадат и на тези две страни равни части от печалбата, тъй като действията (работата) на някого е често пъти толкова ценна, колкото парите.

Проблемът с разпределението на печалбите и загубите при договора за дружество като цяло и различните становища на римската юриспруденция в тази връзка са определени от класическия римски юрист Гай като една „*magna quaestio*“ – голям, важен въпрос. Двама юристи от периода на края на Републиката - Квинт Муций Сцевола, представител на традиционната и консервативна римска юриспруденция и Сервий Сулпиций Руф, който поддържа по-прогресивните течения са преразказани в текстовете на по-късните класически юристи<sup>28</sup>. В текста на Гай, 3.149, е отразена позицията на Сервий Сулпиций Руф близо 2 столетия преди авторът на този пасаж да живее и да твори. Сервий Сулпиций се произнася в подкрепа на едно по-широко разбиране за възможностите за разпределяне на

<sup>28</sup> Вж. IJ, 3.25.2; D. 17.2.29. pr.-1; D. 17.2.30 (Ulpianus 6 ad Sabinum) и пр.

печалбата от дружествената дейност именно в съзвучие с тенденцията, че към този момент вече се е оформил един нов модел на формата на сдружаване *societas*, представляваща консенсуален контракт по своята същност, като последица от нововъзникналите търговски предприятия<sup>29</sup>.

Квинт Муций Сцевола не приема, че само работата, дейността (*operae*) на някой от съдружниците за общата дружествена цел е достатъчна за разпределянето на печалбите и загубите, тъй като най-вероятно изхожда от така наречената от Гай специфична форма на договора за дружество, а именно *societas omnium bonorum*<sup>30</sup>. При този вид дружество съдружниците *socii*, внасят цялото си имущество, т.е. своите налични и бъдещи вещи, като в този случай при прекратяване на дружеството всички страни трябва да получат равни дялове от печалбата и да участват в загубите. Тази форма на дружествена организация се появява в периода на Републиката и произлиза от т.нар. *consortium ercto non cito* или неразделена съсобственост между братя сънаследници<sup>31</sup>. Според преобладаващата част от доктрината тази форма на сдружаване е съвременна или дори по-ранна от създаването на Закона на дванадесетте таблици (450-451 г. пр.Хр.), когато като умре без завещание един *pater familias* се формира *ipso iure* съсобственост, в която влизат всички негови низходящи от първа степен (синове и дъщери), а също и преживялата му съпруга. Тази обща собственост се нарича *heredium* и се състои от поземлените имоти и семейния дом, които представляват недвижимата собственост и от робите и т.нар. *resunia* парите в брой, стоката и другото движимо имущество на фамилията<sup>32</sup>. В периода след Дванадесетте таблици римското право урежда и възможността за наличието на дружество, съставено от лица, които нямат роднинска връзка, но е подобно на *consortium ercto non cito* и е наречено *consortium ad exemplum fratrum suorum*<sup>33</sup>, създадено доброволно и със същите характеристики на първото, но вече санкционирано от

---

<sup>29</sup> Вж. ARNO, CARLO. *Il contratto di società*. Torino, 1938, p. 219-220.

<sup>30</sup> За *Societas omnium bonorum* вж. GUARINO, *La società, cit.*, p. 23-25.

<sup>31</sup> За *ercto non cito* вж. изключително подробното изложение в TALAMANCA, MARIO. *La „societas“*. Corso di lezioni di diritto romano. Milano, 2012, p. 20-25.

<sup>32</sup> Срв. BLANCH NOUGUES, *op. cit.*, p. 39 и най-вече бележки 22 и 23 на същата страница с цитираната там литература и препратки.

<sup>33</sup> Вж. IG., 3.154 и 3.154b.

публичната власт чрез *legis actio*, упражнена пред претора, посредством която се образува тази общност<sup>34</sup>. И като последно към края на II в. пр.Хр. се формира дружеството *omnium bonorum*, като вид дружество, което е свободно създадено и сключено просто на базата на простото съгласие между страните, което обхваща цялото имущество на съконтрагентите и има принципи и практическо приложение, произхождащи именно от съществуващия по същото време *consortium inter fratres*. При *societas omnium bonorum* всеки един от съдружниците трябва да внесе нещо като пари, вещи, умения или работа или пък комбинация от тях, в противен случай това било дарение<sup>35</sup>. Вноските (апортът) може да се различава по размер и по вид<sup>36</sup>. Целта на дружеството трябва да е позволена от правото и възможна<sup>37</sup>, всички трябва да са съгласни така че никой от съдружниците не може да присъедини друг *socius* към дружеството, без съгласието на останалите, а ако го направи, то той (този, който присъединява) е изцяло отговорен за това, което присъединеният направи/ не направи<sup>38</sup>.

Още повече *societas omnium bonorum* се формира в практиката като плод на традиционното римско възприятие, което защитава равенството и равнопоставеността на съдружниците. Именно затова и Квинт Муций открито се противопоставя на това своеобразно „неравенство“ в дяловете и работата при дружествената дейност. Противоположна е позицията на Сервий Сулпиций Руф, според когото aportът и престираната работа могат да бъдат различни за отделните съдружници като проекция на новите тенденции за нови видове дружества с изцяло търговска насоченост<sup>39</sup>, които се зараждат към края на

---

<sup>34</sup> За подробности във връзка с генезиса и подробното историческо проследяване на тези различни видове дружества и тяхното концептуално обособяване в мисълта на римската юриспруденция вж. TALAMANCA, *La „societas“*, cit., p. 17-19.

<sup>35</sup> IG., 3.149.

<sup>36</sup> D. 17.2.6.80.

<sup>37</sup> Подробно за *societas omnium bonorum* прочети в BUCKLAND, W. W. *A text book of Roman law from Augustus to Justinian*. Cambridge, 1921, p. 504-509.

<sup>38</sup> D. 17.2.19.23.

<sup>39</sup> Типичен пример са дружествата на публиканите (*societates publicanorum*). Те възникват още по времето на Римската Република и продължават дейността си по време на Принципата, откогато именно датира и детайлната правна уредба във връзка с тях. Те са типичен пример за децентрализацията на публичните финанси. Римската държава възлага на тези частноправни субекти публични функции и им отстъпва и споделя публични дейности или в някои случаи дейности с важно значение за цялото римско общество. Тези



Републиката, с оглед на огромните възможности, които са се породили в Рим в резултат на завладяването на по-голямата част от Средиземноморието, а именно *societas unius rei* и *societas unius negotiationis*, при които съдружниците внасят само определени блага или упражняват определена дейност в преследване на една изцяло стопанска дейност (*societas ex quaestu*). Сервий Сулпиций Руф, както и по-късните римски юристи, се оказва според разгледания текст на Гай, а и другите становища на римската юриспруденция, цитирани по-горе<sup>40</sup>, защитник на идеята, че съдружникът, участващ със своята работа и умения може да участва в печалбите, подобно на съдружника, внесъл пари или вещи, но при определени случаи може да е освободен от това да участва и в загубите на дружеството<sup>41</sup>.

#### 4. Заключение

Като заключение следва да се потвърди, че за римляните лъвското дружество (*societas leonina*) е само и единствено това, при което съдружник в дружеството участва в загубата, а е изключен от печалбата. Понятието за това дружество е създадено от римската юриспруденция на базата на баснята на Федър за дружеството между лъва, кравата, козата и овцата с цел да бъде уловен един елен, където след успешния лов, лъвът взима за себе си целия резултат от общите усилия. Останалите животни участват само в трудностите и в риска на лова, но не

---

частни лица са обвързани в определена организационна структура (*societas*), която има за цел оптимизирането на управлението на икономиката. Същевременно им е предоставена и възможността да упражняват правата на администрацията тогава и там, където това е необходимо, в съответствие с публичния интерес. Те са специфични и обособени участници в гражданския оборот, които имат една изцяло лукративна стопанска цел. Повече за дружествата на публиканите вж. в ИВАНОВ, СТОЯН. *De Publicanis* – статия в брой I/2016 г. на електронното списание *Ius Romanum*, с. 452-463; Изучаването на института на публиканите – пример за обвързване на общественно-икономическата история с правното регулиране – статия в брой II/2016 г. на електронното списание *Ius Romanum*, с. 537-558; Вътрешната организация на дружествата на публиканите според речите на Цицерон срещу Гай Верес – статия в извънреден брой III/2018 г. на електронното списание *Ius Romanum - Studia In Memoriam Theodori Piperkovi*, с. 11-28; а също така и CIMMA, M. R. *Ricerche sulle società di publicani*. Milano, 1981, както и BADIAN, E. *Publicans and sinners. Private enterprise in the service of the Roman Republic. With a critical bibliography*. London, 1983.

<sup>40</sup> Вж. бел. 24.

<sup>41</sup> Срв. BLANCH NOUGUES, *op. cit.*, p. 42.

и в разпределението на печалбата/плячката. Такъв тип дружество според римската класическа юриспруденция е нищожно, а в съвременните правни системи, базирани на римскоправната рецепция (Италия, Испания, България) подобна уговорка (лъвски пакт) е недействителна, но дружеството като цяло запазва своята валидност и без нея.

РОМАНИСТИЧНА ТРАДИЦИЈА

ROMAN LEGAL TRADITION

## ПРОИЗХОДЪТ И ВЛИЯНИЕТО НА ШВЕЙЦАРСКИЯ ГРАЖДАНСКИ КОДЕКС (НА БЪЛГАРСКИ ЕЗИК)

**Проф. д-р Жан-Филип Дюнан**

Университет в Нюшател, Швейцария

**Резюме:** Швейцарската федерална асамблея приема на 19 декември 1907 г. швейцарския граждански кодекс чрез поименно гласуване и с единодушие на присъстващите членове. Кодексът влиза в сила на 1 януари 1912 г. Той се приема радушно в цялата страна като „писаната воля“ на швейцарците. По думите на проф. Walter Yung кодексът засилва „чувството на швейцарците, че са единен народ“ и се превръща в едно от „духовните богатства“ на страната. Считан за пример за яснота, простота и умереност, швейцарският граждански кодекс много скоро е отразен в чужбина и вдъхновява гражданската кодификация на множество държави. Основан на немските правни източници, той „запазва характерния си облик и съчетава едно дълбоко познание с изчистеност на формата, които дават основа за една извънредна гъвкавост, годна да се променя съобразно всички бъдещи изменения, без изобщо да изгуби основната си структура“. В статията последователно е разгледан произходът и основните източници, върху които е основан швейцарският граждански кодекс, както и неговото влияние.

**Ключови думи:** граждански кодекс; Швейцария; произход; влияние.

## THE ORIGINS AND THE INFLUENCE OF THE SWISS CIVIL CODE (BULGARIAN LANGUAGE)

**Prof. Jean-Philippe Dunand, PhD**

University of Neuchâtel, Switzerland

**Abstract:** The Swiss Federal Assembly adopted the Swiss Civil Code on 19 December 1907 by roll-call vote and by unanimity of the members present. The code came into force on January 1, 1912. It was welcomed throughout the country as the "written will" of the Swiss. According to Prof. Walter Yung, the code strengthens the "Swiss feeling of being one people" and becomes one of the "spiritual treasures" of the country. Considered an example of clarity, simplicity and moderation, the Swiss Civil Code was soon reflected abroad and inspired the civil codification of many countries. Based on German legal sources, it "retains its characteristic appearance and combines a deep knowledge with purity of form, which provide the basis for an extraordinary flexibility, able to change according to all future changes, without losing its basic structure." The article consistently examines the origins and main sources on which the Swiss Civil Code is based, as well as its impact.

**Keywords:** Civil Code; Switzerland; origin; influence.

## Въведение

На 19 декември 1907 г. Швейцарската федерална асамблея приема швейцарския граждански кодекс чрез поименно гласуване с единодушие на присъстващите членове<sup>1</sup>. Кодексът влиза в сила на 1 януари 1912 г. Приет е радушно в цялата страна. На него се гледа като на „писаната воля“<sup>2</sup> на швейцарците. По думите на проф. Walter Yung кодексът засилва „чувството на швейцарците, че са единен народ“ и се превръща в едно от „духовните богатства“ на страната<sup>3</sup>.

Считан за пример за яснота, простота и умереност, швейцарският граждански кодекс много скоро е отразен в чужбина и вдъхновява гражданската кодификация на множество държави. В този контекст цитираме хвалебствените (а може би и пророчески) слова на Raymond Saleilles: „И ето че вече друг по-нов кодекс скоро ще компенсира изцяло немското влияние; ще говоря за швейцарския граждански кодекс, чиято първа редакция се дължи на уважаемия професор Huber от Бернския университет, който кодекс успя, черпейки вдъхновение от немските правни източници, да запази характерния си облик и да съчетае едно дълбоко познание с изчистеност на формата, което със сигурност ще го направи паметник за една извънредна гъвкавост, годна да се променя съобразно всички бъдещи изменения, без изобщо да изгуби основната си структура“<sup>4</sup>.

Следвайки темата, на първо време ние ще разгледаме корените (раздел I), а след това и влиянието (раздел II) на швейцарския Граждански кодекс.

### I. Корените на швейцарския Граждански кодекс

---

<sup>1</sup> Вж. YUNG, W. *Eugen Huber et l'esprit du code civil suisse (1849-1923)*. – In: W. YUNG. *Etudes et articles*. Genève, 1971, p. 27.

<sup>2</sup> По думите на проф. Virgile ROSSEL, докладващ пред Националния съвет по проекта за граждански кодекс (вж. *Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil national*, 1905, p. 438).

<sup>3</sup> YUNG, W. *Le code civil suisse et nous*, in *Revue de droit suisse* 80, II, 1961, p. 323 и p. 328.

<sup>4</sup> SALEILLES, R. *De la personnalité juridique: histoire et théorie*. Paris, 1922, p. 37.

Начинанието по кодификацирането на правото се вписва в специфичен исторически, социо-политически, икономически и интелектуален контекст<sup>5</sup>. Ограничавайки се до най-важното, ние от една страна ще се фокусираме върху политическите корени (раздел **A**), а от друга - върху историческите и интелектуалните влияния (раздел **B**) на швейцарския Граждански кодекс.

## **A. Политически корени**

За да си дадем сметка за политическия произход на кодекса, необходимо е да обособим три етапа. Първият е социо-политическият тласък (подраздел **1**); вторият са подготвителните работи, извършени по поръчение на правителството (подраздел **2**); и накрая – непосредствената парламентарна процедура (подраздел **3**). Следва да отбележим, че един човек е имал решаваща роля и в трите етапа: професор Eugen Huber – редакторът, бащата и душата на кодекса.

### **1. Социо-политическият тласък**

Решителният момент е през 1884 г. Редно е да припомним, че по това време Швейцария познава режим на частното право, който е самобитен и несвързан: въпреки че облигационното и търговското право попадат под уредба на национално равнище във Федералния облигационен кодекс от 14 юни 1881 г., самото гражданско право е регламентирано в голямата си част на местно равнище в законодателството на отделните кантони. Дори през XIX в. повечето швейцарски кантони вече са приели свой собствен граждански кодекс<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Вж. *CABRILLAC, R. Les codifications. Paris, 2002, p. 65 ss ; CARONI, P. La storia della codificazione e quella del codice. – In: Index, 29, 2001, p. 55 ss., както и DUNAND, J.-PH. Entre tradition et innovation: analyse historique du concept de code. – In: Le code civil français dans le droit européen. Bruxelles, 2005, p. 3-43.*

<sup>6</sup> Вж. HUBER, E. *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes*. Vol. IV. Bâle, 1893, p. 185-201; ROSSEL V., F.-H. MENTHA. *Manuel du droit civil suisse*. Tome I. Lausanne- Genève, 1922, и по-специално p. 11-15; SCHLOSSER, H. *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*. Heidelberg, 2005, p. 208-209, както и ZWEIGERT, K., H. KÖTZ. *Einführung in die Rechtsvergleichung*. Tübingen, 1996, p. 166-167.

За Швейцария, бидейки държава от федерален тип, уеднаквяването на частното ѝ право на национално равнище зависи от това компетентността в тази сфера да се предостави на Конфедерацията. И така чл. 64 на Федералната конституция от 29 май 1874 г. прехвърля правото на Конфедерацията да създаде законодателство от гражданскоправен характер преди всичко, за съдебното преследване на дълговете и фалитите и най-вече за всички въпроси, които се отнасят до търговията и сделките с ценни книжа (облигационно, търговско право и менителничните отношения). Останалата материя остава под регулацията на швейцарските кантони. Необходимо е да се изчака конституционната промяна от 13 ноември 1898 г., за да може новият чл. 64 на Федералната конституция най-сетне да даде на Конфедерацията законодателна компетентност върху цялото частно право<sup>7</sup>.

От 80-те години на XIX в. пълното хармонизиране на частното право в рамките на Конфедерацията е настойчиво желано от все по-широки обществени кръгове. Напредъкът в технологиите и производството, свързан с индустриалната революция и развитието на железниците като последица, предизвикват осезаемо увеличение на мобилността на хора и стоки. За да се отговори на това хомогенизиране на икономическото пространство, трябва да се уеднакви правото. Един гражданин на Женева, който отива в Базел, по пътя си може да се срещне с осем различни правни системи. Така уеднаквяването на частното право се превръща в необходима предпоставка за развитието на търговията<sup>8</sup>.

От друга старана, унификацията на правото на национално равнище е важно средство за социалното сплотяване на швейцарците<sup>9</sup>. То е застъпено и от

---

<sup>7</sup> По тези въпроси вж. GASSER, C. *Zur Bewahrung vor Stillstand und Verknöcherung*. – In: *96 Jahre ZGB*, Zurich, 2003, p. 12 ss.; MANAÏ, D. *Eugen Huber – Jurisconsulte charismatique*. Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1990, p. 100-102; ROSSEL V., F.-H. MENTHA. *Manuel du droit civil suisse*. Tome I. Lausanne-Genève, 1922, по-специално p. 35-38 и SCHLOSSER, H. *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*. Heidelberg, 2005, p. 209-211.

<sup>8</sup> Вж. MANAÏ, D. *Eugen Huber – Jurisconsulte charismatique*. Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1990, p. 51 ss.

<sup>9</sup> Вж. YUNG, W. *Eugen Huber et l'esprit du code civil suisse (1849-1923)*. – In: W. Yung. *Etudes et articles*. Genève, 1971, p. 28-29.



поддържниците на идеята за една по-силна федерална държава, които искат централизирана конфедерация, състоящата се от „общо право и единна армия“<sup>10</sup>.

Решаваният тласък обаче идва от правните среди<sup>11</sup>. По време на събранието, проведено в Лозана на 16 септември 1884 г., Швейцарското сдружение на юристите отчита нуждата от едно „цялостно съпоставително изследване на гражданските закони на кантоните в Швейцария, в опит да се проучи кои са общите им постановления и кои са различията между тях, причините за съществуване на тези разминавания“<sup>12</sup>. Това изследване, което трябва да послужи като основа на бъдещото уеднаквяване на швейцарското частно право, е поверено на Eugen Huber (професор по федерално публично право, гражданско право и история на правото в Базел) и е подпомогнато от Конфедерацията.

В продължение на близо десет години професор Huber се заема с тежката задача да публикува „System and Geschichte des Schweizerischen Privatrechts“ („Система и история на швейцарското частно право“) в четири тома, които се издават в Базел между 1886 и 1893 г.<sup>13</sup>. Първите три тома са посветени на системното изследване на частното право в отделните кантони<sup>14</sup>, а четвъртият - на историята на швейцарското гражданско право. Методът на Eugen Huber е едновременно исторически и систематичен<sup>15</sup>. Целта е да се систематизират двадесет и петте правни системи на швейцарските кантони, като се вземат предвид техните исторически особености. Huber се стреми също така да представи приликата в развитието на правото на кантоните и съществуването на едно

---

<sup>10</sup> Вж. MANAÏ, D. *Eugen Huber – Jurisconsulte charismatique*. Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1990, p. 25 ss., p. 101.

<sup>11</sup> Вж. GASSER, C. *Zur Bewahrung vor Stillstand und Verknöcherung*. – In: *96 Jahre ZGB*, Zurich, 2003, p. 17.

<sup>12</sup> Текстът на резолюцията, гласуван на събранието на сдружението на швейцарските юристи, е цитиран от YUNG, W. *Eugen Huber et l'esprit du code civil suisse (1849-1923)*. – In: W. YUNG. *Etudes et articles*. Genève, 1971, p. 30, n. 1.

<sup>13</sup> За изследването и влиянието, което оказва, вж. MANAÏ, D. *Eugen Huber – Jurisconsulte charismatique*. Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1990, p. 61-64.

<sup>14</sup> Том I е посветен на личното и семейното право; Том II - наследствено право; Том III вещно и облигационно право.

<sup>15</sup> Вж. MANAÏ, D. *Eugen Huber – Jurisconsulte charismatique*. Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1990, p. 62-63 и WINIGER, B. *Le code suisse dans l'embaras entre BGB et code civil français*. – In: *Le code civil français dans le droit européen*, Bruxelles, 2005, p. 156.

швейцарско частно право, което произтича от принципите, възприети в отделните кантони<sup>16</sup>.

Швейцарското правителство от своя страна също се убеждава в нуждата от общ за федерацията граждански кодекс. Вместо да повери предварителните работи по проектирането и редакцията на една много- или малобройна комисия, правителството решава през месец юни 1892 г. чрез посредничеството на Департамента по правосъдие и полиция (наричан по-долу – Департаментът) да назначи като единствен редактор на проекта за граждански кодекс – Eugen Huber. По това време той е професор по търговско и публично право в Университета в Хале в Германия. Няма съмнение, че дълбоките му познания в областта на частното право на кантоните предопределят Huber (тогава над четиридесетгодишен) да бъде назначен за изпълнението на задачата. Изключителната кариера на професора му е позволила да добие отлична представа за социалните, политическите и икономическите особености на Швейцария<sup>17</sup>. Успоредно с мандата, който Департаментът му дава, Huber е назначен за професор по швейцарско частно право, история и философия на правото в Университета в Берн. Той заема поста до 1922 г., една година преди смъртта му.

---

<sup>16</sup> Вж. DAVID, R. *Cours de législation civile comparée [1946-1947]*. Paris, 1949, p. 270.

<sup>17</sup> За подробна биография на Eugen Huber, вж. цялото произведение на MANAÏ, D. *Eugen Huber – Jurisconsulte charismatique*. Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1990, както и WELTI, A. *Eugen Huber als politischer Journalist*. Frauenfeld/Leipzig 1932. Ще припомним няколко важни детайли. Huber изучавал право в Цюрих и Берлин. През 1872 г., когато бил на 23 години, защитил докторантура по право в Цюрих с тема върху швейцарското наследствено право (*Die schweizerischen Erbrechte in ihrer Entwicklung seit der Ablösung des alten Bundes vom deutschen Reich*, 1872). След това продължил обучението си във Виена, където посещавал най-вече лекциите на Рудолф вон Йеринг и извършил многобройни исторически изследвания в архивите на различни градове като Виена, Милано, Женева и Париж. През февруари 1873 г. получава хабилитация от университета в Цюрих. Впоследствие Huber живее в множество градове, където упражнява различни професии: журналист и парламентарен кореспондент е в Цюрих и Берн в качеството на чирак, а от 1876 г. на 26 годишна възраст става главен редактор на най-важния швейцарски ежедневник „*Neue Zürcher Zeitung*“; началник на полицията и следовател в Троген, Апенцел Аусерроден; професор по федерално публично право, гражданско право и история на правото, ректор на университета в Базел (1881-1888 г.); професор по търговско и немско публично право в Хале, Германия (1888-1892 г.).

Както вече видяхме, именно конституционната ревизия от 1898 г., в полза на която Huber е ангажиран активно<sup>18</sup>, предоставя на Конфедерацията правомощието да приема законодателство по всички въпроси на частното право.

## 2. Подготвителни работи (1892-1904)

Между мандата, даден от Департамента на Eugen Huber през 1892 г., и приемането на Гражданския кодекс от Федералните камари през 1907 г., процедурата за изготвяне на кодекса продължава петнадесет години<sup>19</sup>. Eugen Huber е създателят и движещата сила на това начинание от зараждането на самата идея чак до осъществяването ѝ. По думите на Yung: „Huber бе изправен пред огромна задача, чията трудност бе голяма, тъй като не ставаше дума за събиране на разпръснати закони в един кодекс, както когато кодифицираме законите на една унитарна държава, а федералното еднообразие да се замести от многообразието на кантоните и да се измисли формула, която може да се прилага във всичките части на една държава тъй разнообразна както Швейцария“<sup>20</sup>.

Huber започнал с изготвянето на частични проекти по въпроси, които представят най-значителните разлики в правото на кантоните и които следователно биха могли да предизвикат силна съпротива срещу уеднаквяването на частното право. Това са най-вече въпросите за последиците от брака (1893/1894 г.),

---

<sup>18</sup> Вж. LIVER, P. *Das schweizerische Zivilgesetzbuch (Entstehung)*. – *Revue de droit suisse*, 81, 1962, II, p. 16-17.

<sup>19</sup> За раждането и приемането на швейцарския граждански кодекс, вж. DUNAND, J.-Ph. *Le code civil de Eugen Huber: une loi conçue dans l'esprit de la démocratie?* – In: *La démocratie comme idée directrice de l'ordre juridique suisse*. Zurich, 2005, p. 59-63; LIVER, P. *Das schweizerische Zivilgesetzbuch (Entstehung)*. – *Revue de droit suisse*, 81, 1962, II, p. 9-17; MANAÏ, D. *Eugen Huber – Jurisconsulte charismatique*. Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1990, p. 129-133; ROSSEL V., F.-H. MENTHA. *Manuel du droit civil suisse*. Tome I. Lausanne-Genève, 1922, по-специално p. 38-42 и TUOR P., B. SCHNYDER, J. SCHMID, A. RUMO-JUNGO. *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*. Zurich, Bâle et Genève, 2002, p. 6-11. За списък на документацията от изготвянето на гражданския кодекс, вж. GAUYE, O. *Inventar zur Dokumentation über die Erarbeitung des schweizerischen Zivilgesetzbuches 1885-1907*. – In: *Schweizerische Zeitschrift für Geschichte*, 13, 1963, p. 54-100.

<sup>20</sup> YUNG, W. *Eugen Huber et l'esprit du code civil suisse (1849-1923)*. – In: W. YUNG. *Etudes et articles*. Genève, 1971, p. 31.

наследственото право (1894/1895 г.) и залога на недвижимо имущество (1897/1898 г.). Проектът за вещното право е завършен през 1899 г.

Huber завършва работата си въз основа на забележките, отправени към проекта от страна на официалните среди, частните кръгове, както и такива от дискусиите на Швейцарското сдружение на юристите. След като предварителните проекти по отделните части на гражданския кодекс са приети през 1896, 1899 и 1900 г. от експертни комисии, първият пълен проект на Huber е публикуван през 1900 г. от Департамента като предварителен проект на граждански кодекс.

Huber допълва проекта с изложение на основните принципи и мотиви на закона, който се появява през 1901 и 1902 г. на немски и в превод на френски. Забележително е, че „Изложението на мотивите на предварителния проект на Федералния департамент по правосъдие и полиция“ (наричан по-долу: предварителен проект), по-подробен от лаконичния Обяснителен меморандум на Федералния съвет, който освен това изрично се позовава на работата на Huber<sup>21</sup>, се възприема като основен и най-важен елемент на подготвителните работи. Изложението се състои от три тома, съдържащи увод, лично и семейно право (том I, 1901), наследяване (том II, 1901) и вещно право (том III, 1902). Департаментът публикува през 1914 г. второ издание в два тома, което излиза само на немски език.

Изготвянето на предварителния проект е съсредоточено в ръцете на един човек, което гарантира единството, систематичността и логически последователното развитие на кодекса. Това разбира се не означава, че Huber работи напълно самостоятелно. В течение на работата той се обгражда с експерти, които му помагат, консултира се с много организации, дискутира сред различни кръгове и участва в редица обществени срещи<sup>22</sup>. С отговорите си на въпросник, изготвен от Huber, правителствата на отделните швейцарски кантони имат възможността в периода от 1893 до 1896 г. да споделят своите желания относно

---

<sup>21</sup> Вж. CONSEIL FEDERAL. *Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de code civil suisse, du 28 mai 1904.* – In: *Feuille fédérale*, 1904, vol. IV, по-специално р. 16-17.

<sup>22</sup> Вж. MERTENS, B. *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen.* Tübingue, 2004, р. 98-100. Списъкът със срещите е даден в прегледа на подготвителната работа, който е публикуван в приложението към предварителния проект.

структурата на различните части на бъдещия кодекс, както и опита, който техните институции са натрупали. Проведено е и допитване до Федералния съд, както и до някои кантонални съдилища. Архивите свидетелстват, че Eugen Huber поддържа активна кореспонденция с видни юристи във връзка с технически и специфични въпроси по конкретни законови разпоредби. Такъв е случаят по-специално с двамата федерални съветници Eduard Müller и Ernst Brenner<sup>23</sup>, които последователно са отговаряли за Департамента, и с френските професори François Génу и Raymond Saleilles<sup>24</sup>, към които ще се върнем по-късно.

Още през 1901 г. предварителният проект е предоставен за задълбочено разглеждане от голяма експертна комисия, назначена от Департамента, която комисия е председателствана от федералния съветник Brenner и е с докладчик Eugen Huber. Предназначена да представлява различните регионални, религиозни, политически и икономически интереси на Швейцария, тази комисия се състои от тридесет и един членове, предимно юристи и депутати, и девет специални експерти, които съблюдават опазването на основните социо-икономически интереси на страната<sup>25</sup>. Трябва да се отбележи обаче, че не е включена нито една жена. За Huber е немислимо жена да седне измежду експертите. Той допуска само един мъж да представлява гледната точка на жените в комисията, а именно Max Gmür, професор по гражданско право в университета в Берн<sup>26</sup>.

Между 1901 и 1903 г. тази „велика“ комисия се събира четири пъти в рамките на две - три седмици в четири различни града на нашата страна - Люцерн, Нюшател, Цюрих и Женева<sup>27</sup>. По време на тези срещи се предлагат повечето съществени

---

<sup>23</sup> Вж. по темата GAUYE, O. *Lettres inédites d'Eugen Huber*. – In: *Revue de droit suisse*, 1962 (81), I, p. 91-120.

<sup>24</sup> Вж. NEUHAUS, L. *Das Eugen-Huber-Archiv im Bundesarchiv in Bern*. - *Revue suisse de jurisprudence*, 53, 1957, p. 372-374.

<sup>25</sup> Експертите са президентът на Съюза на швейцарските работници, секретарят на Съюза на швейцарските селяни, секретарят на Съюза на изкуствата и занаятите, секретарят на Съюза на търговците и индустриалците, един нотариус, уредник в поземления регистър, директор на лудница и двама директори на важни банки.

<sup>26</sup> Вж. GASSER, C. *Zur Bewahrung vor Stillstand und Verknöcherung*. – In: *96 Jahre ZGB*, Zurich, 2003, p. 22 и MANAÏ, D. *Eugen Huber – Jurisconsulte charismatique*. Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1990, p. 118.

<sup>27</sup> Комисията заседава в Люцерн от 7 до 30 октомври 1901 г., за да обсъди личното и семейното право; в Нюшател от 3 до 22 март 1902 г. се обсъжда законът за

изменения и технически корекции. Протоколите от разискванията на тази комисия са препечатани и могат да се разгледат в няколко обществени библиотеки.

След обсъжданията и предложенията на комисията от експерти, Eugen Huber заедно с редакционен екип съставя нов проект, който е публикуван през 1903 г. като редакция на проекта на Департамента. Трябва да се има предвид, че този предварителен проект все още няма работно заглавие. Въпросът е обсъден през януари 1904 г. от една по-ограничена по отношение на броя участниците комисия, съставена от федералния съветник Ernst Brenner, както и от Eugen Huber, Virgile Rossel (професор в Университета в Берн и национален съветник), Emil Isler (адвокат и депутат от Ааргау в Държавния съвет) и Alexander Reichel (също професор в университета в Берн).

### 3. Парламентарна фаза (1904-1907)

Въз основа на гореспоменатите усилия проектът за гражданския кодекс на Федералния съвет е публикуван и представен през 1904 г. пред Федералната асамблея с послание, което разяснява правните разпоредби<sup>28</sup>. В същата година той е разгледан параграф по параграф от парламентарните комисии, Съвета на кантоните и Националния съвет.

Далеч от това да се отдърпне, Huber взима активно участие в парламентарната фаза, като е избран в Националния съвет през 1902 г. в редиците на "freisinnig-demokratischen Partei", тоест на радикалната партия. От юни 1905 г. Националният съвет е оглавен от него. Eugen Huber се намесва в качеството на немскоговорящ докладчик. Като цяло Парламентът приветства горещо проекта за

---

настоящичеството и наследството; в Цюрих от 3 до 15 ноември 1902 г. разглеждат вещното право (първа част) и накрая в Женева от 15 април до 2 май 1903 г., завършват дискусиите по разпоредбите относно вещното право. Списъкът на членовете на комисията се споменава в Посланието на Федералния съвет (вж. CONSEIL FEDERAL. *Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de code civil suisse, du 28 mai 1904.* – In: *Feuille fédérale*, 1904, vol. IV, по-специално р. 2-4).

<sup>28</sup> Вж. CONSEIL FEDERAL. *Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de code civil suisse, du 28 mai 1904.* – In: *Feuille fédérale*, 1904, vol. IV, по-специално р. 1-17.

граждански кодекс, но са направени някои промени<sup>29</sup>. Чрез тях проектът е смекчен в частта с гражданското положение и националните власти; премахнати са глави като тези за концесиите на хидравличната енергия и мините; допълнен е с разпоредби относно плодopolзването на кредиторите, купуването на изплащане и още междусъседските отношения. Дебатите са оживени и понякога дори яростни<sup>30</sup>. Въпросите по условията за развод и правата на извънбрачните деца са дълго обсъждани, както и първите четири члена от предварителния проект, които са разгледани в края на парламентарната процедура.

След окончателна проверка от редакционната комисия, насочена най-вече към съгласуване на немския и френския текст, законът за учредяване на швейцарски граждански кодекс е приет от Федералните камари единодушно на 10 декември 1907 г. Така приетият граждански кодекс включва основни положения, но няма обща част; следват четири части (четири книги), в следната последователност: лично право, семейно право, наследствено право и вещно право. Кодексът влиза в сила на 1 януари 1912 г. след като кантоните са имали време да приемат въвеждащи в сила закони и след като Кодексът за задълженията (който, както знаем, е в петата част на гражданския кодекс, докато е получил собствена номерация) е преработен на базата на работата на Eugen Huber.

## **Б. Исторически и интелектуални влияния**

Разположена в сърцето на Европа, Швейцария е повлияна от разнообразни правни традиции, които се откриват в гражданския кодекс (подраздел 1). Освен това самият Eugen Huber вplита в кодекса своите интелектуални възгледи (подраздел 2).

Huber открил, че повечето кантонски кодекси са силно повлияни от гражданските кодекси и юриспруденцията на съседните на Швейцария държави,

---

<sup>29</sup> Вж. ROSSEL V., F.-H. MENTHA. *Manuel du droit civil suisse*. Tome I. Lausanne-Genève, 1922, по-специално р. 40-41.

<sup>30</sup> Вж. MANAÏ, D. *Eugen Huber – Jurisconsulte charismatique*. Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1990, р. 131-132.

най-вече френския граждански кодекс от 1804 г.<sup>31</sup>, този на Австрия от 1811 г.<sup>32</sup> и от немските пандектисти<sup>33</sup>. Така ситуацията обрича отделните кантонски частни права на слаба автономия и риск от зависимост от тези държави. С уеднаквяването на немското законодателство съществува реален риск Bürgerlichesgesetzbuch да окаже силен натиск върху някои немскоговорящи кантони<sup>34</sup>. Huber планира да реагира спрямо него като изгради граждански кодекс, който отразява швейцарското законодателство. Става въпрос да се уеднакви правният ред на кантоните, като се даде на новото право логически последователна структура<sup>35</sup>.

Едно от най-силните желания на Huber е да предостави на Швейцария национален граждански кодекс, независим от каквото и да било значително чуждестранно влияние. Както пише в проекта: „Ние се съветваме с образците; не ги преписваме. Ние искаме да дарим нашата страна с нужните ѝ институции, също толкова добри колкото чуждите. Ние следователно не възнамеряваме да плагиатстваме закони от държавите, които ни заобикалят, в частност френския граждански кодекс и гражданския кодекс на Германската империя, а търсим как да сътворим доколкото е възможно произведение, което да не им отстъпва“<sup>36</sup>. По този

---

<sup>31</sup> Вж. DUNAND, J.-Ph. *Le géant et les nains. Le Code Napoléon comme modèle des codes civils des cantons suisses romands*. – In: *Forum historiae iuris*, article du 25 octobre 2005, [www.forhisiur.de/zitat/0510dunand.htm](http://www.forhisiur.de/zitat/0510dunand.htm); DUFOUR, A. *Code Napoléon et histoire du droit genevois*. – In: *Commentationes Historiae Iuris Helveticae*. Vol. I. Berne, 2007, p. 18-47, както и HALPERIN, J.-L. *L'exportation en Suisse des institutions politiques et juridiques françaises*. – In: *Bonaparte, la Suisse et l'Europe*. Genève-Zurich-Bâle, 2003, p. 54-55.

<sup>32</sup> Вж. CARONI, P. *Receptio duplex vel multiplex. L'ABGB nel contesto svizzero*. – In: *L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa*. Padoue, 2006, p. 497-524.

<sup>33</sup> Вж. CARONI, P. *Die Schweizer Romanistik im 19. Jahrhundert*. – In: *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte*, 16, 1994, p. 243ss.

<sup>34</sup> Вж. WINIGER, B. *Le code suisse dans l'embaras entre BGB et code civil français*. – In: *Le code civil français dans le droit européen*, Bruxelles, 2005, p. 162 и YUNG, W. *Eugen Huber et l'esprit du code civil suisse (1849-1923)*. – In: W. Yung. *Etudes et articles*. Genève, 1971, p. 35.

<sup>35</sup> Вж. WINIGER, B. *Le code suisse dans l'embaras entre BGB et code civil français*. – In: *Le code civil français dans le droit européen*, Bruxelles, 2005, p. 163.

<sup>36</sup> HUBER, E. *Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police*. Tome premier. Berne, 1901, по-специално p. 6.



начин кодексът остава неповлиян от всеки познат образец, което му придава национален и самобитен характер, който е единодушно припознат<sup>37</sup>.

## 1. Историческите традиции

Още в първите редове на том I от своя проект Huber изяснява концепцията си за кодификацията. Според него едно законодателството „не може и не трябва да бъде единствено инструмент, предназначен да формулира ламтежите на народното съзнание“<sup>38</sup>. Адресат на гражданския кодекс е швейцарският народ. Всеки разумен швейцарец трябва да има чувството, че кодексът е превел „сърцето и разума му“<sup>39</sup>. Както казва Huber, трябва да се върнем към първоизточника на традициите на страната: „Само чрез търпеливо и внимателно наблюдение, чрез проникновено и непрекъснато посвещаване в юридическото битие на хората, ще успеем да чуем ехо от гласове, които потвърждават, че едно народно право не може да се развие, освен ако не се обърнем към източника на националните традиции и нрави. Законодателят създава правото, така както преценката му му го подсказва. Невъзможно е обаче той да формира преценка, независима от заобикалящата го реалност. Чрез свързване с това, което е, допитвайки се до опита си и нуждите на живота, той ще оформи своята преценка, също като всеки гражданин, който мисли и разсъждава. Единствената отлика е, че гражданинът не може да изрази мнението си, освен под формата на критика или чрез гласуването, докато законодателят по силата на възложената му важна задача изработва самите разпоредби на закона“<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> Вж. CARONI, P. *Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches*. Bâle, 1996, по- специално р. 35-39 и CARONI, P. *Saggi sulla storia della codificazione*. [Per la storia del pensiero giuridico moderno, no 51]. Milan, 1998, p. 79-80.

<sup>38</sup> HUBER, E. *Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police*. Tome premier. Berne, 1901, по- специално р. 2.

<sup>39</sup> HUBER, E. *Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police*. Tome premier. Berne, 1901, по- специално р. 2.

<sup>40</sup> HUBER, E. *Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police*. Tome premier. Berne, 1901, по- специално р. 2.

В една кодификация, продължава Huber, „по-добре да се запазва, отколкото да се изменя“<sup>41</sup>. Федералният съвет също демонстрира, не без известен лиризм, тази привързаност към кантонните законодателства: „Ето защо първото задължение на Конфедерацията беше да вземе внимателно предвид кантоналния закон, да извлече есенцията му, да унифицира гражданското право в посока на правилното му развитие, а не да прекъсне връзката, която свързва хората със законите им, и накрая да изпълни задачата си в духа на и според желанията на швейцарската нация“<sup>42</sup>.

Това основно схващане цели да насърчава разглеждането на германското право за сметка на римското право. Следва да се подчертае, че частното право на швейцарските кантони, и по-специално на немскоговорящите кантони, които са мнозинство, се формира до голяма степен въз основа на тълкуването и развитието на германските обичаи, най-вече алеманските и бургундските. Множество германски обичайни практики са кодифицирани от Huber. Сред тях са брачният договор; договорът за наследство; сервитутите и залогът на недвижимо имущество, учредени на името на собственика; поземлените сервитути; линията на наследяване и особено принципът на прозрачност, най-значимият резултат от който е поземленият регистър<sup>43</sup>.

За сметка на това в Швейцария няма пряка приемственост на римското право. Едва през XIX век с развитието на процеса по кодификацията римското право оказва силно влияние върху швейцарското право. Кантоналните кодификации и още повече швейцарският Кодекс за задълженията от 1881 г., а след това и Гражданският кодекс, включват голям брой римски концепции и разпоредби<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> HUBER, E. *Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police*. Tome premier. Berne, 1901, по-специално р. 5.

<sup>42</sup> CONSEIL FEDERAL. *Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de code civil suisse, du 28 mai 1904*. – In: *Feuille fédérale*, 1904, vol. IV, по-специално р. 8.

<sup>43</sup> Вж. REBER, U. *Dictionnaire historique de la Suisse*, rubrique „Droit germanique“ (статията е достъпна на адрес: [www.hls-dhs-dss.ch](http://www.hls-dhs-dss.ch)).

<sup>44</sup> За влиянието на римското частно право в Швейцария, вж. DUNAND, J.-Ph., A. KELLER. *L'Europe, la Suisse et l'expérience du droit romain*. Préface de l'ouvrage de Peter STEIN, *Le droit romain et l'Europe*. Zurich-Paris-Bruxelles, 2004, р. XIV-XVI

От гореизложеното излиза, че въпреки първоначалните заявки, Huber очевидно не се е ограничил до това да внесе германските правни обичаи в гражданския кодекс. Опитът да се пренесе „швейцарското народно самосъзнание“ в кодекса е рисковано начинание, предвид различията в местните правни режими. Още повече че заплитането на германски, римски и френски традиции правят ясното концептуално разграничение илюзорно<sup>45</sup>. Поради това Huber проявява прагматизъм и често търси компромиси между различните решения.

Така например по въпросите на имуществения режим между съпрузи, в швейцарските кантони съществуват три различни режима: на обединение на имуществото, който е от германски произход и действа в повечето кантони; този на разделност на собствеността, поддържан в различни чужди държави; този на общност на имуществото, прилаган в някои кантони, включително в Женева. Huber иска да даде място във федералното законодателство на всеки от трите режима: при липса на споразумение между съпрузите обаче правният режим е този на обединението на собствеността, който е най-разпространен<sup>46</sup>.

Що се отнася до наследяването Huber залага на „помирение“ между системата на немските обичаи, според които вследствие на това, че всеки индивид губи правата си при смъртта си, не е възможно да му се предостави имущество, чиито последици ще продължат и след смъртта му, и системата на римското право, в която собственикът на имуществото може да урежда предаването на собствеността си при случай на смърт<sup>47</sup>. По този начин той предлага да се остави германската система на правоприемство, като същевременно се запази римската свобода на завещанието, но само до степен, в която тя не е ограничена от задълженията на починалия към семейството и обществото.

В кодекса са въведени и много римски институти. В областта на вещното право можем да посочим опростените режими на прехвърляне на владението

---

<sup>45</sup> Вж. WINIGER, B. *Le code suisse dans l'embaras entre BGB et code civil français*. – In: *Le code civil français dans le droit européen*, Bruxelles, 2005, p. 167.

<sup>46</sup> Вж. MANAÏ, D. *Eugen Huber – Jurisconsulte charismatique*. Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1990, p. 104-105.

<sup>47</sup> Вж. MANAÏ, D. *Eugen Huber – Jurisconsulte charismatique*. Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1990, p. 106, p. 114-115.

(предаване на владелческата власт, *constitutum possessorium*) и дори режимите на оригинално придобиване на собственост (преработване, присъединяване, смесване).

## 2. Интелектуалните позовавания на Huber

Без да претендираме за изчерпателност, можем да твърдим, че Eugen Huber е бил повлиян както от немската правна историческа школа (**а**), така и от теоретици, противопоставящи се на чисто позитивисткия подход към правото (**б**).

### а) Историческата школа в правото

Основните привърженици на историческата школа се опитват да докажат, че правото е елемент от културата на един народ, израз на манталитета му<sup>48</sup>. Нейният основател, видният юрист Фридрих Карл фон Савини, настоява, че правната наука трябва да бъде историческа и че именно историческият опит на хората е правилният източник на вдъхновение за правния живот. Всеки народ има специфично за него право. Това право се изразява чрез народните обичаи като спонтанни правни форми<sup>49</sup>.

Признаваме, че Eugen Huber е бил силно повлиян от този подход. На първо място, той е убеден, че различията в правния ред на кантоните са вследствие от социални и културни разлики между въпросните общности<sup>50</sup>. Освен това, доколкото законът е „продукт на историята“, швейцарският Граждански кодекс може да е успешна законодателна творба само ако успее да отрази „народното съзнание“ на швейцарците<sup>51</sup>. Следователно историческият опит на швейцарския народ трябва да

---

<sup>48</sup> Вж. STEIN, P. *Le droit romain et l'Europe*. Genève-Zurich-Bâle, 2004, p. 138-142.

<sup>49</sup> Вж. SAVIGNY, F. K. Von. *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg, 1814.

<sup>50</sup> Вж. WINIGER, B. *Le code suisse dans l'embaras entre BGB et code civil français*. – In: *Le code civil français dans le droit européen*, Bruxelles, 2005, p. 156.

<sup>51</sup> Вж. CARONI, P. *Il mito svelato: Eugen Huber*. – In: *Revue de droit suisse*, 110, 1991, I, p. 381-419, p. 393-395 et MANAÏ, D. *Eugen Huber – Jurisconsulte charismatique*. Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1990, p. 64-69.

представлява фундамента на гражданския кодекс. Този исторически опит е резултат от кодификациите, обичаите и обществените практики на швейцарските кантони, а очевидно не от чуждите закони.

### б) Критика на позитивизма

Трябва да се припомни, че Eugen Huber съпоставя идеите си с тези на експерти и чуждестранни колеги. Този обмен спомага оформянето на виждането му за закон и право<sup>52</sup>. Huber поддържа активна кореспонденция и провежда разговори със своя приятел Макс фон Румелин, професор във факултета в Хале, а след това и в Тюбинген. Той е един от главните представители на Тюбингенската школа на *Interessenjurisprudenz* (юриспруденция на интересите). Привържениците на тази доктрина твърдят, че смисълът на закона е неотделим от правния интерес, който той съдържа. На съдията се пада да прецени и сравни интересите, представени в даден спор<sup>53</sup>.

Huber е имал интензивно и ползотворно общуване и с различни френски колеги, сред които Raymond Saleilles и François Géný. С първия се запознава в Швейцария, във Вале, през август 1899 г., а с втория в Париж, в дома на Saleilles през юли 1900 г. по повод Международния конгрес по сравнително право<sup>54</sup>. Отношенията им се градят на огромно взаимно уважение и сходство във вижданията по множество правни въпроси<sup>55</sup>. Безспорно е, че Géný споделя схващанията на Huber относно нуждата да се предостави широка свобода на съдията да преценява<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> Вж. MANAÏ, D. *Eugen Huber – Jurisconsulte charismatique*. Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1990, p. 145ss.

<sup>53</sup> Вж. MANAÏ, D. *Le juge entre la loi et l'équité*. Lausanne, 1985, p. 38-40 и MANAÏ, D. *Eugen Huber – Jurisconsulte charismatique*. Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1990, p. 147-148.

<sup>54</sup> Вж. GAUYE, O. *François Géný est-il le père de l'article 1<sup>er</sup>, 2<sup>e</sup> alinéa, du Code civil suisse?* - *Revue de droit suisse*, 114, 1973, I, p. 273-274.

<sup>55</sup> Вж. NEUHAUS, L. *Das Eugen-Huber-Archiv im Bundesarchiv in Bern*. - *Revue suisse de jurisprudence*, 53, 1957, p. 373.

<sup>56</sup> MANAÏ, D. *Le juge entre la loi et l'équité*. Lausanne, 1985, p. 40-43.

Любопитно е в този контекст да се цитира откъс от писмо, изпратено от Gény до Huber на 11 януари 1900 г.:

„Господине и преуважаеми колега,

Безкрайно съм ви благодарен, че отзичиво прочетохте с такова увлечение произведението, което ви изпратих върху Метода на правната интерпретация, и се чувствам особено поласкан от оценката, така изпълнена с доброжелателност, която ми дадохте на него.

Напътствията, които ми давате, за склонността в съвременното швейцарско законодателство да се разширяват правомощията на съдията (като тълкувател на закона) са много ценни за мен; и ги отбелязвам старателно като силна подкрепа за основната теза, която се опитам да развия в книгата си. За съжаление във Франция настроенията са далеч от тази посока на развитие; опасявам се, че моето начинание ще бъде оценено от мнозина като безразсъдно или най-малкото прибързано...<sup>57</sup>.

## **II. Влиянието на швейцарския Граждански кодекс**

Швейцарският граждански кодекс има голяма аудитория далеч извън швейцарските граници. Преди да припомним някои елементи от влиянието му в чужбина (раздел **Б**), добре е да споменем качествата на кодекса, които го направиха сполучлив (раздел **А**).

### **А. Основната характеристика: кодекс на народа**

Швейцарският граждански кодекс е замислен като народен кодекс, тоест „кодекс от хората, за хората“<sup>58</sup>. Откривайки дебатите по гражданския кодекс, Virgile

---

<sup>57</sup> Писмо, цитирано от GAUYE, O. *François Gény est-il le père de l'article 1<sup>er</sup>, 2<sup>e</sup> alinéa, du Code civil suisse?* - *Revue de droit suisse*, 114, 1973, I, p. 277.

<sup>58</sup> Вж. DUNAND, J.-Ph. *Le code civil de Eugen Huber: une loi conçue dans l'esprit de la démocratie?* – In: *La démocratie comme idée directrice de l'ordre juridique suisse*. Zurich, 2005, p. 63-75.

Rosset отлично обобщава пред Националния съвет избрания подход: „А сега какъв е методът му и какъв е духът му? В една демокрация, където законите се създават от хората, е редно те да се правят и за хората. Швейцарският законодател не позволи да бъде воден от догматизъм, за който често упрекваме юристите; практически съображения ръководеха изработката на нашия граждански кодекс. Логичност и яснота във форма, свобода и прогресивност на идеите и преди всичко зачитане на нашите национални традиции, и на това, което е полезно, силно, оригинално в нашия закон - това бяха основните идеи на Федералния съвет, на неговите комисии и на неговите експерти<sup>59</sup>. Накратко кодексът е достъпен за швейцарците по своята форма заради яснота и простота си (подраздел 1), но и заради консенсусното си съдържание, което отговаря на често противоречащите си нужди на най-широките кръгове на обществото (подраздел 2).

## 1. Един разбираем кодекс

Формата на един кодекс е от първостепенно значение. Структурата, систематиката, терминологията, стилът са всички параметри на законодателната техника, които правят възможно оформянето на закона<sup>60</sup>. Eugen Huber пръв осъзнава това. Той определя няколко критерия, предназначени да допринесат за една цел: швейцарският Граждански кодекс трябва да е общодостъпна книга, която може да се разбере от всички: „Законът е адресиран до всички, които са под неговата власт. Следователно повелите на законодателя трябва, доколкото това е съвместимо с материята им, да бъдат разбираеми за всички или поне за хората, които според нуждите на своята професия са длъжни да се запознаят със закона. Установените правила трябва да имат смисъл дори за неспециалиста, което не пречи на специалиста винаги да открива в тях по-обширен или по-дълбок смисъл от първия. Това е, което се разбира под народно законодателство“<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> ROSSEL, V. *Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale*. Conseil national, 1905, p. 437-438.

<sup>60</sup> Вж. **CABRILLAC, Rémy. Les codifications. Paris, 2002, p. 226 ss.**

<sup>61</sup> HUBER, E. *Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police*. Tome premier. Berne, 1901, по-специално p. 10-11. За един критичен подход, вж.

За Huber първото условие, необходимо за постигане на народно законодателство, е лаконичността: законът може да е разбираем само ако е кратък. Затова гражданският кодекс на Швейцария съдържа относително малко разпоредби. Според прословутата фраза на редактора на проекта „той казва всичко накратко“<sup>62</sup>. Можем да сравним по обем швейцарския кодекс със близкия му германски граждански кодекс: швейцарският, допълнен от първите две части на Кодекса за задълженията (облигационното право), включва хиляда и шестстотин члена, докато германският съдържа две хиляди триста осемдесет и пет параграфа по същата материя<sup>63</sup>. Швейцарският законодател често се задоволява с обобщени правила и принципи, без каквото и да е желание да разрешава всички конкретни случаи. На съдията се пада да тълкува закона и да намери конкретни решения. Както казва Yung, благодарение на „това схващане швейцарското право не е научен закон, а закон, близък до справедливостта“<sup>64</sup>.

Този въпрос може да бъде разгледан в контекста на по-голям дебат, който се фокусира върху хипотетичната изчерпателност или пълнота на един кодекс. Huber признава примата на писаното право над всички други източници, като същевременно смята, че законът, по правило непълен, сам по себе си не представлява правото и поради това той трябва да бъде допълнен от творческата дейност на съдията<sup>65</sup>. Huber твърди, че кодексът „никога не обхваща цялото право по такъв начин, че друго право не може да се състави [...] Работа по кодификацията е завършена само в този смисъл, че може да обхване целия писмен закон, но не и в смисъл, че изключва всяко друго право [...] кодификацията може да показва пропуски, дори в повечето случаи свидетелства за множество такива; как да не

---

FLÜCKIGER, A. *Le principe de la clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal*. – In: *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, № 21/2006, p. 74 ss.

<sup>62</sup> HUBER, E. *Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police*. Tome premier. Berne, 1901, по-специално p. 17.

<sup>63</sup> Вж. ZWEIGERT, K., H. KÖTZ. *Einführung in die Rechtsvergleichung*. Tübingen, 1996, p. 171.

<sup>64</sup> YUNG, W. *Eugen Huber et l'esprit du code civil suisse (1849-1923)*. – In: W. Yung. *Etudes et articles*. Genève, 1971, p. 38.

<sup>65</sup> Вж. YUNG, W. *Eugen Huber et l'esprit du code civil suisse (1849-1923)*. – In: W. Yung. *Etudes et articles*. Genève, 1971, p. 37.



признаем тогава, че редом с кодификацията, трябва да има и други източници на правото, предвидени да допълнят писаното право, ако е необходимо?<sup>66</sup>.

Всъщност швейцарският граждански кодекс е характерен с широка свобода на преценката на съдията<sup>67</sup>. По смисъла на прочутия чл.1 съдията може да тълкува закона не само буквално, но и според неговия „дух“ (ал. 1); при липса на приложима законова разпоредба той се произнася съгласно обичайното право, а при липса на обичай - „съгласно правилата, които би установил, ако трябваше да действа като законодател“ (ал. 2); и накрая, той „се ръководи от решения, залегнали в доктрината и съдебната практика“ (ал. 3). Тази разпоредба установява вид „трिестепенна система в прилагането на закона: Закон, обичай, решение на съдията, формирано според доктрината и юриспруденцията, или според правната фикция на норма, установена по случай новия казус“<sup>68</sup>. Редакторът на проекта за кодекс е бил убеден, че швейцарските съдии ще използват по отговорени и достоен начин широките правомощия, които им се дават<sup>69</sup>.

Huber не е загрижен единствено за стегнатата форма на гражданския кодекс. В предварителния проект той представя сигурен метод, свързан с техниката на съставяне, чиито различни елементи трябва да допринесат за лесно четене и разбиране на закона<sup>70</sup>. Опирайки се върху тези различни точки, той взема решение, точно обратно на това на германския законодател<sup>71</sup>. Като начало разпоредбите трябва да са кратки. С някои изключения (например изброяването на исковете, предполагащи съгласието на държавния орган - чл. 393 и 395), те не съдържат повече от три алинеи. Освен това алинеите в повечето случаи са с по едно

---

<sup>66</sup> HUBER, E. *Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police*. Tome premier. Berne, 1901, по- специално р. 30.

<sup>67</sup> Вж. ZWEIGERT, K., H. KÖTZ. *Einführung in die Rechtsvergleichung*. Tübingen, 1996, р. 174.

<sup>68</sup> HUBER, E. *Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police*. Tome premier. Berne, 1901, по- специално р. 31.

<sup>69</sup> Вж. HUBER, E. *Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police*. Tome premier. Berne, 1901, по- специално р. 30-32.

<sup>70</sup> Вж. HUBER, E. *Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police*. Tome premier. Berne, 1901, по- специално р. 12-15.

<sup>71</sup> Вж. CARONI, P. *Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches*. Bâle, 1996, по- специално р. 37-39 и ZWEIGERT, K., H. KÖTZ. *Einführung in die Rechtsvergleichung*. Tübingen, 1996, р. 169-173.

изречение. Те са „винаги достатъчно кратки, за да може дори човек, нямащ навика да се консултира със законите, да разбере съдържанието им от първо четене“<sup>72</sup>. Бележките под линия, които са неизменна част от закона, също дават възможност за допълване или олекотяване на текста му.

На второ място Huber, в желанието си да създаде достъпен кодекс, се стреми да избегне абстрактните формули и изкуствено създадените понятия. Хората мислят по точно определен начин. Huber използва възможно най-много „прости и ясни изрази“<sup>73</sup> и често срещани думи<sup>74</sup>.

На трето място едни и същи понятия по начало трябва да се изразяват с едни и същи термини.

Четвърто – търсенето и намирането на разпоредби трябва да е лесно. Правните разпоредби са придружени от бележки под линия, които показват систематиката на закона и улесняват ползването му. Освен това номерацията на главите е непрекъсната, а не започва отначало във всяка книга. И накрая, членовете никъде не са разделени на параграфи, което опростява цитирането.

На пето място – Huber търси „да направи разбираем или поне четим всеки член, взет отделно“<sup>75</sup>, което предполага използването на възможно най-малко препратки между разпоредбите и между отделните части на кодекса.

Шесто, начинът на подредба на разпоредбите принципно винаги трябва да бъде един и същ: „на първо място ще бъдат общите правила, след това предписанията относно пораждането и прекратяването на едно правоотношение и накрая тези, които уреждат неговите последици“<sup>76</sup> (Вж., например правилата за сключване на брак и развод).

---

<sup>72</sup> HUBER, E. *Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police*. Tome premier. Berne, 1901, по- специално р. 12.

<sup>73</sup> HUBER, E. *Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police*. Tome premier. Berne, 1901, по- специално р. 12.

<sup>74</sup> В този смисъл цитираме чл. 11 ал. 1 Граждански кодекс („Всеки се ползва с граждански права“) и чл. 14 ал. 2 Граждански кодекс („Бракът изисква пълнолетие“).

<sup>75</sup> HUBER, E. *Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police*. Tome premier. Berne, 1901, по- специално р. 13.

<sup>76</sup> HUBER, E. *Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police*. Tome premier. Berne, 1901, по- специално р. 13.

Седмо, в държава с няколко официални езика преводът на кодекса, чийто предварителен проект и първа версия са написани на немски, може да доведе до сериозни затруднения в разбирането и тълкуването. Huber твърди, че е обърнал особено внимание на този въпрос. Кодексът трябва да е разбираем и достъпен на трите езика. Буквалният превод не винаги е бил прилаган: „въздържахме се от него навсякъде, където буквалният превод е за сметка на езика и където строгото съответствие на текстовете не е полезно“<sup>77</sup>. Този разумен подход във френския и италианския превод, с които се занимавали различни специализирани комисии, очевидно не винаги бил прилаган без затруднения. Недостатъците най-вече на италианския превод са отбелязани и критикувани<sup>78</sup>.

## 2. Един либерален и социален кодекс, отражение на духа на компромиса

Швейцарският граждански кодекс от 1907 г. явно се вписва в идеологията на либерализма, според която свободата на волята на индивида е утвърдена и защитавана и бариерите пред търговията са сведени до минимум. В това отношение той представлява един „либерален кодекс“<sup>79</sup>. В същото време обаче кодексът от 1907 г. далеч не е нечувствителен към социалната ситуация, в която следва да се прилага. Именно поради тази причина той често е наричан, а дори и напоследък „социален кодекс“<sup>80</sup>.

Член на радикалната партия и привърженик на либерализма, Eugen Huber все пак смята, че в демократична държава като Швейцария, която е основана на

---

<sup>77</sup> HUBER, E. *Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police*. Tome premier. Berne, 1901, по-специално р. 14-15.

<sup>78</sup> Вж. SCHNYDER, B. Die Dreisprachigkeit des ZGB: Last oder Hilfe? – In: *Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach*. Bâle, Genève et Munich, 2000, р. 37-50, особено р. 40-42.

<sup>79</sup> Вж. CARONI, P. *Il mito svelato: Eugen Huber*. – In: *Revue de droit suisse*, 110, 1991, I, р. 381-419, р. 406-411, както и CARONI, P. *Philipp Lotmar und Eugen Huber zur sozialen Frage*. – In: *Forschungsband Philipp Lotmar (1850-1922)*. Francfort-sur-le-Main, 2003, р. 168-172.

<sup>80</sup> Вж. CARONI, P. *Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches*. Bâle, 1996, по-специално р. 49-58 и CARONI, P. *Saggi sulla storia della codificazione*. [Per la storia del pensiero giuridico moderno, no 51]. Milan, 1998, р. 83 ss.

политическото равенство между гражданите и частното право, трябва да се отчетат нуждите и интересите на отделните швейцарци. Huber представя тази идея в четвъртия том на своята „*System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes*“: „Das Privatrecht soll die Resultante der verschiedenen Kräfte sein, welche die Volksgemeinschaft beleben, und falsch wäre es, zu meinen, dass die Wahrheit nur in einer Richtung liege“<sup>81</sup>. Затова гражданският кодекс трябва да бъде отворен за различията и неравенствата в обществото и да помогне за превъзможването им. Това предполага да се прибегне в голяма степен към нови правни институции или към иновативни решения, които не са особено съвместими с волята, за която говорихме по-горе, за включване на съществуващите разрешения в отделните кантонски законодателства. Huber обаче не възприема това като противоречие, а напротив: „Но писаният закон, макар и да оставя голямо място за традиционния елемент, ще получи съвременна форма и трябва да е податлив на необходимите нововъведения“<sup>82</sup>.

Както обявява в свое писмо от 1893 г.<sup>83</sup>, Eugen Huber е решен да намери правилната комбинация между консерватори и новатори, между свободи и ограничения, в дух на компромис, който прави чудеса. Това несъмнено е неговият начин да отрази „сърцето и разума“ на швейцарския гражданин.

Всъщност кодексът включва много идеи, които са относително прогресивни за времето си и имат за цел да опазят или да подобрят съдбата на големи групи от населението<sup>84</sup>. Освен това той не предполага неограничена цена на принципа на свобода на волята. Личната свобода всъщност е значително ограничена от рамки.

---

<sup>81</sup> HUBER, E. *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes*. Vol. IV. Bâle, 1893, p. 300.

<sup>82</sup> HUBER, E. *Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police*. Tome premier. Berne, 1901, по-специално p. 6.

<sup>83</sup> „Der Entwurf eines einheitlichen Civilgesetzbuches wird notwendig zwei Tendenzen aufweisen müssen: eine fortschrittliche, womit er den Bedürfnissen der Gegenwart und Zukunft entgegen zu kommen sucht, und eine konservative, womit er die guten einheimischen Ueberlieferungen sowohl vor unbegründeter Neuerung als auch vor Nachahmung fremder Erscheinungen zu bewahren bestrebt ist“ (HUBER, E. *Über die Art und Weise des Vorgehens bei der Ausarbeitung des Entwurfes eines einheitlichen schweizerischen Civilgesetzbuches*. [написано в Берн 1893 г. към директора на Департамента], p. 2).

<sup>84</sup> Вж. GASSER, C. *Zur Bewahrung vor Stillstand und Verknöcherung*. – In: *96 Jahre ZGB*, Zurich, 2003, p. 21 ss.

Редно е да се уточни, че личната свобода представлява основен принцип на швейцарското частно право. Проявава се в четири предимства, признати на всеки човек: лична свобода, свободен достъп до собствеността, свобода да се завещава и накрая свобода на договарянето. Според маниера на Huber личната свобода е по някакъв начин рецепция на принципите на политическата свобода и народния суверенитет на гражданите в частното право, които са в основата на демократичната държава: „политическата свобода ще има за последица гражданската свобода“<sup>85</sup>. Гражданинът трябва да е свободен да избира с кого и как иска да установи правоотношения, както и да е свободен да избира своите политически институции и лицата, упражняващи политически функции.

Следователно в гражданския кодекс на Швейцария „общото правило, въпреки че не е изразено навсякъде, е, че при липса на формални ограничения, свободата е тази, която ще направлява по всички въпроси правните отношения в разделите, посветени на семейството и наследството както и при тези, които се занимават с вещното право и задълженията“<sup>86</sup>. Свободата е правилото, а ограничаването ѝ – изключението. Тази свобода се изразява и във факта, че Гражданският кодекс съдържа малко императивни разпоредби и че той често оставя лицата да изберат между няколко варианта на един и същ институт (например в завещанията; имуществения режим между съпрузи или залога на недвижимо имущество). Свобота не може да се използва егоистично и индивидуалистки. Тя може да е присъща само за разумен човек, който зачита принципите на морала<sup>87</sup>. Пред Националния съвет Virgule Rossel изразява тази концепция по много ярък начин: „В целия си кодекс сме се стремили да направим частното право, което е, ако ми позволите това определение, сбор от егоизма на хората, колкото е възможно по-

---

<sup>85</sup> HUBER, E. *Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police*. Tome premier. Berne, 1901, по-специално р. 22.

<sup>86</sup> HUBER, E. *Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police*. Tome premier. Berne, 1901, по-специално р. 22.

<sup>87</sup> По този въпрос, вж. CARONI, P. *Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches*. Bâle, 1996, по-специално р. 49-58 ; MANAI, D. *Eugen Huber – Jurisconsulte charismatique*. Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1990, р. 110-113 et YUNG, W. *Eugen Huber et l'esprit du code civil suisse (1849-1923)*. – In: W. Yung. *Etudes et articles*. Genève, 1971, р. 40-46.

морално<sup>88</sup>. Така свободата е ограничена, например, и от добрите нрави, от обществения ред, от зачитането на принципа на добросъвестност, от законите и справедливостта или дори от уважението към личността на другите.

Имайки предвид това, Huber предлага новаторски решения. Ще споменем разбира се закона за злоупотребата с права, известния чл. 2, ал. 2 от кодекса, според който: „Явната злоупотреба с право не е защитена от закона“. Тази разпоредба не фигурира в предварителния проект от 1900 г. и е резултат от предложение на комисията, натоварена през 1904 г. с изготвянето на предварителния проект на гражданския кодекс<sup>89</sup>. По силата на своето място и своя общ и абстрактен характер, тя представлява един от основните принципи на швейцарското частно право. Идеята за злоупотреба с право се основава на идеята за дихотомия между формалното и материалното право<sup>90</sup>. По-специално упражняването на едно право се счита за злоупотреба, когато противоречи на целта на правната разпоредба, която го създава.

Друг пример е желанието на Huber да защитава морални интереси, но и имуществените такива<sup>91</sup>. Според виждането му „всички интереси трябва да са юридически защитени“<sup>92</sup>. Гражданският кодекс трябва да позволява да се взимат предвид претърпени вреди, нанесени обиди, психическа болка и като цяло всякакви щети от неимуществен характер. Тези принципи, първи в Европа<sup>93</sup>, са закрепени в чл. 27 и 28 на гражданския кодекс от 1907 г.

---

<sup>88</sup> ROSSEL, V. *Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale suisse*. Conseil national, 1906, p. 1039.

<sup>89</sup> За раждането на разпоредбата, вж. AUGSBURGER-BUCHELI, I. *Genèse de l'article 2 du code civil suisse*. – In: *Abus de droit et bonne foi*, Fribourg, 1994, p. 29-33 и HUWILER, B. *La genèse de l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC)*. – In: *Abus de droit et bonne foi*, Fribourg, 1994, p. 40-47.

<sup>90</sup> За идеята за злоупотреба с право и осъществяването ѝ, вж. DESCHENAUX, H. *Le titre préliminaire du code civil [Traité de droit civil suisse, tome II, 1]*. Fribourg, 1969, p. 138-140 и p. 167-193, и ZELLER, E. *Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot*. Zurich, 1981.

<sup>91</sup> Вж. YUNG, W. *Eugen Huber et l'esprit du code civil suisse (1849-1923)*. – In: W. Yung. *Etudes et articles*. Genève, 1971, p. 39.

<sup>92</sup> HUBER, E. *Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police*. Tome premier. Berne, 1901, по-специално p. 23.

<sup>93</sup> Cf. LIVER, P. *Der gesetzliche Schutz der Persönlichkeit in der Rechtsentwicklung*. – In: *Revue de la Société des juristes bernois* 103, 1967, p. 80-85.

И накрая, всеки човек вероятно ще живее в общности, в които, ако използваме думите на Huber, той ще „съвместява собствените си интереси с интересите на насрещната страна и ще се задължава да работи занапред не само за себе си, но и за другите [... и дори заради] в името на по-висши цели“<sup>94</sup>. Семейството например формира една от тези общности и то е в основата на правилата за наследяване между близки роднини, които ограничават свободата на завещаване. По същия начин Швейцарският граждански кодекс в голяма степен благоприятства различни форми на сдружения от корпоративен тип. Става въпрос за дружествата, кооперциите, общинската собственост и колективната собственост.

## **Б. Успехът на кодекса в чужбина**

Качествата, които току-що изложихме, спечелиха на Швейцарския граждански кодекс впечатляващ успех в чужбина, изразил се в две насоки: на първо място е използван като пример в много държави (подраздел 1); и на второ – оценен е високо от европейската юриспруденция (подраздел 2).

### **1. Кодексът като модел**

Качествата на швейцарския граждански кодекс са признати далеч извън границите на страната, защото той вдъхновява в различна степен гражданските кодекси на много държави, разположени на няколко континента<sup>95</sup>. Можем да посочим за пример Италия, Гърция, Полша, но също и Перу и Чили. В Египет е възприет прочутият чл. 1 на швейцарския граждански кодекс, добавяйки обаче принципите на мюсюлманското право сред източниците на правото<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> HUBER, E. *Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police*. Tome premier. Berne, 1901, по-специално р. 24-25.

<sup>95</sup> По темата, вж. SCHLOSSER, H. *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*. Heidelberg, 2005, р. 213-216, както и WIEACKER, F. *A History of Private Law in Europe*. Oxford, 1995, р. 391-392.

<sup>96</sup> Вж. FAUVARQUE-COSSON, B., S. PATRIS-GODECHOT. *Le Code civil face à son destin*. Paris, 2006, р. 62.

Освен това трябва да се отбележи, че швейцарският кодекс е приет в Лихтенщайн през 1926 г. Най-прочут обаче остава случаят с Турция, която под ръководството на своя президент Мустафа Кемал Ататюрк, избира през първата четвърт на миналия век изцяло да възприеме швейцарското частно право в турския правен ред. Ето как турският Граждански кодекс и Кодексът за задълженията, влезли в сила на 4 октомври 1926 г., са горе-долу свободни преводи на швейцарските кодекси от онова време<sup>97</sup>. Рецепцията на швейцарското гражданско право в Турция е предмет на приноса на нашия изтъкнат колега, г-н Самин Юнан, на когото се позоваваме.

## **2. Оценката на кодекса в юридическата наука**

Още преди приемането му швейцарският граждански кодекс предизвиква любопитството и дори често възхищението на чуждестранните наблюдатели<sup>98</sup>. Ще разграничим настроенията от Франция в момент, в който тя има граждански кодекс вече около сто години (а), и последвалите оценки от остналата част на Европа (б). Свидетелствата са безброй, затова ще подберем някои особено важни цитати.

### **а) Положителната оценка във Франция**

Сто години след приемането на френския граждански кодекс, през 1904 г. Франция размишлява върху нуждите и условията за реформа. Швейцарският граждански кодекс, който все още е проект, намира повече от благоприятен отзвук. „От значение за почти цяла Европа“, „най-добрият пример“ за реформа, „изпипаният“ френски граждански кодекс или дори „идеал за демократично законодателство“ - френските юристи не пестят похвалите.

Общото в тези оценки се крие във вярата, че (бъдещият) швейцарски кодекс включва предимствата, но не и недостатъците на френския, и че ще бъде модерно

---

<sup>97</sup> Вж. ARMINJON, P., B. NOLDE, M. WOLFF. *Traité de droit comparé*. Tome II. Paris, 1950, p. 417-419 ; FAUVARQUE-COSSON, B., S. PATRIS-GODECHOT. *Le Code civil face à son destin*. Paris, 2006, p. 62, както и SAUSER-HALL, G. *La réception des droits européens en Turquie*. Genève, 1938, специално p. 22-29.

<sup>98</sup> Вж. ZWEIGERT, K., H. KÖTZ. *Einführung in die Rechtsvergleichung*. Tübingen, 1996, p. 169.



и стабилно законодателство. Смята се, че швейцарският кодекс оказва влияние върху френската правна наука, което изглежда не е било така в средносрочен план.

В писмо, адресирано до Huber, от 11 ноември 1901 г., проф. Maxime Leroy, юрист и историк социолог, отчита, че „интересът, който представлява новият швейцарски кодекс, има значение за почти цяла Европа: принципите, които той закрепва, надхвърлят рамките на бъдещо им приложение. Струва ми се, че той ще влияе върху френските юристи много повече от новия германски кодекс...“<sup>99</sup>. Според François Génу „проектът на швейцарския граждански кодекс като че ли е едно просто подобрене, отразяващо настоящите потребности, на законодателната техника, чийто първи зародиш успяхме да открием в Наполеоновия кодекс“<sup>100</sup>.

Във Франция са заинтригувани, как Швейцария, прочута с предпазливост и консерватизъм, има дързостта да направи демократична и прогресивна кодификация. В този ред на мисли сенатор Perrier в доклад от 1903 г. пред финансовата комисия, съобщава, че „англичаните, немците, белгийците, италианците ни изпревариха в съдебните реформи, необходими заради индустриалните и икономическите промени, но без никакво съмнение Швейцария е тази, която дава най-добър пример. Що се отнася до гражданския кодекс, Швейцария, тази консервативна държава, която е реформатор в такава степен, че напомня на революционер, в дълго проучване и обмисляне на предварителен проект отрича всичко, което опитът е намерил за остаряло или неприятно за съвременното в наполеоновото законодателство. В тома, тъкмо публикуван от Департамента по правосъдието и полицията, бихме намерили много разумни реформи, които биха били подходящи, не и без изменения разбира се, за нашата страна“<sup>101</sup>.

Новаторството на швейцарското законодателство е подчертано и от Eugène Gaudemet в участието му в „Книгата за стогодишнината“: „Чрез своята яснота и

---

<sup>99</sup> Кореспонденцията е цитирана от NEUHAUS, L. *Das Eugen-Huber-Archiv im Bundesarchiv in Bern. - Revue suisse de jurisprudence*, 53, 1957, p. 376, бел. 60.

<sup>100</sup> GENY, F. *La technique législative dans la Codification civile moderne*. – In: *Le Code civil (1804-1904): livre du centenaire*. Tome second. Vaduz et Paris, 1979 [Réimpression anastatique de l'édition de Paris 1904], p. 1031.

<sup>101</sup> Откъс от доклада на сенатор Перие, цитиран от NEUHAUS, L. *Das Eugen-Huber-Archiv im Bundesarchiv in Bern. - Revue suisse de jurisprudence*, 53, 1957, p. 373-374, бел. 33.

простота кодексът пресъздаде в материя възможно най-цялостно идеала на демократичното законодателство. – Неговите редактори успяха, с отворено съзнание, съчетано с мъдра умереност, без никога да изпаднат в излишък или идеализъм, да постигнат сред реформите нужни днес всички онези, които са възможни на практика<sup>102</sup>.

### б) Други мнения на европейската юриспруденция

В класическите произведения на сравнителното право швейцарският граждански кодекс е отбелязван за предимствата си по отношение на простота, яснота и прагматизъм. Например според René David „Швейцарският граждански кодекс [...] използва общопознатия език и не отблъсква неюристите при първи прочит. Той е написан за съдебни заседатели в Швейцария и изглежда, че основното, което търси да постигне, е здравият разум, а не многото познания по правна теория“<sup>103</sup>. Още по-ентузиизиран е белгийският професор René Dekkers, според когото „гражданският кодекс от 1907 г. съчетава теоретичните качества на немския граждански кодекс с яснотата на наполеоновия. И двата ги задминава по изчистеност. Следователно го считаме за най-добрия от съвременните кодекси“<sup>104</sup>.

Zweigert и Kötz от своя страна отбелязват, че качествата на Швейцарския граждански кодекс го правят своеобразен антипод на BGB: яснота, простота, употреба на общопознати понятия, голяма свобода за съдията да отсъжда според правилата на добросъвестността и справедливостта<sup>105</sup>. Raymond Legeais изразява същото мнение като подчертава, че швейцарският кодекс е написан ясно, но е по-малко научен начин в сравнение с немския кодекс, с цел да бъде разбран от гражданите<sup>106</sup>.

---

<sup>102</sup> GAUDEMET, E. *Les codifications récentes et la Révision du Code civil*. – In: *Le Code civil (1804-1904): livre du centenaire*. Tome second. Vaduz et Paris, 1979 [Réimpression anastatique de l'édition de Paris 1904], p. 970.

<sup>103</sup> DAVID, R. *Cours de législation civile comparée [1946-1947]*. Paris, 1949, p. 287-288.

<sup>104</sup> DEKKERS, R. *Le droit privé des peuples*. Bruxelles, 1953, p. 195.

<sup>105</sup> Вж. ZWIEGERT, K., H. KÖTZ. *Einführung in die Rechtsvergleichung*. Tübingen, 1996, p. 169 ss.

<sup>106</sup> Вж. LEGEAI, R. *Grands systèmes de droit contemporains*. Paris, 2004, p. 140.

## Заклучение

Век след приемането човек се чуди подобно на покойния Walter Yung, дали работата на Eugen Huber не е „обречена да отмре“<sup>107</sup>?

Социо-икономическите условия, обществените и търговските практики, средствата за комуникация и транспорт много са се променили от времето на създаването на швейцарския граждански кодекс. Разбира се, той е преразглеждан няколко пъти, особено в областта на семейното право. Трябва обаче да се отбележи, че той заема все по-рядко централното място в правния ред, което му е било пазено в миналото. Подобно на европейските си подобия, швейцарският кодекс всъщност страда от феномена на „декодификацията“. Скоро за първи път в Швейцария ще бъде проведено изследване по този въпрос<sup>108</sup>.

Като цяло обаче гражданският кодекс на Швейцария устоява на времето. Необходимите реформи, които е претърпял, не променят основната му структура и формула, както са замислени от Eugen Huber. Общият характер на разпоредбите му позволяват забележителна адаптивност<sup>109</sup>.

Въпреки че днес понякога е пренебрегван, гражданският кодекс на Швейцария не е загубил своя чар, тъй като е взет предвид при създаването на новия граждански кодекс на Нидерландия<sup>110</sup>. Освен това в един неотдавнашен труд Ole Lando отново отдаде почит на Eugen Huber, като припомни значението на методологията на швейцарския юрист, за случаите когато някой иска да действа като законодател или по проект за уеднаквяване на законите: кратки членове и алинеи; стегнати и прости фрази<sup>111</sup>.

---

<sup>107</sup> YUNG, W. *Eugen Huber et l'esprit du code civil suisse (1849-1923)*. – In: W. Yung. *Etudes et articles*. Genève, 1971, p. 45.

<sup>108</sup> Вж. GENNER, S. *Dekodifikation*. Bâle, 2006.

<sup>109</sup> Вж. YUNG, W. *Eugen Huber et l'esprit du code civil suisse (1849-1923)*. – In: W. Yung. *Etudes et articles*. Genève, 1971, p. 45.

<sup>110</sup> Вж. LEGAIS, R. *Grands systèmes de droit contemporains*. Paris, 2004, p. 141.

<sup>111</sup> Вж. LANDO, O. *On Legislative Style and Structure*. – In: *Revue européenne de droit privé*. Vol. 14. № 4, 2006, p. 484.

Следователно още можем да се възхищаваме на качествата на труда на Eugen Huber, който, макар и да е твърдял, че иска да пренесе в кодекса „сърцето и разума“ и „съзнанието“ на швейцарците, в действителност е създал изцяло европейска кодификация, която олицетворява правните традиции на континента.

## ИЗВЪНРЕДНО ДОГОВОРНО ПРАВО ИЛИ КАК ДА УРЕДИМ ДОГОВОРНИТЕ ПРОБЛЕМИ ПО ВРЕМЕ НА ПАНДЕМИЯ\* (НА БЪЛГАРСКИ ЕЗИК)

Проф. д-р Паскал Пишона

Университет във Фрибург, Швейцария

**Резюме:** Въпреки многобройните мерки, предприети от Федералния съвет, свързани с пандемията на COVID-19, проблемите, свързани с икономическия баланс между страните по договора, не са били предмет на конкретна намеса от страна на държавата. Статията подчертава, че индивидуалистичен подход чрез правилата за непреодолимата сила и случайното събитие, е частично незадоволителен предвид системните проблеми и риска за правосъдната система като цяло, които представляват всички допълнителни индивидуални действия. Авторът подчертава значението на задължението за предоговаряне между страните въз основа на правилата за добросъвестността в отношенията, чието съдържание трябва да отчита динамичен подход, вдъхновен от историческия опит. След това в статията се предлагат основни правила, както по същество, така и във връзка с гражданския процес, в светлината на извънредно договорно право за справяне с дисбаланса в договорните отношения. Релационният подход към договора и по-солидарната концепция за него трябва да доведат до предоговаряне и до групови спогодби, относително задължителни за страните по договора, или дори в крайна сметка до решения, наложени от властите.

**Ключови думи:** договорно право; релационен договор; невъзможност за изпълнение; *clausula rebus sic stantibus*; *hardship*; задължение за предоговаряне; групово договаряне; разширяване на задължителния обхват; *remissio mercedis*.

---

\* Статията е публикувана на френски език в *Revue de droit suisse (RDS/ZSR) 2020, Numéro spécial: Pandémie und Recht /Pandémie et droit*, p. 137-155 и е предоставена за превод с изричното съгласие на автора и издателя.

## EXTRAORDINARY CONTRACT LAW OR HOW TO SETTLE CONTRACTUAL PROBLEMS DURING A PANDEMIC (BULGARIAN LANGUAGE)

**Prof. Pascal Pichonnaz, PhD**

University of Fribourg, Switzerland

**Abstract:** Despite the significant number of measures taken by the Swiss Federal Council (Government) in relation to the COVID-19 pandemic, problems regarding the economic balance between contracting parties have not been subject to specific interventions. The article points out that an individualistic approach, in particular through the rules of unforeseeability, is partly unsatisfactory in view of the systemic issues at stake and the risk that the burden of all additional individual actions represents for the judicial system as a whole. The author stresses the importance of a duty of renegotiation between the parties, based on the rules of good faith in business, the content of which must take into account a dynamic approach, inspired by historical experience. The article then suggests substantive and procedural rules for an extraordinary contract law to deal with systemic contractual imbalances. A relational approach to the contract, as well as a more solidarity-based conception of it, must lead to renegotiations and group settlements, which are relatively binding for the contracting parties, or even to solutions imposed by the authorities as a last resort.

**Key words:** Contract law; relational contract; impossibility; *clausula rebus sic stantibus*; hardship; duty to renegotiate; group negotiation; extension of the binding nature; *remissio mercedis*.

*Това е време за наука и солидарност.*  
Антонио Гутерес<sup>1</sup>

## **А. Въведение**

В периода на пандемия на COVID-19 Ordonnance 2 COVID-19<sup>2</sup>, който централизира решенията на Федералния съвет в условията на необходимост (чл. 185 ал. 3 Федерална конституция на Конфедерация Швейцария (ФККШ)), както и Законът за епидемиите<sup>3</sup>, въведоха първо санитарни мерки и ограничения на основните свободи (социална дистанция, забрана за демонстрации и събирания на повече от петима души на публично място<sup>4</sup>), после мерки, ограничаващи свободното движение на хора и стоки, а след това мерки в областта на процесуалното право, принудителното изпълнение и несъстоятелността<sup>5</sup>, мерки в сферата на трудовото право и частичната безработица, както и мерки за икономическо възстановяване, под различни форми<sup>6</sup>. Въпреки това, проблемите, свързани с икономическото равновесие между страните по даден договор, не са станали основание за конкретна намеса на Федералния съвет. Последният не се произнася например по споровете между наемодатели и наематели на търговски

---

<sup>1</sup> Реч на Генералния секретар на Обединените нации от 14 април 2020, вж. <<https://www.un.org/en/un-coronavirus-communications-team/time-science-and-solidarity>> (версия към 20 април за всички интернет сайтове, цитирани по-долу).

<sup>2</sup> Вж. последващите версии на Ordonnance 2 на Федералния съвет за мерките за борба срещу коронавируса (COVID-19) (Ordonnance 2 COVID-19) от 13 март 2020 (последно изменение към 27 април 2020), RS 818.101.24.

<sup>3</sup> Федерален закон от 28 септември 2012 за борба срещу заразните за човека болести (Закон за епидемиите), RS 818.101.

<sup>4</sup> Чл. 7с Ordonnance 2 COVID-19.

<sup>5</sup> Приложение на мерките, предвидени в чл. 62 Федерален закон за принудително изпълнение на дълговете и за фалита между 19 март от 7ч. и 4 април до полунощ, следвани от празниците за Великден, свършващи на 19 април 2020; вж. официалното съобщение: <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-78482.html>; напр. Ordonnance от 20 март 2020 за спирането на сроковете в гражданските и административните производства за поддържане на съдебната система във връзка с коронавируса (COVID-19), RS 173.110.4.

<sup>6</sup> Мерки, предприети на 20 март 2020 от Федералния съвет и достъпни на страницата на Държавния секретариат по икономически въпроси (SECO): <https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/neuescoronavirus.html#accordion1587055331225>, резюмирани в документ на SECO, наречен: „Coronavirus: aperçu du train de mesures pour atténuer les conséquences économiques“.

обекти относно въпроса дали плащането на наемите трябва да бъде спряно за времето на задължително затваряне на обектите. За сметка на това Федералният съвет удължи сроковете по чл. 257d, ал. 1 Швейцарски облигационен кодекс (CO) и чл. 282, ал. 1 CO, в случай на забава на наемател или арендатор, както и сроковете за предизвестие по чл. 266e CO<sup>7</sup>.

От Античността насам, договорното право е развило механизми за управление на икономическите последици от рисковете извън отговорността на страните. Първоначално развитие е имало в областта на риска („*periculum*“) и на „*vis maior*“, свързана със събития, които често са непредвидими или непредвидени<sup>8</sup>, а след това постепенно се е развивал въпросът за *clausula rebus sic stantibus* и за непредвидимостта при всеки вид договор. Освен това, от няколко десетилетия швейцарското законодателство разви идеята за социално частно право, което се стреми да уреди някои от ситуацияите на неравнопоставеност при сключването на договори или на последващи промени в обстоятелствата. Следователно бихме могли да мислим, че договорното право е добре подготвено за разрешаване на проблеми, произтичащи от пандемия, като тази на COVID 19.

Въпреки това, уреждането с традиционни средства на проблемите на всеки договор поотделно може да има същия ефект върху правния свят, който пандемията имаше за здравеопазването: да взриви съществуващата система. Всъщност, натрупването на допълнителни процедури, които са много сходни, но в същото време различаващи се по нещо, би могло не само да доведе до отказ от правосъдие, но и до изпадането на повече предприятия в несъстоятелност, без бързо и общо разрешаване на споровете.

---

<sup>7</sup> Ordonnance от 27 март 2020 за смекчаване на действието на коронавируса спрямо наемните отношения (Ordonnance COVID-19 bail à loyer et bail à ferme), RS 221.213.4 (с действие до 31 май 2020).

<sup>8</sup> Тук ще споменем само известното определение за *vis maior* на Гай (II век сл. Хр.): D. 13.6.18 pr. (9 ad ed. prov.), което се отнася за смърт на роби, настъпила не по нечия вина или измама, нападение на бандити или врагове, на пирати, на корабкрушения, пожари; или още Гай D. 44.7.1.4 (2 lib. aur.), който споменава пожарите, срутването или корабкрушението; за развитието на понятието, вж. WOLFGANG E. *Wandlungen des <vis maior>. Begriffes in der Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft*. - In: *Index, Hommage à Peter Stein*, Naples, 1994, p. 293 ss.



С цел разрешаването на проблемите, породени от тази извънредна ситуация, предлагаме поредица от мерки, посочени общо като **извънредно договорно право**, които биха могли да се прилагат както по отношение търговските договори, така и спрямо договорите с потребители. Представените тук идеи не са относими към трудовото право, което се разглежда конкретно в друг труд<sup>9</sup>, имайки предвид, че се разглеждат сходни проблеми. Тази област все пак е по-широко обхваната от колективни мерки. Настоящата статия не разглежда международните договори, за които прибегването до алтернативни способи за решаване на спорове (международен арбитраж или медиация) трябва да предотврати експлозия на държавната съдебна система. Независимо от това, може да се почерпи вдъхновение от някои от идеите, разработени тук.

След като представим възможните проблеми по въпроса (Б.), ще предложим стандартизирани решения в тази връзка (В.) и начини за общо или групово приложение (Г.).

## **Б. Анализ на рисковете**

Кризата обхваща ситуация, чието *въздействие* върху съществуващите договори е съществено и променливо, в зависимост от вида на договора. Една пандемия, която води до налагането на държавни мерки за затваряне на магазини, на предприятия и на граници, създава значителни последици за изпълнението на задълженията за *голям брой действащи договори*.

Договорите с продължително изпълнение очевидно са най-засегнати. Така предприятията, магазините или самостоятелните търговци, които трябваше да затворят по решение на Федералния съвет<sup>10</sup>, престават да получават финансови приходи, но задължението им да плащат наем или аренда (за неземеделските дългосрочни наеми на ресторанти) продължава все още да съществува<sup>11</sup>. По същия

---

<sup>9</sup> Вж. ISABELLE W. *Das Arbeitsrecht in Pandemiezeiten*. – RDS, 2020, p. 157–179.

<sup>10</sup> Чл. 6, ал. 2 Ordonnance 2 COVID-19.

<sup>11</sup> Върху въпроса е имало дебати; вж. срещу идеята за право на опрощаване. PETER H. *Welche Fragen covid-19 im Mietrecht aufwirft und die Lösungsansätze*. – RSJ online 1 април 2020, вж. <<https://www.sjz.ch/fr/themen/recht-aktuell/welche-fragen-covid-19-im-mietrecht-aufwirftund-die-losungsansätze>>; в подкрепа на едно такова право, вж. мнението на ASLOCA:

начин е положението при клиентите на фитнес центрове, които са лишени от достъп до залата за тренировка, а са платили предварително абонамента си (за един или три месеца, или за една година), без да получат очакваната престация.

Определени договори с точно изпълнение, са също засегнати, разбира се. Всички културни или спортни събития бяха и ще продължават да бъдат отменени<sup>12</sup>, а подготвителните дейности по провеждането им често вече са били до голяма степен завършени. Засегнати са артистите, които очакват възнаграждение (или които са получили само част от хонорара си), инвестиралите в изложби, които са били отменени и не са получили очакваното от инвестицията или са разрешили предварително финансиране от организатора, без за момента да получат възстановяване на предварително платените суми<sup>13</sup>. По същия начин договорите за строителство често предвиждат много строги срокове за изпълнение на работата, обезпечени с неустойки, а също и цените на строителството (особено фиксираните) са изчислени, без да се вземат предвид трудностите при изпълнението и увеличаването на разходите за предоставяне на услугата.

По този начин установената договорна равнопоставеност се нарушава не само за всеки отделен договор, но и системно, поради кризата или пандемията, без която и да е от страните по договора да е отговорна за това. Следователно въпросът е как да се разпределят последиците от тези рискове между страните или върху някоя от тях.

Договорният подход по същество е **индивидуалистичен подход**. Страните и дори съдилищата първо ще се позоват на договорния режим, предвиден от страните. Клаузите за непреодолима сила и клаузите за затруднения за изпълнение (*hardship*) процъфтяват в международните договори от десетилетия<sup>14</sup>, като все

---

[https://www.asloca.ch/wp-content/uploads/2020/03/Avis-de-droit-loyers\\_locaux\\_commerciaux\\_ASLOCA-1.pdf](https://www.asloca.ch/wp-content/uploads/2020/03/Avis-de-droit-loyers_locaux_commerciaux_ASLOCA-1.pdf); и по-нюансираното мнение на Wilhelm Avocats: <https://www.wilhelm-avocats.ch/blog/bail-locaux-commerciaux-coronavirus/>.

<sup>12</sup> Чл. 6, ал. 1 Ordonnance 2 COVID-19.

<sup>13</sup> Можем да мислим например за положението на салона за изложение на часовници Baselworld, вж. VALÈRE G. Menacée par les horlogers suisses, Baselworld pourrait mourir, Le Temps от 7 април 2020.

<sup>14</sup> Вж. напр. моделите на Международната търговска камара „ICC Force majeure and hardship clauses“, изменени през март 2020: <https://iccwbo.org/publication/icc-force-majeure-andhardship-clauses/>; напр. MARCEL F., F. DE LY. *Droit des contrats internationaux: Analyse et rédaction des clauses*. 2e éd. Leiden 2004, p. 387 ss; MARCEL F., F. DE LY. *Drafting*

повече навлизат в обичайната практика на вътрешните договори и дори на договорите при общи условия.

Всяка от тези клаузи обаче е източник на допълнителни конфликти. Пандемията на COVID-19, както и последвалата масова криза, не се посочват изрично в клауза за непреодолима сила или клауза за трудности при изпълнението (hardship). Дори ако бъдещите модели на договори вероятно включат термина „пандемия“ в предложените нови клаузи, това няма да разреши настоящата трудност, нито би разрешило трудностите от последващ нов вид криза.

В международните договори клаузите за непреодолима сила, но често и клаузите за трудности при изпълнението, по принцип се основават на общо определение за непреодолима сила, придружено от поредица типични случаи, били те подчинени на режима на общото определение или фикционно признати за попадащи в неговия обхват<sup>15</sup>. Включването на тези типични клаузи в много договори, а също така и тяхното специфично приложение, повдига въпроса дали индивидуалистичната уредба на договора трябва да продължи да се прилага в положение на пандемия, която засяга цялата световна икономика. Трябва ли да преминем през точен анализ на всеки отделен договор или вместо това бихме могли да се позоваваме на по-общи принципи и широко прилагане на предложените решения? С други думи, договорното право трябва ли да отстъпи на глобализираното управление на проблемите, което би преминало отвъд договорните особености?

В исторически план юристите са се стремили да установят **договорна уредба**, която би могла да преодолее и включи непредвидимото и извънредното в договора. *Impossibilitas* на римското право<sup>16</sup> е намерила място във всички модерни

---

*International Contracts. An Analysis of Contract Clauses*. 2e éd. Leiden/Boston, 2009, p. 453–490 (за повече примери на клаузи за трудности при изпълнението); също за швейцарското право, вж. PICHONNAZ, P. *Impossibilité et exorbitance*. Th. Fribourg, Zurich, 1997, № 1330 ss.

<sup>15</sup> FONTAINE, DE LY, n. 14, p. 453 ss.

<sup>16</sup> Просто ще припомним D. 50.17.185 (Celsus): „*Impossibile nulla obligatio est*“, а за бърз преглед на невъзможността за изпълнение, вж. вместо всички FEENSTRA, R. *Impossibilitas and Clausula rebus sic stantibus. Some aspects of frustration of contract in continental legal history up to Grotius*. - In: Alan Watson (éd.). *Daube Noster. Essays in Legal History for David Daube*. Edimbourg/Londres, 1974, p. 77 ss. (réimp. in: *Fata Iuris Romani*, Leyde 1974, p. 364–391); PICHONNAZ, n. 14, n. 84 ss.

законодателства, под различна форма. Уредбата на *clausula rebus sic stantibus*, която предвижда за всяко съглашение имплицитно съдържаща се клауза, че то е действително само докато обстоятелствата останат такива, каквито са били, когато съглашението е било сключено<sup>17</sup>, е разработена през Средновековието<sup>18</sup> и е довършена с уредбата на непредвидимите обстоятелства<sup>19</sup>, прекомерност<sup>20</sup> (все още погрешно споменавана днес в Швейцария с израза *clausula rebus sic stantibus*), *excessiva onerosita* (чл. 1467 ИГК) или дори на *Wegfall der Geschäftsgrundlage*<sup>21</sup>, а дори и на трудности при изпълнението (*hardship*)<sup>22</sup>, в различните съвременни правни системи. Елементи на определен *lex mercatoria* и негови способности се намират и в Принципите на UNIDROIT относно международните търговски договори (чл. 7.1.7 и чл. 6.2.1 s. PICC)<sup>23</sup>.

Големият напредък в развитието на институтите е резултат от значими кризи, като тази от 20-те години, която води германските юристи до разработването на концепцията за *Wegfall der Geschäftsgrundlage*<sup>24</sup>, позволяваща да се разреши

<sup>17</sup> Изразът „*rebus sic se habentibus*“ се намира първо в Глосата *potest ad D. 12.4.8 (Quod servius)* (éd. Io Fehi, Lugduni, 1627, réimpr. Osnabrück 1965, но идеята трябва да се отнесе към Балд (1319/27–1400): „*Ex ista lege, nota regulam quod omnis promission intelligitur rebus sic se habentibus*“ (Baldus, *Opera omnis, In Digestum Novum Commentaria* [éd. Venise 1577], fol 38r ad D. 46.3.38); вж. също PICHONNAZ, P. *De la „clausula rebus sic stantibus“ au „hardship“*. *Aspects d'une évolution du rôle du juge*. - In: Annette Ruelle/Maxime Berlingin (éd.). *Le droit romain d'hier à aujourd'hui, Collationes et oblationes. Liber amicorum en l'honneur du professeur Gilbert Hanard*. Bruxelles, 2009, p. 149–172, en part. p. 161 ss.

<sup>18</sup> Вж. вместо всички FEENSTRA, n. 16, p. 364–391; PICHONNAZ, n. 17, p. 160 ss; RUMMEL, M. *Die Clausula rebus sic stantibus. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung [...]*. Baden-Baden, 1991, p. 23 ss.

<sup>19</sup> За френското право вж. новия чл. 1195 ФГК.

<sup>20</sup> PICHONNAZ, n. 14, n. 726 ss.

<sup>21</sup> Първо за основата на § 157 BGB, след това за правилата на добросъвестността в § 242 BGB; за историческата част вж. VOGENAUER, S. §§ 133,157 BGB. - In: Mathias Schmoekel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann (éd.). *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB. Vol. I: Allgemeiner Teil §§ 1-240*. Tübingen, 2003, n. 105, p. 640 s.

<sup>22</sup> В английското право трудностите при изпълнението не дават точно право на ревизиране на договора, но такъв е изразът, използван във френската версия на Принципите UNIDROIT, относими към договорите за международна търговия (PICC), чл. 6.2.1 s.

<sup>23</sup> За коментар вж. MCKENDRICK, E. *Art. 6.2.1–6.2.3 (hardship)*. - In: Stefan Vogenauer (éd.). *Commentary on the Unidroit Principles of International commercial Contracts (PICC)*. 2<sup>e</sup> éd. Oxford, 2015, p. 806–822; PICHONNAZ, P. *Art. 7.1.7 (force majeure)*. - In: Stefan Vogenauer (éd.). *Commentary on the Unidroit Principles of International commercial Contracts (PICC)*. 2<sup>e</sup> éd. Oxford, 2015, p. 864–880.

<sup>24</sup> *Wasserdampf-Urteil*, RGZ (du 21.9.1920 – III 143/20) 100, p. 129 ss, en part. p. 131 ss.

разпределението на договорните рискове в условията на рязка девалвация на валутата. Кризата в Суецкия канал от 1956 г. позволи да се приложи договорен подход спрямо понятията *hardship* или *impracticability*, като точна мярка срещу рисковете<sup>25</sup>.

Донякъде по един опростен начин, условията за прилагане на уредбата на невъзможността за изпълнение или прекомерност се основават на анализа за всеки отделен случай и по-специално на предвидимия или непредвидимия характер на събитието, на това дали престацията е все още възможна или не и, ако е така, с цената на какви усилия.

Съвременната икономика обаче се е променила от създаването на тези договорни модели. Договорите при общи условия се превърнаха в ежедневие за всеки потребител, но и за много бизнеси. Уредбата чрез общи условия измести редица индивидуално договаряни клаузи, поради глобализацията на търговските отношения. *Всеки договорен проблем вече не е индивидуален проблем*, а се превърна в общ проблем, в проблем на определена група, проблем на икономическите сектори. Например, за много голям брой договори за строителство в Швейцария въпросът за това какви са ефектите от пандемията на COVID-19 зависи от тълкуването на чл. 59 и чл. 61, разпоредба SIA-118, тъй като тази разпоредба е почти систематично включвана в строителните договори в Швейцария до такава степен, че за нея се пишат коментари, подобно на коментарите на закони<sup>26</sup>. По същия начин въпросът за съдбата на общите абонаменти за Швейцарските железници (CFF) или на абонаментите за намаление не може да бъде решен индивидуално. Впрочем, Швейцарските железници (CFF) едностранно са приложили определени решения<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Две примерни решения, *Tsakiroglou & Co Ltd v. Noblee & Thorl GmbH*, [1962] AC 93 (House of Lords, UK); *Transatlantic Financing Corp v. United States*, US Court of Appeals, DC Circ., 1966, 363 F.2d. 312 (отхвърлено, за да не се остави тежестта от обстоятелствата само върху едната страна); вж. също MCKENDRICK, E., n. 23, article 6.2.2, p. 814 s.

<sup>26</sup> GAUCH, P., H. STÖCKLI (éd.). *Kommentar zur SIA-Norm 118*. 2<sup>e</sup> éd. Zurich, 2017; HUSER, M.-T., H. RUDOLF SPIESS. *Norm SIA 118*. Berne, 2014.

<sup>27</sup> За решенията за връщане на платени абонаменти вж. <<https://www.sbb.ch/fr/abonnements-et-billets/abonnements/dedommagements-pandemie-coronavirus.html>>.

По същия начин въпросът за плащането на наеми на търговски обекти по време на затварянето, последвало от COVID-19, е свързан с всяка отделна ситуация, но който в крайна сметка се поставя при сходни условия за всички наемодатели и наематели.

## **В. Стандартизирано решение по същество**

Широката договорна стандартизация, съчетана с мащаба на безпрецедентното икономическо въздействие във всички части на страната (и разбира се отвъд нея) и във всички икономически области, изисква *стандартизирано решение на проблема*, в светлината на няколко основни принципа и *колективно или групово приложение* (вж. по-долу Г.). Това излагаме като теза и обясняваме по-нататък.

Тук не е мястото да се направи общ преглед на предпоставките и последиците от уредбата на невъзможността за изпълнение<sup>28</sup>, прекомерността („*calusula*“)<sup>29</sup> или дори прекратяването на договорите при справедливи основания<sup>30</sup>, които имат за предмет да отговорят на същите въпроси за разпределението на отговорността и преодоляването на непредвидено и/или непредвидимо събитие от извънреден или поне много важен характер. Според нас тези институти са приложими в настоящия случай, но не могат да преодолеят всички проблеми, предизвикани от последиците за системата. Ето защо предлагаме два специфични подхода, вдъхновени от определени уредби: (I.) задължение за съществено преговаряне, (II.) по-солидарни и групови решения.

### **I. Задължение за съществено преговаряне**

---

<sup>28</sup> За представяне и позоваване, вж. PICHONNAZ, n. 14, n. 188 ss; TERCIER, P., P. PICHONNAZ. *Le droit des obligations*. 6<sup>e</sup> éd. Zurich, 2019, n. 1579 ss; GAUCH, P., W. R. SCHLUEP, S. EMMENEGGER. *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil*. 10<sup>e</sup> éd. Zurich, 2014, n. 2531 ss.

<sup>29</sup> За представяне и договорно приложение вж. TERCIER, PICHONNAZ, n. 28, n. 1040 ss; GAUCH, SCHLUEP/SCHMID, n. 28, n. 1280 ss.

<sup>30</sup> VENTURI, M.-N., ZE, RUFFINEN. *La résiliation pour justes motifs des contrats de durée*. SJ 2008 II 1–37; IDEM. *La résiliation pour justes motifs des contrats de durée*. Th. Fribourg, Zurich, 2007, p. 339 ss.

Следвайки доктриналните изследвания от 80-те години на миналия век относно клаузите за предоговаряне и адаптиране на договорите<sup>31</sup>, Принципите на UNIDROIT, свързани с международните търговски договори (PICC), предлагат през 1994 г. правила, свързани с трудностите при изпълнение (*hardship*), тоест при „събития, които коренно променят равностойността на престациите“<sup>32</sup>. Първата предложена мярка е *задължението на страните да предоговарят клаузите на договора*, в съответствие с принципите за добросъвестност в търговските отношения (чл. 6.2.3, параграф 1 PICC)<sup>33</sup>.

По същия начин, дори в швейцарското право, трябва да се признае, че правилата за добросъвестността (чл. 2, ал. 1 CC) налагат на страните да търсят начин за *предоговаряне на съществуващите задължения в съответствие с добросъвестността*, преди съдията да може да се намеси в договора<sup>34</sup>.

По отношение *невъзможността за изпълнение* често не се изисква такова задължение за предоговаряне, тъй като в тясното определение за невъзможност няма какво да се предоговаря, понеже не може да се иска изпълнение на престацията, независимо от размера или изменението на насрещната престация<sup>35</sup>. От друга страна, по отношение договорите с продължително изпълнение, когато невъзможността е временна и трябва да се намери изход, напълно възможно е да си представим задължително предоговаряне, предвид особеностите на конкретния случай. Доктрината е насочена към прилагането на правилата на забавата<sup>36</sup> спрямо

---

<sup>31</sup> Вж. напр. BLÖCKSTIEGEL, K. H. *Hardship, Force Majeure and Special Risks Clauses in International Contracts*. - In: Norbert Horn (éd.). *Adaptation and renegotiation of contracts in international trade and finance*. Deventer/Anvers/Boston et al., 1985, p. 159 ss.

<sup>32</sup> Вж. чл. 6.2.2 in initio PICC.

<sup>33</sup> Вж. напр. 6: 111, ал. 2 PECL (Principes Lando), 2003; също. Principle 13(2) ELI Principles for the COVID-19 Crisis du European Law Institute (<[www.europeanlawinstitute.eu](http://www.europeanlawinstitute.eu)>).

<sup>34</sup> PICHONNAZ, P. *La modification des circonstances et l'adaptation du contrat*. - In: Pascal Pichonnaz, Franz Werro (éd.). *La pratique contractuelle 2*. Genève/Zurich/Bâle, 2011, p. 21 ss, en part. p. 37 ss.; TERCIER PICHONNAZ, n. 28, para. 1059.

<sup>35</sup> За това определение на невъзможността, вж. вече цитираното PICHONNAZ, n. 14, n. 397–406; също TERCIER, PICHONNAZ, n. 28, n. 1591.

<sup>36</sup> TERCIER, PICHONNAZ, n. 28, para. 1591; GAUCH, SCHLUEP, EMMENEGGER, n. 28, n. 2563; KOLLER, A. *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*. 4<sup>e</sup> éd. Berne, 2017, n. 54.189 ss.; PICHONNAZ, n. 14, n. 709, ss. et n. 1060 ss; в обратния смисъл ATF 44 II 519/526 (супендиране на изпълнението на договора до отпадане на невъзможността [in casu la

временната невъзможност за изпълнение или към приемането, че от един определен момент насетне това, което е временно, но чийто край не може да се предвиди, трябва да се счита за трайно и освобождава страните от задълженията им<sup>37</sup>. Следователно правилата на забавата не налагат непременно предоговаряне. При прилагане на системен подход обаче, дори в материята на забавата трябва да се налага задължение за предоговаряне, основано на чл. 2 ал. 1 СС, а следователно и на принципите за добросъвестност в търговските отношения.

В швейцарското право, както и в повечето правни системи, *bona fides* изисква страните да *разглеждат договорните си отношения от динамична гледна точка*. Това е причината, поради която IAN R. MACNEIL разработва идеята за *relational contract* спрямо договорите, чиято нормативна сила е резултат от развиващ се процес, а не спира развитието си при сключването на договора<sup>38</sup>.

В тази перспектива на страните трябва да бъде *наложено задължение за предоговаряне в случай на временна невъзможност*, преди възможността за прилагане на другите средства от уредбата на забавата.

Такова *задължение за предоговаряне* е съществувало в римското право в много специфични ситуации, но частично подобни на ситуацията по време на пандемията на COVID-19. Става дума например за ситуацията, при която арендатор не събере реколта или събере малка реколта поради суша. Тогава римските юристи смятат, че арендодателят трябва да върне цялата или част от арендата (*remissio mercedis*<sup>39</sup>). Механизмът се основава на добросъвестността и идеята арендаторът да обработва земята, за да плати арендата си. Връзката между тези два елемента оправдава разпределението на загубата между арендодателя и арендатора, като единият понася загубата на семена и реколта, а другият изцяло или част от

---

guerre] и дори шест месеца след подписването на мирния договор), както и други по-стари автори.

<sup>37</sup> PICHONNAZ, n. 14, n. 703; ATF 45 II 192; ATF 45 II 52, JdT 1919 I 362; ZR 78/1977, n. 85, p. 205.

<sup>38</sup> MACNEIL, I. R. *Relational Contract Theory: Challenges and Queries*. - In: Symposium in Honor of Ian R. MacNeil: Relational Contract Theory: Unanswered Questions, Northwestern University Law Review 94 (1999–2000), p. 877–908; TERCIER, PICHONNAZ, n. 28, n. 520.

<sup>39</sup> DU PLESSIS, P. *A History of Remissio Mercedis and Related Legal Institutions*. Rotterdam 2003; COLOGNESI, L. C. *Remissio mercedis, Una storia tra logiche di sistema e autorità della norma*. Naples, 2005; HARKE, J. D. *Locatio conductio, Kolonat, Pacht, Landpacht*. Berlin, 2005; ég. PICHONNAZ, P. Rec. Jan Dirk Harke. *Locatio conductio*. SZ RA 2008, p. 836 s.



арендата<sup>40</sup>. Особеността на римското решение е в това, че ако през следващите години арендаторът добие по-богата реколта (*uberitas*), той ще трябва да даде по-голяма част от нея на арендодателя, за да компенсира *remissio mercedis*, защото опрощаването на арендата не е дарение, а по-скоро спогодба<sup>41</sup>. Релационният аспект на този договор е очевиден, което кара някои римски юристи да се замислят дали не е вид договор за гражданско дружество<sup>42</sup>.

Римското решение на *remissio mercedis* обаче е ограничено до договора за аренда, в който арендодателят намалява или отлага *едностранно* арендата. Това задължение за намаляване на вредите е оправдано със задължението на арендодателя да предостави на арендатора земя, *годна да бъде обработвана*. Когато не е възможно събирането на реколта се налага намаляване на арендата в замяна.

*В съвременното право* обаче добросъвестността оправдава не прякото намаляване на наема, а *предоговаряне*, насочено към съгласуване на наема в съответствие с правилата на добросъвестността. По този начин, това, което би могло да се прилага за договора за аренда, сега трябва да се прилага и за обикновените договори за наем, както и за други срочни договори.

Призивите към солидарност водят някои предприятия до това да канят своите клиенти да приемат единствено удължаване на договор с дългосрочно изпълнение (например по отношение на договорите за ползване на фитнес) или да приемат ваучери, които могат да бъдат използвани по-късно, без допълнително предоговаряне. Апелирането за солидарност обаче означава апелиране към *релационен подход към договора* и до известна степен към добросъвестността в търговските отношения. Това обаче не трябва да оправдава налагането на едностранно решение, при което най-често само едната страна поема договорния

---

<sup>40</sup> PICHONNAZ, n. 39, p. 838 ss.

<sup>41</sup> Преди всичко D. 19.2.15.4 (Ulp., lib. 32 ad ed.): „[...] По същия начин, той отговаря за загубата на данъка. Но ако собственикът е опростил арендата, заради липса на реколта, използвайки думата за дарение; трябва да действаме по същия начин, както ако няма дарение, а спогодба [...]“.

<sup>42</sup> Гай в D. 19.2.25.6 споменава идеята за квазидоговор за гражданско дружество („quasi societatis iure“).

риск. Такъв е случаят с риска от последващ фалит на дружеството, което изисква приемане на ваучери или удължаване без предоговаряне на срока на договора.

Солидарността се отнася до идеята, спомената от Гай в средата на II век от н.е. като „квазидоговор за гражданско дружество“ за определяне на механизма на опрощаване на наема (*remissio mercedis*), при който се разпределят печалбите и загубите, съобразно добросъвестността спрямо срока на договора. Това е аспектът на *релационния договор*, който тук е напълно видим.

Това ни води към поставянето на *първи принцип*. Властите не могат да пренебрегват договорите. Те трябва да наложат задължение за предоговаряне между страните, обосновавайки това с изискването за добросъвестност в търговските отношения и с извънредната ситуация, засягаща правната система като цяло. Следователно трябва да надделее солидарен и релационен подход.

## II. По-солидарни и групови решения

Положението на пандемичните и икономическите рискове като цяло предполага по-солидарен подход към предложените решения. Задължението за предоговаряне със сигурност дава възможност да се направи първа стъпка в правилната посока, но това все още зависи до голяма степен от волята на отделните страни. Ще видим, че трябва да се планират определен брой други намеси, ако предоговаряне не се проведе. Първо обаче трябва да определим насоките, които да ръководят предоговарянето. След това бихме могли да обсъдим втори допълващ подход, основан на групово решение, което обаче трябва да позволи преодоляване на налагането на по-силната страна.

### 1. Важни насоки при предоговаряне

Както идеята за по-голяма договорна солидарност и следователно за поделение между страните по договора на икономическата тежест от риска от пандемия, така и идеята за динамични договорни отношения (*релационен договор*) трябва да водят до решения, които са едновременно справедливи и премислени в

дългосрочен аспект. Следователно е необходимо да се вземат предвид определен брой критерии, за да се намери решение на поставения проблем:

- *Алеаторния в известна степен характер на договора*. Някои договори са белязани повече от други от определен алеаторен аспект. Понякога много ниската цена е знак, че престацията не може непременно да бъде изпълнена с обичайните изисквания за качество или дори, че не може да бъде изпълнена въобще. Това трябва да се вземе предвид при предоговарянето.

- *Поделянето на рисковете, предвидено в договора*. Когато договорът предвижда разделяне на риска в определени ситуации, това несъмнено е силен показател за начина, по който да се уреди икономическата ситуация, свързана с пандемията.

- *Възможността за текуща отстъпка, свързана с потенциална бъдеща полза*. Подобно на римското решение за *remissio mercedis*, при което намаляването на арендата дава на арендодателя право на допълнителни суми в рамките на определен период, ако реколтата бъде богата, трябва да обмислим подобни дългосрочни решения. Разбира се, бъдещето е несигурно, още повече във времена на дълбока икономическа криза. Несправедливо би било например наемодателят да трябва да опрости целия наем на търговски помещения или част от него за определен период, но да не се предвиди, че ако в рамките например на три години икономическото състояние на наемателя се подобри значително, опростените наеми да бъдат платени с допълнително определени лихви (напр. 2,5%, т.е. половината на лихвата за забава). Определянето на лимита, от който цялото или част от опростеното трябва да бъде върнато, зависи до голяма степен от вида на разглежданата дейност.

Предоговарянето следователно трябва да бъде мотивирано от солидарен и дългосрочен подход, който със сигурност предполага отчитане на осъществяването на риска от двете страни по договора, но в динамична или „релационна“ перспектива.

## **2. Риск от налагане на договорно по-силната страна**

За да се осигури справедливо решение при предоговарянето, е необходимо да се осуети възможността за налагане на договорно по-силната страна, какъвто е случаят при сключването на договорите. Всъщност злоупотребата с властова позиция е поведение, противоречащо на правилата на добросъвестността в търговските отношения по смисъла на чл. 2, ал. 1 СС.

Можем да си представим различни хипотези в този период на пандемия. Едната страна е получила наемната цена за периода, когато търговските обекти са затворени и следователно може лесно да се противопостави срещу искането за предоговаряне. Страна е получила авансови суми за престация, която не може да бъде изпълнена (например самолетни превозвачи или фитнес центрове). Страна може да упражни натиск за получаване на пълно плащане на сумите, които ѝ се дължат по договор, защото потребителите или малките и средни предприятия са отделни и изолирани един от друг субекти, имащи обаче един и същ силен договорен партньор. По-силната страна може да се изкуши да пренебрегне съществуващите механизми за справяне дори и с най-непредсказуемите ситуации. Преди всичко тази страна може да се противопостави на положителното и солидарно предоговаряне. Какво трябва да се направи? Бихме могли да предвидим възможното прибегване до „*медиатор COVID-19*“, който би могъл да съдейства. Освен това предлагаме и други процедурни мерки (виж по-долу точка Г.).

### **3. Обосноваване на намесата на Конфедерацията в договорните отношения**

За да се осигури функционирането на обобщени и договорени решения, са необходими *две основни предпоставки*: (1) прилагането на задължителни правила, наложени на всички и (2) преговори, ръководени не само от страните, но и от представителни (общни) групи на заинтересованите страни – това е процедурният аспект, който ще разгледаме в следващата точка (вж. по-долу точка Г.).

*В областта на потребителските договори* законодателят вече се е намесил с множество задължителни правила. Това секторно, дори поинтилистично право е пълно с празнини и остава ограничено само до потребителите. Въпреки

това, то има конституционна основа, възникнала след движенията, появили се в Европа през 70-те години<sup>43</sup>. Така през 1981 г. конституционният законодател приема чл. 31а ФККШ<sup>44</sup>, сега чл. 97 ФККШ след цялостната ревизия на Конституцията през 1999 г.

Член 97 ал. 1 ФККШ установява принципа, че "Конфедерацията предприема мерки за защита на потребителите". Целта на конституционната разпоредба е да осигури правилното функциониране на пазарната икономика, чрез защита на икономическите интереси на потребителите<sup>45</sup>, чрез увеличаване на прозрачността на пазара, но и чрез насърчаване възможността на потребителите за договаряне или чрез предвиждане на мерки за балансиране на липсата на преговори, по-специално чрез режима на защита срещу неравноправни клаузи (член 8 Закон срещу нелоялната конкуренция)<sup>46</sup>. Тази защита на икономическите интереси на потребителите се прилага очевидно не само когато икономиката се развива добре. Тя се прилага още повече, когато натискът върху дружествата е по-голям и следователно рисковете от злоупотреба са по-големи.

За да се гарантира спазването на конституционните изисквания на чл. 97, ал. 1 ФККШ, Федералният съвет и възможно най-скоро законодателят трябва да въведат задължителни правила за *налагане на задължение за предоговаряне на потребителските договори* и, ще се върнем към това отново, да наложат групови предоговаряния.

---

<sup>43</sup> Декларация на срещата на върха в Париж от 19 до 21 октомври 1972, Bulletin des communautés européennes, октомври 1972, № 10, p. 15–16; Резолюция на Съвета от 14 април 1975 за първата програма за защита на потребителите и политиката за информираност, JOCE 1975 C 92, 25.04.1975, p. 1; COMMISSION EUROPÉENNE, Nouvelle impulsion pour la politique de protection des consommateurs, 23 юли 1985, COM (85) 314 final.

<sup>44</sup> За произхода на тази конституционна разпоредба вж. PICHONNAZ, P. Art. 97, Cst. n. 2 ss. - In: Vincent Martenet, Jacques Dubey (éd.). *Commentaire romand de la Constitution fédérale*. Bâle, 2020 (под печат); AUBERT, J.-F. Art. 97, Cst. n. 1. - In: Jean-François Aubert, Pascal Mahon (éd.). *Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*. Zurich/Bâle/Genève; KOLLER-TUMLER, M. *Einführung in die Grundlagen des privatrechtlichen Konsumentenschutzes*. - In: Ernst A. Kramer (éd.). *Konsumentenschutz im Privatrecht*. TDP X, Bâle, 2008, p. 34 ss; UHLMANN, F. Art. 97, Cst n. 2. - In: Bernhard Waldmann, Eva Maria Belser, Astrid Epiney (éd.). *Schweizerische Bundesverfassung (BV)*. Basler Kommentar. Bâle, 2015.

<sup>45</sup> KOLLER-TUMLER, n. 44, p. 35.

<sup>46</sup> PICHONNAZ, n. 44; Чл. 97 ККШ, n. 19.

Ситуацията обаче не е по-различна при *договорите на множество малки и средни предприятия*. Член 97, ал. 1 ФККШ не е предназначен директно за тях, но чл. 95 и чл. 96 ФККШ, които имат за цел да осигурят функционирането на пазара, включително като дават възможност за борба срещу вредните социални и икономически последици от картелите, са насочени към осигуряването на определена справедливост на пазара. Освен това, чл. 97, ал. 1 ФККШ има за цел да осигури функционирането на пазара чрез защита на структурно по-слабите страни (или поради липса на правомощия за водене на преговори, или поради липса на информация) и конституционният принцип може да бъде *разширен до всяка мярка, способна да насърчи солидарен подход за разрешаване на договорни проблеми* за всеки вид договор в период на криза поради пандемията.

До известна степен това е искал да направи и Федералният съвет като предвиди удължаване на сроковете за плащане и срокове за предизвестие в случай на неплащане на наеми (чл. 257г, ал. 1 и 282, ал. 1 СО)<sup>47</sup>. От друга страна, като отказва да заеме позиция по въпроса за плащането на търговски наеми по време на мерките, наложени с Ordonnance 2 COVID-19 от 20 март 2020 г., Федералният съвет не е поставил необходимата основа, за да избегне злоупотребата с доминиращо положение в договорните отношения или за насърчаване на динамични решения за преговори, които тепърва предстои да представим.

#### **4. Няколко минимално необходими задължителни мерки**

Императивните мерки, които трябва да се предприемат, за да се гарантира по-голяма договорна солидарност, могат да бъдат приложени чрез *задължение за предоговаряне* и *задължение за търсене на добросъвестни спогодителни решения*, в съответствие с принципите, изложени по-горе. След това законодателят може да планира санкционирането на отказа от преговори или балансираните спогодби, пряко препращайки към определени мерки. В частност, от държавата може да се изисква да допринесе за компенсация на загубите, претърпени от наематели, титуляри по договори на отделно основание от малки и средни

---

<sup>47</sup> Вж. по-горе бел. 7.

предприятия, затворени поради мерки, свързани с COVID-19<sup>48</sup>. Такова обезщетение, според нас, може да бъде условно поставено в зависимост от сключването на спогодба<sup>49</sup>.

По този начин *удължаването на финансовата подкрепа или защитата срещу несъстоятелност* (например „отсрочка COVID-19“) е *реалистично само ако се предоставя срещу* съгласувано спогодително решение за текущите договори, основано на горепосочените принципи (вж. по-горе т. II.1).

Очевидно е необходимо да се санкционира поведението на страната, която е по-силна и която би се противопоставила на преговорите. Това обаче не винаги е възможно чрез точни мерки за санкциониране. Това „*извънредно договорно право*“ трябва да се основава на грижа за справедливостта и икономическата защита на всички страни по договора, което предполага колективно приложение.

#### **Г. Групово или колективно приложение**

Извънредното договорно право трябва все пак да се извлече от точни и индивидуални решения. Аспектът на договорната солидарност изисква по-системен подход, тъй като на практика всички договори в нашата икономика са засегнати по един или друг начин. Договорните правила първо са замислени чрез двустранен и индивидуален подход. Икономическите последици от настоящата пандемия трябва

---

<sup>48</sup> Вж. мнението, според което правото при необходимост по смисъла на чл. 185, ал. 3 ККШ не изключва задължението за обезщетение от държавата, вж. PAUL RICHLI, цитиран от Lorenz Honegger, Jurist fordert: Bund soll Teil der Geschäftsmieten wegen Lockdown bezahlen, Luzerner Zeitung du 18 avril 2020, <<https://www.luzernerzeitung.ch/schweiz/jurist-fordert-bund-soll-teil-der-mieten-bezahlen-ld.1213596>>.

<sup>49</sup> Споразумение в кантон Женева вече е факт от 6 април 2020, позволявайки на микропредприятията да получат половината от наема за месец април от държавата, а другата половина да се опрости от наемодателя, вж. <<https://www.ge.ch/document/protocole-accord-uspi-geneve-cgiasloca-geneve-dde>>; вж. също съглашението от 17 април 2020 в кантон Во, което, според проекта на Ordonnance от 17 април 2020, чл. 3, предвижда: „Когато наемодателят опрости половината от наема, дължим от наемателя, последният и държавата поемат задължение всеки за половината от оставащата сума. Не се предоставя помощ, ако опростената от наемодателя част е по-малко от 50%. Помощта на държавата е ограничена до 2500 швейцарски франка за наем“, вж. <<https://www.vd.ch/toutes-lesactualites/communiqués-de-presse/detail/communiqué/letat-debloque-une-aide-a-fonds-perdu-ahauteur-de-20-millions-pour-soulager-la-charge-locative-des/>>.

да бъдат по-глобални, ако искаме да избегнем драматично задръстване на съдилищата. Не можем да разрешим глобален или колективен проблем чрез точен подход, договор по договор.

Следователно нашето предложение е *да се даде приоритет на груповите решения*, а не на индивидуалните решения. В действителност, от процедурна гледна точка, поинтилистичният подход рискува да бъде тежест за съдилищата, ако те искат да разрешат всички проблеми, свързани с предизвикателствата, произтичащи от мерките срещу COVID-19. По същия начин, по който притокът на пациенти в болниците рискува да блокира болничната система, притокът на дела пред съдилищата може да блокира системата, имайки предвид делата, които вече се разглеждат (и много от тях са отложени по време на пандемията), което да стане синоним на отказ от правосъдие.

Следователно зависи от юристите да предлагат решения в по-голям мащаб, за да се избегне задръстването на системата, ако повечето спорове не могат да бъдат уредени с различни средства. Вече споменахме съдържанието на възможните преговори (вж. т. С.II.1), ето още няколко предложения за това как да се *ръководят процедурно* предложенията, направени по същество.

## I. Договорено колективно решение

За да се осигури ефективно и справедливо провеждане на разрешаването на трудностите, трябва да се предвиди **режим на колективно договаряне**. Разбира се, колективното договаряне не изключва страните да намерят индивидуални решения на проблема си чрез индивидуално договаряне. Въпреки това балансът между страните по договора може да бъде по-добре гарантиран при наличието на колективно договаряне.

Подобно на преговорите за колективен трудов договор, трябва да се обмисли режим, който гарантира, че *страните по засегнатите договори спазват приетите групови споразумения*. По този начин Парламентът и правителството трябва да приемат уредба, правеща *относително задължителни*



*споразуменията*, сключени между сдруженията, представляващи интересите на различните страни. Страните по договора винаги могат да се споразумеят за различно решение, стига то да е свободно сключено и балансирано, но всяка страна би могла да настоява да се приложи - в краен случай чрез опростена съдебна процедура (чл. 243 и сл. ШГПК) – групово договореното решение и спрямо техния договор.

Колективното договаряне би могло да бъде вдъхновено отчасти от предложенията за предварителния проект за изменение на Гражданския процесуален кодекс. Този проект предвижда дял 11 „Групова спогодба“, който определя различни принципи в чл. 352а до чл. 352к Предварителен проект за изменение на ГПК<sup>50</sup>. Тези предложения не бяха възприети от Федералния съвет в проекта за изменение на ГПК. Те обаче бяха в правилната посока<sup>51</sup>.

За да се избегнат паралелни или повтарящи се преговори за едни и същи договори или за един и същи вид договори, в Държавния секретариат по икономически въпроси (SECO) трябва да бъде обявено „*колективно договаряне COVID-19*“, което дори би могло да осигури за тази цел *медиатор COVID-19*. SECO може да даде съгласието си или да го откаже, вземайки предвид следните критерии:

1. *Относителното представителство на организациите*, заинтересовани от договарянето на споразумение, е основен елемент. Не е сигурно, че договорените решения трябва да бъдат еднакви за цяла Швейцария, но преговорите, доколкото е възможно, трябва да се ръководят от организации с национално значение. Може да се мисли за Алианса на потребителските организации (създаден през юни 2010 г.), обединяващ Fédération romande des consommateurs (FRC), Schweizerische Konsumentenstiftung (SKS) и Associazione Consumatrici e Consumatori della Svizzera italiana (ACSI) или Швейцарското

---

<sup>50</sup> Вж. обяснителния доклад за изменението на Гражданския процесуален кодекс (Подобряване на практиката и приложението) на Федералния съвет от 2 март 2018: <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/aenderung-zpo/vn-ber-f.pdf>>; текстът на предварителния проект от 2 март 2018 на Гражданския процесуален кодекс (СРС) (Подобряване на практиката и приложението): <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/aenderung-zpo/vorentw-f.pdf>>.

<sup>51</sup> Вж. становището от 7 юни 2018 на Федералната комисия по потреблението: <https://www.konsum.admin.ch/bfk/fr/home.html>.

дружество на инженерите и архитектите (SIA), Economiesuisse, GastroSuisse и други.

**2. Обхват на приложение на споразумението.** Едно споразумение следва да се прилага за цялата област на договорна дейност, например за цялата област на договорите за ползване на фитнес услуги или на договорите за строителство, чиито суми са в определен диапазон или за всички притежатели на абонаментни карти за Швейцарските железници. Не би било необходимо в закон *a priori* да се определят критериите за обхвата на приложение. Чрез централизиране на информацията на едно място, вероятно при Държавния секретариат по икономически въпроси (SECO), и тази база данни би могла да определи минималния обхват на споразуменията въз основа на своя опит и исканията, които получава.

**3. Съдържанието на споразумението** трябва да отразява определена схематизация, като същевременно се гарантира диференцирането на отделните ситуации. Както бе отбелязано по-горе, принципът на решение, което отчита настоящите отстъпки в полза на възможни бъдещи ползи, трябва да се вземе предвид. Идеалното със сигурност би било да се привлекат специалисти в съответните области, като самостоятелни експерти, извикани на масата за преговори.

**4. Комуникация и публичност на окончателното споразумение.** Идеята е, разбира се, страните да намерят балансирано споразумение, договорено добросъвестно, което може лесно да бъде приложено от съдилищата в опростена процедура (чл. 243 и сл. ГПК). Следователно е необходимо да се осигури публичност на постигнатите споразумения. Това би могло да бъде направено чрез неформални средства, но и чрез официално съобщение до SECO. Окончателното споразумение трябва да бъде подадено от поне една страна в рамките на три дни след постигането на споразумението. Това би избегнало пораждането на множество процедури за договаряне и би гарантирало, че в Швейцария има единна база данни.

Впоследствие *страните по договора могат да се позоват на резултата от сключената колективна сделка*, без да прибегват до съдебен или административен орган. В действителност, в случай на спор относно прилагането

на това споразумение, страните могат да сезират съдия, по опростена съдебна процедура. Тогава съдията би могъл (а) да установи дали въпросният договор е обхванат от груповата спогодба и (б), при искане на страна, да издаде решение, прилагайки принципите на спогодбата към конкретния договор.

## II. Решение за относително задължително прилагане

Замяната на индивидуалните преговори с групови може да не отговори на всички изисквания на пазара, имайки предвид частичното приложение на груповото споразумение. Следователно в определени области трябва да предвидим процедура, подобна на тази за разширяване на колективните трудови договори спрямо цял клон, правейки резултатите от груповите преговори задължителни.

Федералният съвет например отказа да вземе решение за съдбата на наемите, дължими по време на периода на принудително затваряне на по-голямата част от търговските обекти. Някои кантони обаче поеха водещата роля<sup>52</sup>. С оглед *извънредното договорно право* и по-специално, за да се предотврати заливането със сходни иски на съдилищата, на които са подсъдни делата за наемни правоотношения, трябва да се предвиди Федералният съвет да *разшири валидността на груповата спогодба, сключена между представителите на групите* или, при липса на такава спогодба, да наложи *правило COVID-19, приложимо навсякъде*, без възможност за свободно договорена между страните дерогация. Чрез разширяване на споразумението, постигнато между страните, Федералният съвет ще даде възможност за подкрепа на групов подход, като същевременно ще окаже натиск върху страните за намиране на най-адекватното решение чрез консултации.

Това правомощие на правителството да разширява резултатите от преговорите за спогодби трябва да бъде *ограничено до разглеждане на въпроси, свързани с последствията от COVID-19*. Така бихме могли да говорим за извънредно договорно право, ограничено във времето и в конкретната ситуация на

---

<sup>52</sup> Вж. по-горе бел. 49.

пандемия, което едновременно засяга всички икономически сектори, но по различен начин.

Освен това, за да се избегне предявяването на искове за спиране на давностните и преклузивните срокове, е необходимо да се предвиди чл. 134а СО, който спира давностните и преклузивните срокове, които изтичат до края на юни 2020 г., за период от 15 март 2020 г. до 15 юли 2020 г. (4 месеца) – период, който обхваща времето на спиране на производството и добавя малко време след крайния срок<sup>53</sup>.

### III. Заключение

Мерките, предприети от Федералния съвет за борба с последиците от пандемията COVID-19, са повлияли на изпълнението на голям брой договори в Швейцария. По този начин съществува значителен риск разпределението на икономическите последици между страните по договора да доведе до фатално претоварване на швейцарската съдебна система. Всъщност, към съществуващите производства, които са отложени, ще бъдат добавени и тези, свързани с последиците от COVID-19. По този начин рискът от блокиране на системата за съдебно разрешаване на спорове, ще доведе до отказ от правосъдие или до несправедлив фалит.

Нашата теза следователно е, че за системно икономическо въздействие на пандемията трябва да предложим системно решение за разрешаване на възникналите проблеми с разпределението на договорния риск. Това налага да се обобщи предвиденото от страните или от обикновените диспозитивни правила, за да се създаде *извънредно договорно право*, което дава възможност за уреждане по

---

<sup>53</sup> За повече детайли вж. нашето предложение при консултациите по повод изменението на Закона за плащането на дълговете и фалита и чл. 725а СО, вж.. <<https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/aktuell/coronavirus.html>>: „Член 134а СО [Извънредно спиране на давностните срокове] Всички давностни срокове, които не са изтекли до 15 март 2020, но които изтичат до 30 юни 2020 включително, се спират от 15 март 2020 до 15 юли 2020. Спирането на сроковете по алинея първа се прилага също за всеки преклузивен срок – законов или договорен.“

специфичен начин на икономическите последици на пандемията COVID-19 върху договорите.

Нашето предложение е да се въведат следните мерки:

1. Да се задължат страните да предоговорят сключения между тях договор. Като се вземе предвид по-релационният подход към договора, следва да се наложи задължително предоговаряне, за да се разпределят по равно между страните икономическите последици от мерките, претърпени в резултат на COVID-19. По този начин ние предложихме определен брой принципи, които могат да ръководят страните (вж. т. В.II.1).

2. Да се вземат мерки за предотвратяване налагането на по-силната по договора страна. За да се предотврати дадена силна страна да злоупотребява със своето положение по време на преговори или да се противопостави на всяко предоговаряне, е важно да се предвиди режим на косвени санкции, когато това е възможно. Предоставянето, например, на допълнителна парична помощ трябва да зависи от желанието на страната бенефициер да действа солидарно в своите договорни отношения.

3. *Да се предложи система за групови преговори с относително задължителни резултати.* Често индивидуалното решение може да не доведе до задоволителен резултат от системна гледна точка, било поради силната позиция на една от страните, било поради множество подобни договорни отношения. Тогава системата от групови и секторни преговори би позволила да се разрешат в голям мащаб сериозни правни проблеми. Бихме могли да мислим за осигуряването на *медиатор COVID-19*, който да улеснява спогодбите.

Получените спогодбени решения биха били *относително задължителни*, в смисъл, че страните трябва да имат възможността да намерят сами и други решения. Страните обаче трябва да могат да се позоват на резултатите от груповите преговори и да поискат тяхното прилагане, ако това е необходимо, чрез опростена съдебна процедура.

В същото време трябва да се гарантира, че давностните и преклузивните срокове, които изтичат по време на мерките (в случая до 30 юни 2020 г.), се спират

по извънреден начин между 15 март и 15 юли 2020 г. чрез въвеждането на нов чл. 134а СО.

**4. Да се позволи разширяването на задължителния характер.** Накрая, както колективните трудови договори, на Федералния съвет трябва да бъде предоставено правомощието да разшири задължителния обхват на групови сделки до цял сектор, стига те да се отнасят до разрешаването на спорове по COVID-19, надлежно обявени на SECO.

Най-накрая можем да се надяваме, че този по-солидарен и отчасти по-колективен подход към определена част от договорното право може да вдъхнови ново отношение за в бъдеще, извън тези извънредни ситуации.

# КОНСЕНСУАЛНОСТТА НА РЕАЛНИЯ РИМСКИ MUTUUM. КОНТИНУИТЕТ И ДИСКОНТИНИУИТЕТ В УРЕДБАТА НА ДОГОВОРА ЗА ЗАЕМ ЗА ПОТРЕБЛЕНИЕ МЕЖДУ РИМСКОТО ПРАВО, ИТАЛИЯ И КИТАЙ\* (НА БЪЛГАРСКИ ЕЗИК)

**Проф. д-р Антонио Сакочо**

Университет „La Sapienza“, Рим, Италия

**Резюме:** Римските юристи винаги включват *mutuum* сред реалните договори. Това е в резултат на прогресивното усъвършенстване, започнало още с 'раждането' на римския *mutuum* сред категорията на 're obligari'. С напредването и съзряването на задълбочената правна мисъл в римската юриспруденция древното re obligari е включено в по-новото понятие за 'contrahere re', в което ролята на съгласието е значително по-важна. Така сред становищата на юристите се поражда разнобой, а именно между съгласието и предаването на парите/вещите (*traditio*). Римските юристи от една страна защитават уверено конструкцията на *mutuum* като истински реален договор, а от друга създават догматични модели, приложими към *mutuum*, в светлината на които предаването на вещите (*traditio*) не е вече необходима предпоставка за създаването на правните последици (обвързващи волята на страните) на заема.

**Ключови думи:** римско право; римски *mutuum*; консенсуални договори; реални договори.

---

\* Статията със заглавие „La consensualità del mutuo reale. Continuità e discontinuità nella disciplina del contratto di mutuo tra diritto romano, Italia e Cina“ е публикувана в *Revue Internationale des droits de l'antiquité (RIDA)*, 65, 2018, p. 341-468 и е предоставена за превод и издаване на български език с изричното съгласие на автора и на издателя. В статията латинският термин *mutuum* е преведен в съответствие с авторовата концепция като паричен заем, като са използвани и синонимите кредит и заем за потребление (като родово понятие за този вид реален договор) (б.ред.).

CONSENSUALITY OF REAL LOAN. CONTINUITY AND  
DISCONTINUITY IN THE DISCIPLINE OF THE LOAN  
CONTRACT BETWEEN ROMAN LAW, ITALY AND CHINA  
(BULGARIAN LANGUAGE)

**Prof. Antonio Saccoccio, PhD**  
Sapienza University of Rome, Italy

**Abstract:** Roman jurists had always included the loan contract among the real contracts. This is the result of a progressive refinement process started with the 'birth' of the loan within the category of the 're obligari'. Through a riper consideration developed among the jurists, the old 're obligari' has been included in a more recent notion of 'contrahere re', where the role of the consent is definitely more relevant. A tension between the elements of the consent and delivery has been kept within the view of Roman jurists on this contract: Roman jurists had, on the one hand, vigorously defended the view of the loan as a real contract, on the other hand, had elaborated dogmatic models of loan contracts for which the delivery (traditio) was not anymore necessary for the production of the (obligatory) effects of the loan contract.

**Keywords:** Roman law; Roman mutuum; loan contract; real contracts; consensual contracts.



## 1. Римско право

### 1.1. Между догма и система: римският *mutuum* и 're (*obligationem*) *contrahere*' в Дигестите на Юстиниан

Римският *mutuum*, както е известно, е договор, посредством който един субект, наречен заемодател, прехвърля правото на собственост на определено количество пари или други потребими вещи на друг субект, наречен заемател, който се задължава да върне на падежа, не същите вещи, а '*tantundem eiusdem generis et qualitatis*<sup>1</sup>.

От догматична гледна точка договорът е включен от римляните в по-широката (и дълго съществуваща във времето) категория на реалните договори (*re contrahere*), която вижда пораждането на задължението по силата на вещта (*res*), която трябва да бъде дадена от кредитора на длъжника или най-малкото се намира *sine causa retinendi* в патримониума на длъжника и която представлява същевременно самото правно основание за задължението, което се поражда, но също така и неговата мярка. Следователно самото задължение, породено по силата на предаването на една вещ, не може да бъде по-голямо от стойността на самата предадена вещ (*res*), така че длъжникът трябва да върне същата по вид и стойност на предадена му вещ (или най-много нейния еквивалент), нито повече, нито по-малко<sup>2</sup>. Това е така, тъй като в момента, в който окончателно се

---

<sup>1</sup> D. 12.1.2.1 (*Paul., 27 ad ed.*): '*Mutui datio consistit in his rebus quae pondere numero mensura consistunt; quoniam eorum datione possumus in creditum ire...; appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit; et ideo si non fiat tuum, non nascitur obligatio*' („Даването на заем се прилага за тези вещи, които се мерят, теглят или броят, от момента, в който можем да установим едно вземане (кредит) <от *mutuum*> с даването...; нарича се също така даване на заем това, което от мое става твое, и именно за това, ако не стане твое, не се поражда задължение“: срв. S. SCHIPANI [ed.]. *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Digesti e Pandette dell' imperatore Giustiniano*. Testo e traduzione, III, 12–19. Milano, 2007, ad h.l.). Що се отнася до доктрината, в тази статия е достатъчна препратката към TALAMANCA, M. *Istituzioni di diritto romano*. Milano, 1990, p. 541.

<sup>2</sup> Вж. Ulp. 26 ad ed. D. 12.1.11.1: '*Si tibi dedero decem sic, ut novem debeas, Proculus ait, et recte, non amplius te ipso iure debere quam novem. Sed si dedero, ut undecim debeas, putat Proculus amplius quam decem condici non posse*' („Прокул правилно твърди, че ако аз ти дам десет, така че после ти ми дадеш 9, ти *ipso iure*, не трябва да дадеш повече от 9. Но ако аз ти дам десет, така че ти трябва да ми дадеш единадесет, Прокул счита, че не може да се упражни искът за получаването на повече от 10“: cf. SCHIPANI, *op. cit.*, n. 1, ad h.l.).

консолидира структурата на преторския едикт (III–II век пр.Хр.), титулът XVII (*De rebus creditis*) включва рубрики и за *mutuum*, и за фактически състави, които са по някакъв начин свързани с темата на „давам нещо, за да го получа обратно“ (бихме могли да говорим в много общ смисъл за операции, свързани с кредитиране), т.е. рубрики на тема заем за послужване, залог и прихващания, имащи определена структура, която древната *re obligari* ни помага да схванем. Противоположното „*nova negotia*“, базирани на добросъвестността и на признаването на различната роля на съгласието, са събрани в друг титул на едикта, а именно в XIX<sup>3</sup>.

Отражение на това схващане от своя страна е структурата на книга XII от Дигестите, където се намират събрани заедно някои фактически състави или правоотношения, според една приемственост, която нашата логика на модерни юристи ни затруднява да разберем, но които се обясняват добре, ако се поставят около централното място на идеята за обвързващото предаване на вещта/вещите. След римския *mutuum* (D. 12.1), следват така наречените извъндоговорни кондикции (D. 12.4: '*condictio causa data causa non secuta*'; D. 12.5: искът за реално изпълнение; D. 12.6 '*condictio indebiti*'; D. 12.7 '*condictio sine causa*'), които имат помежду си като общ само елемента на даването на вещите като техен източник, но не обща догматична структура<sup>4</sup>. Обратното: консенсуалните договори са разгледани в една систематично по-отдалечена и различна част от компилацията: чак след цели две книги (XIV и XV), посветени на адиектните искове и книга XVI, в която се намира практически изолиран от всички други договори влогът, който в така

---

Освен това, както се казва при римския заем за послужване самото даване на парите или на вещите съставлява целия договор, римляните не възприемат, че може да се върне повече от това, което е получено, и затова лихвите (очевидно имам предвид конвенционалните лихви или компенсаторните) трябва да бъдат обект на специален договор, т.нар. *stipulatio usurarum*.

<sup>3</sup> Вж. *Übersicht des Edikts* in LENEL, O. *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*. Leipzig, 1973 (rist. Aalen, 1985).

<sup>4</sup> *Condictio furtiva*; тази *ex lege* и *triticiaria* (D. 13.1–3) представляват според мен първообраза на тази система на *condictio*, така както *actio de eo quod certo loco* (D. 13.4) и *actio de pecunia constituta* (D. 13.5); кохерентен с това и със структурата на едикта се оказва фактът, че веднага след това, отново в книга XIII на Дигестите, откриваме и титулите, посветени на заема за послужване (D. 13.6) и на залога (D. 13.7). Относно тези проблематики съм се спрял в предговора на китайския превод на титул XII от Дигестите (学说汇纂 [第十二卷: 请求返还之诉 = *Digesta* [liber XII: De conditionibus]), Pechino, 2012 и се надявам да се върна на този въпрос в една статия, която ще публикувам скоро.

реконструираната логика не е лесно да бъде ситуиран някъде другаде, като D. 17.1 и 2 са посветени съответно на мандата и на дружеството. Докато наемът се намира в D. 19.2, другите титули на книги XVIII и XIX са изцяло посветени на покупко-продажбата.

Едва след формирането на структурата на едикта, да кажем с появата на „позитивното“ изграждане на договорите, която води началото си, като се започне от Квинт Муций Сцевола (I век пр.Хр.)<sup>5</sup>, започва да се развива тази артикулация, която е добре известна на съвременната догматика, и която вижда в римския *mutuum* съвместното съществуване на два елемента, а именно на предаването на вещите и на съгласието. Това в частност е догматичната реконструкция, която днес е широко доминираща, що се отнася до заема за потребление, но най-вероятно не съответства на неясните модалитети, с които институтът е бил организиран при самата си поява.

## 1.2. Между догма и система: *mutuum* в римската „система“ на реалните договори (продължение)

Гореспоменатият преход позволява на Гай в Институциите си да включи римския *mutuum* сред реалните договори<sup>6</sup>: както е известно при създаването на категорията, той назовава само *mutuum* и едва по-късно, разработвайки темата за *solutio indebiti*, уточнява, че тя, тъй като съставлява *obligatio re contracta*, не включва крайните проявления на своя *genus*, понеже липсва намерението да се задължи: всъщност с появата си с предаването на вещите и при задължението за връщането

---

<sup>5</sup> Вж. най-вече Pomp., 4 ad Q. Muc. D. 46.3.80; по този въпрос вж. GROSSO, G. *Il sistema romano dei contratti*. Torino, 1983, p. 106–109; GALLO, F. *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano*. I. Torino, 1992, p. 23–56.

<sup>6</sup> IGai. 3.89: *‘Et prius videamus de his [obligationibus] quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu.’* Не ми убягва фактът, че тук юристът говори за *‘obligationes quae re contrahuntur’*, но по мое мнение важната операция е, че той го прави с точно определената цел да се опита да преекспонира на догматично ниво „новата“ категория на договора спрямо „старата“ на *re obligari*, което ни позволява в тази статия да говорим за „реални контракти“: вж. по въпроса SACCOCCIO, A. *Si certum petetur. Dalla conditio dei veteres alle condictiones giustinianee*. Milano, 2002, p. 471–510.

на недължимото, страните нямат намерението да се обвързват, а по-скоро да прекратят една връзка<sup>7</sup>. По-нататък в същия труд поради липса на връзки, породени от срещата на категориите на договора и на реалното предаване (*re obligari*), юристът от времето на Антонините не назовава други реални договори и преминава директно към разглеждането на вербалните контракти<sup>8</sup>.

Същият Гай в *Res cottidianae*, труд, от който различни фрагменти са запазени в Юстиниановата компилация и за който не изглежда правилно да се колебаем дали е написан от Гай, предлага същото систематично място на римския *mutuum*, дори и близо до него да стоят заемът за послужване, залогът и влогът, според едно разделение, което на съвременния юрист му изглежда много по-близко спрямо структурата на Едикта и едва след това - на Дигестите<sup>9</sup>.

Същото това включване на римския *mutuum* сред реалните договори може да се види и в Институциите на Юстиниан (I. 3.14. pr.-1)<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> IG. 3.91: '*Is quoque qui non debitum accepit ab eo qui per errorem solvit, re obligatur.... Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere.*'

<sup>8</sup> IG. 3.92: '*Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione...*'

<sup>9</sup> Срв. D. 44.7.1.3–6 (*Gai., 2 res cott.*). Фактът, че тук юристът включва в изброяването и заема за послужване, влога и залога не изглежда, че създава валиден аргумент за проблематичните концептуални конструкции. По-новата романистична доктрина (вж. напр. WUNNER, S.E. *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht*. Köln/Graz, 1964, p. 42), за дълго време твърди, че Гай в своите Институции следва едно предполагаемо 'обективно' понятие за договор в светлината, на което не съществуват реални контракти, различни от римския *mutuum*, докато допълненията в запазения в Дигестите текст, се дължат на „застраващата“ намеса на компилаторите, най-вече, а не „осъвременяване“ от страна на самия Гай. Аз мисля по-скоро, че „реалността“ на плащането на недължимото (добавено към римския *mutuum* в цялостта на понятието *re obligari*, което гледа основно към обвързващия елемент) създава за Гай още един нерешен догматичен проблем, който сам по себе си може да дестабилизира цялата категория от договори, която е създадена от юриста (т.е. договорното *re obligari*), върху която юристът в своите Институции предпочита да не задълбочава своя дискурс, ограничавайки се до изброяване на фактическите състави изцяло, примерно и очевидно се спира на момента, в който се пораждаат споменатите догматично-концептуални проблеми: вж. SACCOCCIO, *op. cit.*, n. 6, p. 483–489. Във всеки случай според мен е методологически неправилно да се твърди, че обстоятелството, че Гай в Институциите си не посочва някои реални договори, които авторът на *Res cottidiane* назовава вж. MASCHI, C.A. *Tutela. Fedecommissi. Contratti reali (omissioni nel manoscritto Veronese delle Istituzioni di Gaio)*. – In: *Studi in onore di E. Volterra IV*, Milano, 1970, p. 698–720.

<sup>10</sup> Относно тук разглежданата проблематика не е необходимо да се спираме на различната стойност на класическото *re obligari* спрямо структурата на реалните договори, създадена от Юстиниан. Този въпрос не е особено задълбочено изследван в романистиката, както е известно (вж. по въпроса GROSSO, *op. cit.*, n. 5).

### 1.3. Мотивацията за едно подобно изследване

Реалният характер на римския *mutuum* представлява години наред недосегаем крайъгълен камък на романистичната доктрина<sup>11</sup>. Видна е приемствеността на тази постановка, която се състои в това, че откриваме същото систематичното положение на изследвания от нас договор във всички европейски граждански кодекси от изминалите два века с изключение на швейцарския *Obligationenrecht* (OR), който дори отменя категорията на реалните договори<sup>12</sup>. Швейцарският избор да се квалифицира заемът за потребление като консенсуален договор е последван впоследствие и от различни европейски и латиноамерикански законодателства: достатъчно е тук да споменем Федералния граждански кодекс на Мексико от 1927 г. или този на Перу от 1984 г., или на Куба 1987 г., или дори най-новия Граждански кодекс на Аржентина от 2015 г., докато в Европа в тази насока се

---

<sup>11</sup> За пример вж. KASER, M. *Das römische Privatrecht. I. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*. München, 1971, p. 530; TALAMANCA, *op. cit.*, n. 1, p. 539–540; сред специалните трудове вж. най-вече (и без претенции за изчерпателност) VIARD, P.E. *La „mutui datio“*. *Contribution à l'histoire du fondement des obligations à Rome*. Paris, 1939; LONGO P. C. *Corso di diritto romano. Il mutuo*. Milano, 1947; STANOJEVIC, O. *La „mutui datio“ du droit romain* – In: *Labeo*, 15, 1969, p. 311–326; SERRAO, F. *Sulla „mutui datio“ da parte del servo comune (Contributo alla dottrina romana del mutuo)*. – In: *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento III*. Napoli, 1953, p. 51–87; MICHEL, J.H. *Le prêt de consommation en droit romain*. – In: *Travaux et Conférences, Université Libre de Bruxelles*, II. Bruxelles, 1963, p. 37–49; SALAZAR REVUELTA, M. *La gratuidad del „mutuum“ en el derecho romano*. Jaén, 1999. В един по-близък до нас времеви период съмнения по този проблем е изразил най-вече GIUFFRÉ, V. *Mutuo (storia)*. – *ED*, 27, 1977, p. 442–444; Id. *La „datio mutui“*. *Prospettive romane e moderne*. Napoli, 1989, p. 25–40; някои профили на консенсуалност на римския *mutuum*, които обаче не задраскват неговия реален характер, са разработени в SACCOCCIO, A. *Mutuo reale, accordo di mutuo e promessa di mutuo*. – In: FIORI, R. (ed.). *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*. IV. Napoli, 2011, p. 345–418. По-общо относно ползата от категорията на реалните контракти вж.. MASCHI, C.A. *La categoria dei contratti reali*. *Corso di diritto romano*. Milano, 1973, за критика по този въпрос вж. BIONDI, B. *Contratto e stipulatio*. Milano, 1953, p. 231–233. TALAMANCA, *op. cit.*, n. 1, p. 540 („в съвременното право...категорията на реалния контракт няма повече практически смисъл да съществува“).

<sup>12</sup> За „амбивалентната“ позиция на ALR на Прусия от 1794 г., както и за Френско-италианския проект за облигационен кодекс от 1927 г., които уреждат както реалния заем за потребление, така и консенсуалния, за повече подробности вж. SACCOCCIO, A. *L'eredità del 'sistema' romano dei contratti reali: tra diritto italiano e diritto cinese*. – *BIDR*, 110, 2016, p. 103–170.

е задвижила реформата на облигационното право в Германия от 2002 г. Обратното, някои съвременни кодификатори избират да запазят категорията на реалните контракти и да поставят вътре в нея заема за потребление: най-очевидните примери на тази тенденция са Бразилският граждански кодекс от 2003 г. и Китайският закон за договорите, който ще изследваме впоследствие<sup>13</sup>.

Струва ми се интересно да отбележим два специфични фактора за съвременния период: от една страна устойчивостта на реалния характер на заема за потребление в някои съвременни правопорядъци, въпреки множеството доктринерни и юриспруденциални становища, (а в някои случаи и законодателни) в противоположния смисъл. От друга страна е налице систематичният модел, възприет в Китайския закон за договорите от 1999 г., който допуска едновременно и реална и консенсуална структура за заема за потребление. Тези два факта се възприемат като сходни спрямо конструкцията, която води началото си пряко от римското право. Именно изборът на китайския законодател да санкционира на законодателно ниво съществуването на категорията на реалните договори и да постави сред тях заема за потребление, въпреки определени условности, които ще разгледаме, ми се струва, че оправдава страниците, които възнамерявам да посветя на тази тематика.

#### **1.4. Римският *mutuum*: произход**

##### **1.4.1. Проблеми за произхода**

Преди всичко е добре да уточним, че за римското антично общество заемът се явява „необходимост за социалния живот за цяла една класа граждани“. Без да се акцентира върху това, се смята, че „*mutuum* води началото си от най-ранния период от развитието на римското право<sup>14</sup>“: всъщност без да имаме за цел да

---

<sup>13</sup> Дори най-новата реформа, която претърпява Френският граждански кодекс не изглежда да е променила това положение.

<sup>14</sup> Вж. PEROZZI, S. *Istituzioni di diritto romano*. II. Milano, 1982, p. 251, n. 3, който твърди, че именно за това римският *mutuum* няма история: в същата логика може да се прочете и твърдението на LONGO, *op. cit.*, n. 11, p. 6, според когото „по-скоро развитието на римската договорна система най-общо налага това римският *mutuum* да има някаква история“. По въпроса вж. и по-долу бел. 15 и 16.

надценен мита за автархията на архаичното римско общество<sup>15</sup>, трябва да се признае, че за една пастирско-земеделска общност, която е в определена степен „затворена“, какъвто безспорно е Рим в периода VIII–VII век пр.Хр., заемът за потребление на зърно или на дребни стоки, а също и на малки суми пари трябва да е бил опорната точка, около която се движи цялата икономическа система, дори и до нас да не са достигнали никакви следи за това<sup>16</sup>.

Римските юристи от по-късната епоха признават на базата на идеята да „дадеш нещо на заем на някого“ ценности като *fides*, *fiducia*, *amicitia*, т.е. едно основателно очакване, че този, на когото съм дал на заем, ще ми върне толкова, колкото съм му дал<sup>17</sup>: става въпрос за ценности, които се откриват на базата на римския *mutuum* от този период. Така се заражда неформалният *mutuum*<sup>18</sup>, т.е. заемът за потребление, при който *accipiens* получава правото на собственост върху вещите, които са му предоставени, задължавайки се в същото време да върне на

---

<sup>15</sup>Така вж. и VEYNE, P. *Mito e realtà dell'autarchia a Roma*. – In: *La società romana*, trad. it. Di C. De Nonno, Roma/Bari, 1990, p. 136–156. Отразява факта, че първият договор между Рим и Картаген от 509/508 г. пр.Хр. свидетелства, че в тази епоха икономиката на Рим е затворена в тесните граници на областта Лациум, вж. по този въпрос L. CAPOGROSSI COLOGNESI. In margine al primo trattato tra Roma e Cartagine. – In: *Studi in onore di E. Volterra*. V. Milano, 1971, p. 174–177.

<sup>16</sup> Проследяването на практиката на паричния заем може да се аргументира както с нормите на Закона на XII таблици по отношение на *nexum* (XII Tab., 6.1), така и с това, че самите Дванадесет таблици предвиждат санкции в случая на надвишаването на лимита *fenus unciarum* (XII Tab., 8.18a): и двете норми разкриват, че през V век пр.Хр. римляните стигат до това да има наличие на комплицирани заеми на потребими вещи, ограничавайки на законодателно ниво максималния размер на лихвите по тези заеми, стъпвайки на една много по-древна практика. Вж. GIUFFRÉ, V. *Istituzioni di diritto romano Corso*. Napoli, 2001, p. 190, който счита, че римският *mutuum* е договорната фигура, която има най-голямо значение за социално-икономическия живот на Древен Рим (вж. също така в абсолютно противоположния смисъл същия GIUFFRÉ, *op. cit.*, n. 11, p. 25: „атавистичният навик на автархията на фамилната група или на парафамилната такава водят до това, че заемът е изключително рядък“).

<sup>17</sup> Улпиан (III век сл.Хр.) твърди, че още преди век юристът Целз, при писането на увода на рубриката от преторския едикт, наречена *Res creditae*, в която е разгледан римският *mutuum* твърди (Ulp. 26 ad ed. D. 12.1.1.1), че: ‘...omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituimus, complectitur; nam, ut libro primo quaestionum Celsus ait, credendi generalis appellatio est’ („той обхваща всички договори, при които връщаме обратно нещо, дадено ни на доверие, както твърди Целз в книга първа на своите Въпроси, изразът ‘давам нещо, което да ми бъде върнато’ има една обща стойност“: cf. SCHIPANI, *op. cit.*, n. 1, ad h.l.); MASCHI, *op. cit.*, n. 11, p. 257–274.

<sup>18</sup> За тази терминология вж. например TALAMANCA, *op. cit.*, n. 1, p. 543.

падежа, както е уговорено, вещи от същото количество и качество<sup>19</sup>. На тази плоскост се поставя *datio*, а именно предоставянето на родово определени потребими вещи или пари, които са използвани от получателя им и трябва да бъдат възстановени в същото количество: такова предаване по някакъв начин, както посочихме в началото, представлява самото то целия договор<sup>20</sup>. Превесът на реалния елемент е толкова ясен пред погледите на римските юристи, че самите те създават за думата '*mutuum*' етимология (*mutuo* от '*ex meo tuum fiat*')<sup>21</sup>, която въпреки че е несъмнено фалшива от научна гледна точка<sup>22</sup> (въсъщност *mutuum*, както твърди ерудираният Варон<sup>23</sup>, произлиза от гръцката дума „*moiton*“, която съдържа идеята за движението, т.е. придвижването на парите от единия към другия

<sup>19</sup> Вж. IJ. 3.14. pr.: 'Mutui autem obligatio in his rebus consistit, quae pondere numero mensurave constant, veluti vino oleo frumento pecunia numerata aere argento auro. Quas res aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eadem res, sed aliae eiusdem naturae et qualitatis reddantur.' Оставям настрана паричните заеми, които се сключват между лица, които принадлежат към различни социални класи, които със сигурност са обременяващи и най-вероятно се сключват във формата на самозалагането на длъжника спрямо кредитора както *nexum*: по въпроса има скорошна библиография в CARDILLI, R. *Plebiscita e leges antiusura. Leges fenebres, ius civile ed indebitamento della plebe. A proposito di Tac., Ann. 6. 16. 1–2.* – In: *Diritto@Storia*, 8, 2007. Възможно е, но слабо вероятно, поради авторитетното мнение на BEHRENDTS, O. *Der Zwölftafelprozess. Zur Geschichte des römischen Obligationenrechts.* Göttingen, 1974, p. 34 ss. и Id. *Das nexum in Manzipationsrecht oder die Ungeschichtlichkeit des Libraldarlehens.* – In: *RIDA*, 3, 1974, p. 137–184, паричните заеми в този най-древен период да са обхванати изключително от правната схема на *sponsio*.

<sup>20</sup> SERRAO, I.c., n. 11, p. 66–79; както е известно направлението на изследванията на Serrao по-скоро води началото си от (вж. най-вече VIARD, *op. cit.*, n. 11), и се подхранва от тази 'обективна' постановка на договора (Perezzi; Albertario; есс.), която за дълго време има определено разпространение в романистичните изследвания.

<sup>21</sup> Вж. IG. 3.90 (с малки незначителни вариации в I. 3.13. pr.): 'Unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me tibi datum est, ex meo tuum fit.'

<sup>22</sup> „Фалшива“; „псевдо-etimологическа“; „фантастична“ са само някои от дефинициите, които доктрината запазва за нея: точни цитати вж. в BRAMANTE, M.V. *Il mutuum nell'esperienza giuridica romana. Linee di studio, profili interpretativi e prassi. Tesi di dottorato*, a.a. 2007–2008, p. 9. За една хипотеза относно начина фалшивата етимология да бъде лингвистично разтълкувана вж. обаче CANNATA, C.A. *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo*. II. Torino, 2008, p. 52, n. 11. Добре е да се припомни все пак, че самото название „*mutuum*“ е доста често срещано в римските източници, където се открива по-често и *mutui datio*, точно, за да посочи централното място в договора на предоставянето на вещите: вж. VIARD, *op. cit.*, n. 11; GIUFFRÉ, *op. cit.*, n. 11.

<sup>23</sup> Varro, *De ling. lat.* 5.179: 'Si datum quod reddatur, *mutuum*, quod Siculi *μοῖτον*. Itaque scribit Sophron *μοῖτον ἀντὶ μο<ίτου>*. Et munus, quod mutuo animo qui sunt dant officii causa'; sul passo si sofferma BRAMANTE, *op. cit.*, n. 22, p. 12 ss.



субект), представя добре централното място на елемента на предаването на парите.

#### 1.4.2. Безвъзмездността: задължителна последица или съзнателен избор?

По всяка вероятност заемателят по *mutuum* в забава е санкциониран в началото чрез *actio sacramenti in personam*<sup>24</sup>, и после, когато се поражда и този иск с *legis actio per condictionem*, която представлява архетипа на формуларната *condictio*, иск по стриктното право, насочен към връщането само на това, което е дадено. Следователно *mutuum* е за римляните естествено безвъзмезден договор, като за да има лихви е необходимо да се свърже към него един друг договор, а именно *stipulatio usurarum*, която има за обект изключително и само лихвите (*usurae*)<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Ясно по въпроса се изглежда свидетелството на IGai. 4.20, в което юристът препраща към *l.a. sacramenti*, но също така и към *iudicis postulatio*. Някои немскоговорящи учени твърдят, че първата санкция за липсващото връщане на дадените на заем потребими вещи е от типа на тази за кражбата, като по този начин заемателят, който е в забава, се уподобява на крадеца: вж. по този въпрос KASER, M. *Das altrömische Jus. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*. Göttingen, 1949, p. 286–287 и после Id., *op. cit.*, n. 11, p. 170 e 531; SCHWARZ, F. *Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht*. Münster/Köln, 1952, p. 279–281; VON LÜBTOW, U. *Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischen und geltendem Recht*. Berlin, 1952, p. 120–125. Тази теза ми се струва слабо убедителна (добре е да се припомни, че заемателят придобива правото на собственост на вещите, които са му предоставени в заем за потребление и въпреки че TALAMANCA, *op. cit.*, n. 1, p. 543, приема, че кражбата има общ характер в догматичната конструкция на кражбата в периода на Закона на дванадесетте таблици, не е лесно да си представим кражбата на собствената ни вещь), защото не се обяснява в кой момент и защо се преминава от една санкция от извъндоговорен тип до такава от договорен такъв. По въпроса вж. GIUFFRÉ, *op. cit.*, n. 11, p. 34.

<sup>25</sup> Вж. по въпроса MICHEL, J. *Gratuité en droit romain. Études d'histoire et d'ethnologie juridique*. Bruxelles, 1963, p. 103–127, и най-вече MASCHI, C.A. *La gratuità del mutuo reale classico*. – In: *Studi in onore di Balladore Pallieri*, Milano, 1973, p. 289–299. Лихвеният римски *mutuum* може би намира приложение още в най-древния период, когато причините на съвместното социално съжителство водят до изоставянето на солидарността, която позволява раждането и формирането на структурата на този договор в най-древната римска общност. Всъщност естествената и присъща на римския *mutuum* безвъзмездност е напълно дерогирана, най-вече в края на класическия период, дори и чрез прибягването към *stipulatio usurarum*: вж. напр., Nov. 135, cap. IV.

Добре е да се уточни, че безвъзмездността на *mutuum*, дори и да е свързана с технически и процедурни причини, е в тясна връзка и с други, и дори по-солидни мотиви от етичен характер. Законът на XII таблици санкционира тежко *foenerator*, както припомня Катон<sup>26</sup>, който е считан два пъти за крадец, тъй като е наказван с плащането в четирикратен размер, което представлява най-тежката санкция, предвидена от римската правна уредба, равна само на наказанието на крадеца, хванат на местопрестъплението *fur manifestus* и двойна на тази, налагана на *fur nec manifestus*<sup>27</sup>. Приемането между IV и III век пр.Хр. на закон, за който ни дава сведения самият Гай, който наказва с *manus iniectio feneratores*, потвърждава тази перспектива<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Катон е определен като „asperior in faenore coercendo“ от Liv., 32, 27, историкът разказва за случката на изгонването на лихварите (*faeneratores*) от Сардиния по нареждане на самия Катон, през 198 г. пр.Хр., в качеството му на провинциален управител на острова: вж. STELZENBERGER В. *Kapitalmanagement und Kapitaltransfer im Westen des römischen Reiches*. Rahden, 2008, p. 108–132; не е възможно обаче да се скрие, че самият Катон практикува този лихвен заем, който по принцип заклеймява: вж. SHATZMAN, I. *Senatorial Wealth and Roman Politics*. Bruxelles, 1975, p. 75.

<sup>27</sup> Вж. CATO. *De re rust.*, praef.: ‘Maiores in legibus posierunt furem dupli condemnari, feneratorem quadrupli’; cf. anche Tac., Ann. 6.16: ‘Nam primo XII Tabulis sanctum, ne quis unciario fenore amplius exerceret.’ В тази статия не ни интересува особено много датировката на тази мярка (за една различна датировка, която свързва ограничението само с lex Duilia Menenia de unciario faenore от 357 г. пр. Хр., вж. Liv. 7.16.1: за бързо разглеждане на въпроса вж. като първа опция, CAPONE, P. *Unciaria lex*. Napoli, 2012, p. 25–27; а като втора SOLIDORO, L. *Tassi usurari e giurisdizione*. – In: *Diritto@Storia*, 8, 2007, § 3), дотолкова, доколкото фактът на моралния укор за лихвите от страна на Катон посочва определено „отдалечаване на римската концепция от съвременната“: вж. CARDILLI, I. с., n. 19, § 3. Въпреки това много крайни ми изглеждат по въпроса становищата на MICHEL, *op. cit.*, n. 25, p. 103–127, и най-вече на MASCHI, *op. cit.*, n. 11, p. 290, но вж. също така и NICOSIA, G. относно изявлението на U. SANTARELLI. – In: MARONE, M. (ed.). *Imprenditorialità; e diritto nell'esperienza storica*. Erice 22–25 novembre 1988, Palermo, 1992, p. 96–97, които не оценяват адекватно моралната перспектива, потвърждавайки, че римският *mutuum* е безвъзмезден само поради технически причини.

<sup>28</sup> Cf. IG. 4.23: ‘sed aliae leges ex quibusdam causis constituerunt quasdam actiones per manus iniectioem, sed puram, id est non pro iudicato: veluti... lex Marcia adversus faeneratores, ut si usuras exegissent, de his reddendis per manus iniectioem cum eis ageretur.’ La datazione della legge è estremamente incerta: si oscilla tra il 352 e il 196 a.C.: lett. in SALOMONE, A. *Iudicati velut obligatio*. *Storia di un dovere giuridico*. Napoli, 2007, p. 94, n. 80. Полемика срещу лихвите четем и у Плавт (*Plaut., Curc. 507*), който обвинява лихвите, че ще съсипят човешкия род [*lacerare homines*]: вж. SOLIDORO, I. с., n. 27, § 8, докато още Плиний Стари Plinio в I век сл. Хр. определя лихвения заем като първото начало на алчността (*prima origo avaritiae*) вж. Plin., Nat. hist. 33.48.

## 1.5. *Mutuum* в римското право (следва): хетерогенеза на функциите

### 1.5.1. Експанзията на Рим в Средиземноморието

При римския *mutuum* съществува истинска хетерогенеза на функциите, чиято повратна точка е през III век пр.Хр.

В периода, който продължава от края на Царския период до първите векове на Републиката цялото богатство на Рим е съсредоточено предимно в ръцете на ограничен брой от фамилии, които инвестират на практика цялото си състояние в земеделска земя, която благодарение на икономиката, изцяло обусловена от робския труд, предлага продукция, изключително за собствена консумация като оставя на втори план възможността да се реализират печалби<sup>29</sup>. Поради тази причина заемите в по-голямата си част през този период са насочени към осигуряването на издръжката при трудности и собствената консумация<sup>30</sup>. От своя страна задлъжнялостта на по-бедните класи е сериозен социален проблем и предопределя множество конфликти, широко засвидетелствани в източниците<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Става въпрос за широко известни въпроси и относно които съществува една *communis opinio*: ограничавам се да препратя тук към LO CASCIO, E. *La proprietà della terra, i percettori dei prodotti e della rendita*. – In: G. FORNI – A. MARCONI (ed.). *Storia dell'agricoltura italiana*. I. L'età antica, 2, L'età romana. Firenze, 2002, p. 259–313 (in Id. *Crescita e declino. Studi di storia dell'economia romana*. Roma, 2009, p. 19–70), който датира на II–I пр. Хр. преминаването от производството за собствена консумация до създаването на фермата, ориентирана към пазара и т.нар. робска вила.

<sup>30</sup> SALVIOLI, G. *Il capitalismo antico (Storia dell'economia romana)*. Bari, 1929, p. 14–17; HEICHELHEIM, F. *An Ancient Economic History from the Paleolithic age to the migrations of the Germanic, Slavic, and Arabic Nations*. III. Leyden, 1970, p. 119; LEVY, PH. *L'economia antica*. Napoli, 1984, p. 67. Що се отнася до най-древния период от развитието на Рим, процъфтява занаятчийството и строителството, които от своя страна подсилват необходимостта от търговски обмен (за които е достатъчно да препратя тук към De MARTINO, F. *Storia economica di Roma antica*. I. Firenze, 1979, p. 9–11) трудно е да се съгласим със SOLIDORO, I. s., n. 27, § 1, че подобни процеси намират своята основа в парите, взети на заем. Във всеки случай земеделско-пасторалната класа (аристокрация), чиято позиция е утвърдена от децемвириалното законодателство, се премества решително напред в развитието си към III век пр. Хр. с появата на сечената монета, разпространението на практиката на заемите за инвестиция (вж. по-горе 1.5.2).

<sup>31</sup> Тук имат значение историческите сведения от Тит Ливий и Дионисий Халикарнаски, вж. за нуждите специално PEPPE, L. *Studi sull'esecuzione personale*. I. *Debiti e debitori nei primi due secoli della repubblica romana*. Milano, 1981, p. 40–84. con lett.

Със създаването на една истинска „средиземноморска империя“<sup>32</sup>, чийто начала могат да се търсят още с победите на римляните над Картаген (265–241 и 218–202 г. пр. Хр.), Рим се отваря за оборот и търговски отношения, които преди това в рамките на един затворен град, посветен на земеделие и скотовъдство, са многократно по-ограничени. Става въпрос за една епоха, в която в държавата има изобилие от роби, стоки, изключително интензивни стават търговските отношения и бизнесът, дори и отвъдморската търговия, процъфтява предприемачеството и търговският капитал непрекъснато се увеличава. От този момент Вечният град става „международният търговски център“<sup>33</sup>. Зараждат се и се развиват нови форми на богатство, които са алтернативни спрямо обикновеното експлоатиране на земята с цел физическо оцеляване<sup>34</sup>, търговците и предприемачите съставляват класата, която е финансово по-усъвършенствана и прибягват рядко до използването на пари в брой, можейки да разчитат на финансови инструменти, които са по-напреднали, които ограничават необходимостта да се използват парите<sup>35</sup>.

### 1.5.2. Заем за потребление и заем за инвестиция

В периода след събитията, разгледани по-горе функцията на договора за заем (*mutuum*) в Рим се променя радикално. Предприятията имат нужда от все по-големи капитали така, че прибягването до кредита става естествен източник на тяхното финансиране. В случая трябва да се подкрепи виждането за наличието на важната функция и на ‘инвестиционния кредит’ в античните общества<sup>36</sup>,

---

<sup>32</sup> За терминологията вж. CARLÀ, F. – A. MARCONE. *Economia e finanza a Roma*. Bologna, 2011, p. 141.

<sup>33</sup> DI PORTO, A. *Impresa collettiva e schiavo ‘manager’ in Roma antica (II sec. a.C. – II sec. d.C.)*. Milano, 1984, p. 32.

<sup>34</sup> Вж. De MARTINO, F., *op. cit.*, n. 30, p. 62–64, p. 125–140; TOYNBEE, J. A. *Hannibal’s Legacy, cito dalla trad. it. L’eredità di Annibale, II, Roma e il Mediterraneo dopo Annibale*. Torino, 1983, p. 418; DI PORTO, *op. cit.*, n. 33, p. 31–60.

<sup>35</sup> Вж. D.B. HOLLANDER. The demand for Money in the Late Roman Republic, in W.V. HARRIS (ed.), *The Monetary Systems of the Greeks and Romans*. Oxford, 2008.

<sup>36</sup> Срв. ANDREAU, J. *Les financiers romains entre la ville et la campagne*. – In: *L’Origine de la richesses dépensées dans la ville antique. Actes du Colloque organisé à Aix en Provence, les 11 et 12 mai 1984*. Aix en Provence, 1985 (in ANDREAU, J. *Patrimoines échanges et prêts d’argent: l’économie romaine*. Roma, 1997, p. 85–98); LO CASCIO, E. Introduzione, in Id. (ed.), *Credito e moneta nel mondo romano. Atti degli incontri capresi di storia dell’economia antica*

потвърждавайки, че „културата на взимането на заем е напълно разпространена сред управляващата римска класа и кредитната система е широко използвана“<sup>37</sup>.

Със сигурност продължава своето съществуване и т.нар. „бедняшки заем“, т.е. този, който икономически най-слабите продължават да взимат за своето съществуване: при този тип търговски операции, *mutuum* продължава да обслужва проблеми, отнасящи се до живота, до физическото оцеляване и плащането на неотложни нужди, които винаги не водят до печалба.

Но около тази типология заеми се присъединява бързо и една друга, свързана с новия импулс, който римската икономика получава вследствие на споменатата военна експанзия и от съответния търговски възход. Към обикновените „давачи на заем пари“, които предоставят свои собствени средства, се добавят и професионални банкери, които получават депозити и отпускат заеми по модела на съвременните кредитни институции: първите се ограничават да прехвърлят собствената си възможност да придобиват/купуват блага на трети лица. Докато банкерите създават една нова покупателна способност, чиито отражения ще бъдат видими най-вече в периода, който следва непосредствено след разглеждания тук<sup>38</sup>.

*Mutuum*, подобно на други „търговски институти“ от римската античност, пресиран от практическите нужди, е насочен към „изпълнението на все по-важни и

---

(Capri, 12–14 ottobre 2000). Bari, 2003, p. 5–15; TCHERNIA, A. *Les Romains et le commerce*. Naples, 2011, p. 48, p. 175; PLEKET, H. W. *Urban Elites and Business in the Greek part of the Roman Empire*. – In: GARNSEY, P. – K. HOPKINS – C.R. WHITTAKER. *Trade in Ancient Economy*. Berkeley/Los Angeles, 1983, p. 138; VON REDEN, S. *Money in Classical Antiquity*. New York, 2010, p. 92–124. Поради това абсолютно неприемливи и по мое мнение плод на една методологична концепция, която не споделям, са твърденията, които четем в GIOMARO, A. M. – P. MOROSINI, s.v. *Mutuo nel diritto romano, medioevale e moderno*. – In: *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, 11, 1994, 4, p. 586, според които римският *mutuum* не е друго освен доброволното даване на нещо от хора с възможности на такива, които имат нужда.

<sup>37</sup> Вж. CARLA – MARCONE, *op. cit.*, n. 32, p. 136; sul punto. cf. anche ROLLINGER, C. *Solvendi sunt nummi. Die Schuldenkultur der späten römischen Republik im Spiegel der Schriften Ciceros*. Berlin, 2009, p. 11–62.

<sup>38</sup> За икономически анализ на разпространението на кредита от края на Републиката до първите векове на Принципата, но с източници в тук разглеждания период, вж. TEMIN, P. *Intermediation in the Early Roman Empire*. – In: *Journal of Economic History*, 64, 2004, p. 705–733.

често срещани функции<sup>39</sup>. Освен обикновения паричен заем за потребление, новата функция на *mutuum*, насочена към инвестицията, бързо окуражава разпространението на все по-сложни търговски операции, като кредитното посредничество<sup>40</sup>, прехвърлянето на вземанията, заемите на градовете<sup>41</sup> или по-сложните дейности на *argentarii* или на *coactores argentarii*, които предвиждат за сметка на своите клиенти цените на *auctiones publiche*, а и на частните търгове, и изпълняват също така и други сложни търговски операции<sup>42</sup>.

*Mutuum*, признат като договор *iuris gentium* и като такъв отворен също така и към чужденците (*peregrini*), процъфтява и играе важна роля в системата на римското частно право. Римските предприятия събират заедно необходимите капитали за осъществяването на своята дейност, прибегвайки до заема и чрез създаването на банки или кредитни институции. Последните използват специални инструменти (обратни писма, парични трансфери, форми на застраховане на капитала и т.н.), които са твърде подобни на съвременните банкови дейности<sup>43</sup>, но

---

<sup>39</sup> Заимствам тук терминологията от ALBERTARIO, E. *Istituti commerciali del diritto romano*. – In: *Atti dell' Ist. Naz. delle Ass.ni, cito da Studi di diritto romano*. VI. Saggi critici e studi vari. Milano, 1953, p. 261–269; вж. също така и LABRUNA, L. *Il diritto mercantile dei romani e l'espansionismo*. In: *dei romani e l'espansionismo*. – In: CORBINO, A. (ed.). *Le strade del potere. Maiestas populi romani, imperium, coercitio, commercium*. Catania, 1994, p. 120–135 (in: *Matrici romanistiche del diritto attuale*. Napoli, 1999, p. 29–46; Id. *Römisches Marktrecht und Expansionspolitik*. – In: *Collatio iuris romani. Études dédiées à Hans Ankum à l'occasion de son 65e anniversaire*. I. Amsterdam, 1995, p. 227–237).

<sup>40</sup> Като пример за текстове от Цицерон (вж. например, Cic., ad Att., 6.2.3: cf., по въпроса вж. SIRAGO, V. A. *La banca di Cluvio Puteolano*. – In: *Puteoli. Studi di storia antica*, 1, 1977, p. 50–81; Id. *La personalità di C. Vestorio*. Ibidem, 3, 1979, p. 3–16), където се показва ясно ролята на кредитно посредничество, осъществявана от Клувий и Весторий, които са легати на най-добрите търговци от Поцуоли, чиито прокуристи са и за чиито пари за търговски сделки се грижат: ANDREAU, J. *Banking and Business in the Roman World*. Cambridge, 1999, цитирам френската версия: *Banque et affaires dans le monde romain*. IVe siècle av. J.-C. – IIIe siècle ap. J.-C., s.l., 2001, p. 36, който (p. 42–47) подчертава как ролята на такива посредници е структурно различна от тази на банкери, защото посредниците не управляват определено количество спестявания на своите клиенти, което е характерно за банкерите.

<sup>41</sup> Вж. ANDREAU, *op. cit.*, n. 40, p. 40–41.

<sup>42</sup> За библиографски източници по този комплекс дейности си позволявам да препратя към CERAMI, P. – A. PETRUCCI. *Diritto commerciale romano. Profilo storico*. Torino, 2010, p. 109–246.

<sup>43</sup> По този въпрос, освен предишната бележка вж. също така и PETRUCCI, A. *Mensam exercere*. Studi sull' impresa finanziaria romana (II sec. a.C. – metà del III sec. d.C.). Napoli, 1991; Id. *Prime riflessioni su banca e interessi nell'esperienza romana*. – In: TAFARO, S. (ed.). *Atti del*

които невинаги е необходимо да зависят от реквизита на предоставянето на парите/вещите, за да се породи правната връзка<sup>44</sup>.

### 1.5.3. Между реален и консенсуален характер

В този променен социално-икономически контекст, волеизявленията на правната сделка, водещи към създаването на (най-вече) паричния заем гравитират около концепцията за *fides* (доверяване), и схемата на реалния характер на *mutuum* не изглежда да е поставена под съмнение от нито един източник<sup>45</sup>. Но е очевидно, че след като *mutuum* става търговски договор, от една страна се усеща нуждата от потвърждаването на задължението за връщане на полученото на доброволни начала спрямо обвързаността от простото предаване на парите/вещите. Тези доброволни елементи гарантират по решителен начин, че заемотелят евентуално ще получи обратно това, което е дал на заем<sup>46</sup>. От друга страна се разработват догматични модели, които надхвърлят границите, установени от самото даване на парите за създаването на правните последици (източници на задължение) на римския *mutuum* като договор, опитвайки се дори да заобиколят по някакъв начин същата необходимост за целите на сключването на финансова операция, която остава по своята същност паричен заем<sup>47</sup>.

---

*Congresso „L'usura ieri ed oggi“*. Bari, 1997, p. 61–98; Id. *Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane*. Torino, 2002.

<sup>44</sup> Вж. CAMODECA, G. *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum. Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii*. I. Roma, 1999, p. 181–182.

<sup>45</sup> Никой римски юрист не се колебае от догматична гледна точка за включването на римския *mutuum* сред реалните договори: „за твърдото ядро на реалния елемент, който е безупречен и симптоматичен за съществуването на договора“ говори BRAMANTE, op. cit., n. 22, p. 5.

<sup>46</sup> Вж. по този въпрос D'ORS, A. *Re et verbis*. – In: MOSCHETTI, G. (ed.). *Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto*. III. Verona, 27, 28, 29.IX.1948, Milano, 1948, p. 281; но вж. също така и CASTRESANA, A. *La estipulación*. – In: PARICIO, J. (ed.). *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor J.L. Murga Gener, a cura di J. PARICIO*. Madrid, 1994, p. 442: „la mutui datio non satisfacía, como es sabido, las necesidades del comercio internacional que desarrolla Roma, a gran escala, a lo largo de buena parte de la República.“

<sup>47</sup> Опорната точка за тези правни конструкции стъпва за римските юристи на абстрактния характер на стипулацията: срв. KASER, M. „*Mutuum*“ und „*stipulatio*“. – In: *Eranion für G.S. Maridakis*. I. Athenis, 1963, p. 155–182 [in *Ausgewählte Schriften*, II, Napoli, 1976, p. 271–300].

Източниците на юриспруденцията по въпроса изглежда са пресечени от видно напрежение между теоретизацията на реалния характер на *mutuum*, която поддържа здраво, със сила, реквизита за предоставянето на вещта от една страна и непрекъснатото търсене на нови и възможни правни схеми, които могат да я обхванат от друга страна. Винаги, тръгвайки от данните, които имаме в източниците, трябва да потвърдим, че римляните не достигат никога дотам, че да признаят изрично съществуването на консенсуален *mutuum*, а изхождат все повече от придаването на все по-голямо значение на доброволния момент в отношението, което прави така, че обикновеното съгласие за *mutuum*, често облечено в различна форма, не е ирелевантно. По този въпрос съм се спрял напълно в други статии, тук си позволявам да продължа чисто схематично, ограничавайки се да подчертая основните опорни точки на процеса, който описах по-горе:

1. Постоянната дематериализация, засвидетествана многократно в римските източници на елемента на *traditio* при римския *mutuum*<sup>48</sup>;

2. Значението на *conventio* за определянето не само на срока на връщане, но и за *locus solutionis* и за *qualitas* или *quantitas* на вещите, които трябва да бъдат върнати и дори връщането на дължимото на лице, различно от това, което е осъществило предаването на вещите при сключването на договора *traditio*<sup>49</sup>;

3. Разпространението предимно в практиката на т.нар. '*mutua cum stipulatione*' (cd. „Stipulationsdarlehen“)<sup>50</sup>;

---

<sup>48</sup> Например е дискутирана сред римските юристи възможността мандатарят да задържи като като *mutuum* сумите, които е получил предварително на базата на мандата, така както са допуснати други форми на *traditio* т.нар. „*brevi manu*“ и „*delegatio solvendi*“: вж. D. 17.1.34 pr. (*Afr.*, 8 *quaest.*); D. 12.1.15 (*Ulp.*, 31 *ad ed.*); D. 12.1.9.8, 9 (*Ulp.*, 26 *ad ed.*).

<sup>49</sup> Вж. D. 13.4.6 (*Pomp.*, 22 *ad Sab.*); D. 12.1.22 (*Iul.*, 4 *ex Min.*); D. 12.1.11.1 (*Ulp.*, 26 *ad ed.*). Относно тенденцията да се остави определянето на *voluntas* на все по-голяма серия от видове в схемата на реалния римски *mutuum* фундаментално е изследването на KASER, I. c., n. 47, p. 155–182 [p. 271–300].

<sup>50</sup> Практиката да се вкарва *mutuum* във формалните одежди на *stipulationes* и не само с цел да се заобиколят ограниченията, поставени от наличието на лихви *usurae* е широко засвидетелствана в Дигестите, така както и в епиграфските източници: за целите, които тук имаме от изключително значение се оказва концептуализацията от страна на юристите от времето на Северите, която вероятно отразява класическия режим за стойността (валидността) на самата стипулация: вж. D. 46.2.6.1 (*Ulp.*, 46 *ad Sab.*); D. 45.1.126.2 (*Pap.*, 3 *quaest.*); но разпространението в практиката на хирографарни документи и стипулации, свидетелстващи за тази типология заеми е потвърдена и от различни фрагменти в Дигестите (вж. например: D. 12.1.40 [*Paul.*, 3 *quaest.*]; D. 22.1.41.2 [*Mod.*, 3 *resp.*]; D. 45.1.122.



4. Съществуването на т.нар. „*contractus mohatrae*“, с което се предоставя на бъдещия заемател по *mutuum* една материална вещ (например една дреха, една сребърна ваза и т.н.), за да я продаде той и да задържи като *mutuum* полученото от нейната продажба<sup>51</sup>;

5. Наличието на „*stipulationes de mutuo dand*“ и „*de mutuo accipiendo*“, с които кредитор и длъжник се обвързват съответно единият да даде, а другият да получи и после да върне една парична сума по договор за *mutuum*<sup>52</sup>.

Припомнените по-горе „механизми“, дори и да са оценявани от някои като<sup>53</sup> първата крачка към признаването на пълната консенсуалност на римския *mutuum*, не засягат причисляването на този договор към реалните контракти от страна на римската юриспруденция, която говори най-много за „*singularia recepta*“<sup>54</sup>. Тези колебания между реалната традиция на договора и тласъкът на едно търговско общество към консенсуалния *mutuum* се пресичат през вековете на т.нар. междинно право<sup>55</sup> и стигат все още неразрешени до Наполеоновата кодификация. В този кодекс въпреки ясно затетата позиция в полза на реалния характер на договора (вж. чл. 1892), все още съществува известно напрежение по въпроса: за това свидетелстват известната критична съпротива на доктрината за предварително

---

pr. [Scaev., 28 dig.]), а също така и от многобройни епиграфски открития: вж. CAMODECA, op. cit., n. 44, p. 132 ss.; относно следкласическия произход на *obligatio re et verbis* вж. TALAMANCA, M. „Una verborum obligatio“ e „obligatio re et verbis contracta“. – IURA, 50, 1999, (ma pubbl. 2003), p. 7–121, PETRUCCI, A. Applicazioni della stipulatio in materia creditizia e problema della causa nel diritto romano classico. – In: GODDARD, J. A. (ed.). Derecho civil y romano. Cultura y sistemas jurídicos comparados. México, 2006, p. 237–262; GRÖSCHLER, P. Die Konzeption des mutuum cum stipulatione. – TR, 74, 2006, p. 261–287 („Il ‘mutuum cum stipulatione’ e il problema degli interessi. – In: Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto, 2009, p. 109–126). Относно случаите на *non numerata pecunia*, а също и на *stipulatio restitutoria*, която не е нито придружена, нито предшествана от *datio* вж. CIMMA, M. De non numerata pecunia. Milano, 1984; LITEWSKI, W. Non numerata pecunia im klassischen römischen Recht. – SDHI, 60, 1994, p. 405–456.

<sup>51</sup> Вж. D. 17.1.34 pr. (Afr., 8 quaest.); D. 12.1.11 pr. (Ulp., 26 ad ed.); D. 19.5.19 pr. (Ulp., 31 ad ed.).

<sup>52</sup> Вж. D. 45.1.68 (Paul., 2 ad ed.); D. 12.1.42.1 (Cels., 6 dig.).

<sup>53</sup> Вж. ZIMMERMANN, R. The Law of Obligations. Roman Foundation of the Civilian Tradition. Oxford, University Press, 1996 (1st ed. South Africa, 1990), p. 159.

<sup>54</sup> D. 12.1.15 (Ulp., 31 ad ed.): ‘Singularia quaedam praecepta sunt circa pecuniam creditam.’

<sup>55</sup> Препращам към VOLANTE, R. Il mutuo nel diritto comune. Il problema del valore finanziario dai glossatori a Pothier. Napoli, 2012, p. 1–164.

избраната концепция и внезапността и бързината на самата работа по кодификацията, извършена при създаването на Code Napoléon<sup>56</sup>, за която все още в по-нови времена се чува ехото на тази критика, та чак до ден днешен<sup>57</sup>. Оттук тези проблеми достигат неразрешени в Италия, още като се започне от кодификацията от 19 век, което всъщност представлява аргумента за параграфа, който следва.

## 2. Италия

### 2.1. Реална или консенсуална същност?

В Италия, по време на действието на отменения Граждански кодекс от 1865 г. двойствената формулировка на чл. 1819<sup>58</sup> поражда множество съмнения относно намерението на законодателя, макар и преобладаващо да е убеждението, че по пътя и логиката на римскоправната традиция, той е целял да структурира заема за потребление като реален договор<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> Вж. TOULLIER, C. B. M. *Le droit civil françois suivant l'ordre du Code Napoléon*. Rennes, 1811, цитирам от италианския превод *Il diritto civile francese secondo l'ordine del Codice*. Napoli, 1859, III, 382 num. 17; но после вж. също така и ZACHARIAE, K.S. *Droit civil français*, цитат от италианския превод на изданието: Paris, 1854–1861, III, Napoli, 1862, § 611, p. 585 e nt. 4; AUBRY, C. – C. RAU. *Cours de droit civil français*. IV, 4. Paris, 1871, § 340, p. 283–284; BAUDRY, G. – LACANTINERIE – A. WAHL. *Traité théorique et pratique de droit civil*. XXIII. *De la société, du prêt, du dépôt* 3. Paris, 1907, p. 359–360.

<sup>57</sup> Срв. JOBARD-BACHELIER, M. N. *Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? Ou la valeur des promesses de contrat réel en droit positif*. – In: *Rev. trim. de droit civ.* (1985), p. 1; PALMIERI, A. *Realità del mutuo: tramonto a Lutezia?* – In: *Foro it.*, 2000, IV, p. 547–552; VOLANTE, R. *Il mutuo consensuale. Crisi del modello romanistico di contratto reale e prospettive per un diritto comune europeo (a proposito della sentenza 28.3.2000 della Corte di Cassazione francese e della Riforma del diritto delle obbligazioni in Germania)*. – In: *Quaderni fiorentini*, 30.2, 2001, p. 888–913.

<sup>58</sup> Чл. 1819 от Италианския граждански кодекс от 1865 г.: „Заемът за потребление е договор, по силата на който една от двете страни предава на другата страна определено количество вещи, като последната се задължава да върне същото количество, вид и качество вещи.“

<sup>59</sup> За реалния характер на договора вж. напр., GIARELLI, F. *Codice civile del regno d'Italia dichiarato al popolo con note e raffronti*. II. Milano, s.d. (ma 1875), p. 300–301; SIMONCELLI, V. *Istituzioni di diritto privato italiano*. Lezioni, Roma, 1914, p. 270; BARASSI, L. *Istituzioni di diritto civile*. Milano, 1912, p. 421; PACIFICI MAZZONI, E. *Istituzioni di diritto civile italiano*. G. Venzi – T. GIORGI (ed.), V, 25, Torino, 1927, p. 398 (но виж и бележките на Venzi на p. 409–412, които са точно в обратната посока; в смисъл, противоположен на реалността вж. също така и CARRARA, G. *La formazione dei contratti*. Milano, 1915, p. 322–324).

Ситуацията се променя драстично с новия Граждански кодекс от 1942 г., който чрез един по-скоро опасен преход<sup>60</sup>, към чл. 1813, възприема една формулировка, която поражда по-малко съмнения. Днес в Италия точно на базата на тази разпоредба ми се струва, че може да се потвърди, че както юриспруденцията<sup>61</sup>, така и преобладаващата част от доктрината<sup>62</sup> се ориентират в полза на реалната природа на договора за заем за потребление: може обаче също така да се спомене, че „въпреки неединната формулировка на нормата, реалността на заема за потребление не може да се счита за едно сигурно възприятие, тъй като съществуват множество и значителни мнения в противоположната насока<sup>63</sup>“.

Дискусията на практика е много по-генерализирана, включвайки самата категория на реалния договор: всъщност освен някои учени, които поставят сериозно въпроса дали такава категория има все още днес важна роля в уредбата на икономическите и правни операции<sup>64</sup>, не липсват и някои, които твърдят, че в

---

<sup>60</sup> Вж. SACCOCCIO, I. c., n. 12, p. 137, n. 158.

<sup>61</sup> Вж. напр. Cass. civ., sez. I, 8 marzo 1999 num. 1945 (Foro it. 1999 I 2569); Cass. civ., sez. I, num. 12 ottobre 1992 n. 11116 (Giust. civ. 1993 I 975 e Vita notar. 1993 246); Cass. civ., sez. III, 21 dicembre 1990, n. 12123 (Giust. civ. mass. 1990 fasc. 12); по въпроса вж. FRATTAROLO, V. V. – E. IORIO. *Il mutuo nella giurisprudenza*. Milano, 2009, passim.

<sup>62</sup> Вж. освен другите, които ще бъдат цитирани в хода на изложението също така и DE RUGGIERO, R. – F. MAROI. *Istituzioni di diritto privato*. II. *Diritti di obbligazione e contratti. Tutela dei diritti*. Milano/Messina, 1953, p. 375; DALMARTELLO, A. *Appunti in tema di contratti reali, contratti restitutori e contratti sinallagmatici*. – In: *Riv. dir. civ.*, 1, 1955, p. 817–860; FORCHIELLI, P. *I contratti reali*. Milano, 1952, p. 5; MESSINEO, F. *Manuale di diritto civile e commerciale (codici e norme complementari)*. V 9. Milano, 1958, p. 125; FRAGALI, M. *Del mutuo (art. 1813–1822)*. – In: SCIALOJA, A. – G. BRANCA (ed.), *Commentario del Codice civile*. Bologna/Roma, 1966, p. 1–489; GIAMPICCOLO, G. s.v. *Mutuo (dir. priv.)*. – In: *ED 27* (1977), p. 446–473; MASCHI, *op. cit.*, n. 11; RESCIGNO, P. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli, 1952, p. 746; IANNINI, M. C. *Il rapporto. Struttura e natura del contratto di mutuo*. – In: CASSANO, G. (ed.). *Il mutuo. Il sistema delle tutele*. Padova, 2009, p. 1–11; FAUCEGLIA, G. *Del mutuo*. – In: VALENTINO, D. (ed.). *Dei singoli contratti (art. 1803–1860)*. – In: *Commentario del Codice civile diretto da E. GABRIELLI*. Torino, 2011, p. 122–125.

<sup>63</sup> Така вж. също и NIVARRA, L. – G.W. ROMAGNO. *Il mutuo*. – In: CENDON, P. (serie a cura di). *Il diritto privato oggi*. Milano, 2000, p. 11.

<sup>64</sup> Преподавам към VERDAM, P. J. *Riflessioni sulla validità della categoria dei contratti reali* – In: *Studi in memoria di E. Albertario*. II. Milano, 1953, p. 746–764; FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 128–129, n. 62; SIMONETTO, E. *I contratti di credito*. Padova, 1994, p. 186; BENEDETTI, G. *Dal contratto al negozio unilaterale*. Napoli, 1958, p. 80; MASCHI, *op. cit.*, n. 11; NATOLI, U. *I contratti reali. Appunti delle lezioni*. Milano, 1975, p. 43; NAPOLETANO, V. – E.M. BARBIERI – M. NOVITA. *I contratti reali*. Torino, 1979 (с изключение точно на заема за потребление); DI GRAVIO, V. *Teoria del contratto reale e promessa di mutuo*. Milano, 1989, p. 33; DE TILLA, M. *Donazione-permuta- mediazione-mandato-mutuo-comodato*. – In: *Il diritto immobiliare. Trattato sistematico di giurisprudenza per casi*. Milano, 1995; MASTROPAOLO, F. *I contratti reali*. In

италианската правна уредба няма нито един реален договор, и поради тази причина отричат тази догматична конструкция и за заема за потребление<sup>65</sup>.

Значение за изследвания тук проблем има една стара теза, според която, даването на парите или вещите на базата на заема за потребление (но аргументацията е разширена после и до влога и заема за послужване), не е включена изцяло в договорната логика, но представлява по-скоро желаното плащане на нещо недължимо, където само волята има своята роля при

---

*Trattato di diritto civile diretto da R. SACCO. VII. I singoli contratti.* Torino, 1999, p. 21 (вж. също така на страници 2 и 3, където има по-пълнен списък на учени, които не са враждебно настроени относно реалния характер на договора, който тук, за да не се разпростирам не съм в състояние да предложа); CENNI, D. *La formazione del contratto tra realtà e consensualità.* Padova, 1998, и най-вече p. 29–50; GUZMAN BRITO, A. *La consensualización de los contratos reales.* – In: *Revista de derecho de la Pont. Univ. Católica de Valparaíso*, 29 (2007), p. 35–59; SACCOCCIO, A. *Realità e consensualità nel diritto dei contratti alla luce del nuovo Cc. Argentino.* – In: CARDILLI, R. – D.F. ESBORRAZ (ed.). *Nuovo Codice civile argentino e sistema giuridico latinoamericano.* Padova, 2016, p. 475–502.

<sup>65</sup> Позициите на тези, които критикуват като неактуална категорията на реалния контракт, са сложни и разнообразни: започва се от този, който я определя, стъпвайки на дефиницията на чл. 1321 от Италианския граждански кодекс от 1942 г., основаваща се на съгласието, като „юридически скандал“ (SACCO, R. *Causa e consegna nella conclusione del mutuo, del deposito e del comodato.* – In: *Banca Borsa e Titoli di Credito* [1971, I], p. 502–566; Id., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile diretto da F. VASSALLI*, VI/2, Torino, 1975, p. 613–626; SACCO, R. – G. De NOVA. *Il contratto. I.* – In: *Trattato di diritto civile diretto da R. SACCO.* Torino, 2003, p. 865–866); а чи lo definisce „una sopravvivenza storica“ (BARASSI, L. *La teoria generale delle obbligazioni. II. Le fonti.* Milano, 1982, p. 152) или също като резултата от „тежестта на историята“ (ZACCARIA, A. *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto.* Milano, 1987, p. 57); о un „evidente retaggio della classificazione giustiniana delle obbligazioni“ (FUNAIOLI, C.A. *La tradizione.* Padova, 1942, p. 320); или „нещо напълно странно и чуждо на нашите нужди“ (FERRO-LUZZI, P. *Lo sconto bancario.* – *Riv. del dir. commerciale e del dir. generale delle obbligazioni*, 75, 1977, p. 148 e 153); едно историческо изследване на (MARTORANO, F. *Il conto corrente bancario.* Napoli, 1955, p. 41); но дори и без определена причина като „историческо недоразумение“ (SCAGLIONE, F. *Comodato e mutuo* – In: PALAZZO, A. – S. MAZZARESE [ed.]. *I contratti gratuiti, in Trattato dei contratti diretto da P. RESCIGNO ed E. GABRIELLI.* Torino, 2008, p. 419); или дори като „исторически фетиш“ (SCOZZAFAVA, O. T. *Gli interessi monetari.* Napoli, 1984, p. 159); докато не се теоретизира необходимостта от една истинска „догма за реалността“ (PALAZZO, A. *Gratuità e attuazione degli interessi.* – In: PALAZZO, A., S. MAZZARESE (ed.). *Trattato dei contratti diretto da P. RESCIGNO ed E. GABRIELLI, I contratti gratuiti.* Torino, 2008, p. 7, p. 21); за предполагаема криза на „римскоправния модел на реалния договор“, на който дори трябва да се засвидетелства краят (кончината) вж. CARRARA, G. *La formazione dei contratti.* Milano, 1915, p. 353; DI MAJO GIAQUINTO, A. *L'esecuzione del contratto.* Milano, 1967, p. 326; PIRAINO LETO, A. *La crisi del contratto reale.* – In: *Giust. civ.* (1977, fasc. 7 и 8), p. 63–71; GABRIELLI, E. *Il pegno anomalo.* Padova, 1990, p. 89; VOLANTE. I. c., n. 57, p. 888–913; Id., *op. cit.*, n. 55, p. 1–164; TETI, R. *Il mutuo.* – In: *Trattato di diritto privato diretto da P. RESCIGNO. 12. Obbligazioni e contratti. IV.* Torino, 2007, p. 595 ss.

определянето на конкретните модалитети на връщането<sup>66</sup>. Конструкцията според мен няма за цел достигането до резултата да се създаде едно истинско юридическо чудовище, което деградира волята на договарящите до простото съгласие относно начините за връщането на заетата сума, изключвайки от нея, без никаква логическа мотивация, истинското намерение да се сключи договор, което е това, което в действителност кара страните да встъпят в една такава икономическа операция<sup>67</sup>.

В италианската цивилистика има и мнения, според които самият италиански законодател е този, който е искал да избере за заема за потребление това да бъде включен в категория, различна от тази на реалните договори, чрез това, което е предвидил в чл. 1822 с „обещанието за заем за потребление<sup>68</sup>“, или становището на тези, които оценяват нормите за реалността като норми, които нямат

---

<sup>66</sup> Препращам към BERLIRI, L. V. *Appunti sui contratti reali*. – *RISG*, 7, 1932, p. 143–211.

<sup>67</sup> Изглежда ми, че тази теза може да бъде критикувана от различни гледни точки. Отчасти явното логическо противоречие между съпоставянето на недължимото и волята то да бъде платено (римските източници ни учат, че [вж. *IG.*, 3.91], който плаща нещо недължимо *magis distrahere vult negotium quam contrahere*, без да отчита това, че който плаща едно недължимо *sciens*, губи правото да го търси повторно: вж. *Ulp.*, 26 ad ed. D. 12.6.1.1: ‘et quidem si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest: sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio’; това правило е изцяло засвидетелствано и в Дигестите [*cf.*, *ex multis, Ulp.*, 43 ad Sab. D. 12.6.24; *Paul.*, 32 ad ed. D. 12.6.28 ecc.]), Berliri приема, че съществува една правна сделка, спрямо която се прилага уредбата на юридическия акт, бидейки предвидените правни последици (връщането на това, което е дадено) не тези поделени между страните, а тези, фиксирани за тази цел от закона (*rectius: dal ius*) чрез забраната за обогатяване; вж. FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 32, n. 62; MASTROPAOLO, *op. cit.*, p. 13, n. 64; DI GRAVIO, *op. cit.*, p. 41, n. 64. Противоположното становище на Berliri можем да прочетем в VOLANTE, *op. cit.*, n. 57, p. 912, n. 128, но без никакви убедителни аргументи.

<sup>68</sup> Вж. например, CARRESI, F. *Il comodato. Il mutuo*. – In: *Trattato di diritto civile italiano diretto da F. Vassalli*, vol. VIII, fasc. 5 e 6, Torino, 1950, p. 99–103; NAPOLETANO – BARBIERI – NOVITA, *op. cit.*, p. 8, n. 64; VISALLI, N. *La promessa di mutuo nell’ambito della teoria del contratto reale*. – *Riv. di dir. civ.* (2000, fasc. 1), p. 63–103. По отношение на едновременното съществуване на чл. 1822 и чл. 1813, TETI, I. c., n. 65, p. 595, говори за „неоспоримост на нормативните данни“. Вж. FAUSTI, P.L. *Il mutuo*. – In: *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del Notariato*. Diretto da P. PERLINGIERI. IV, 17. Napoli, 2004, p. 53, който твърди, че чрез чл. 1822 законодателят цели да нанесе „значителен асистематичен удар по фланга“ на традиционната теория, доминираща във времето на реалния заем за потребление, опитвайки се да потвърди, че задължението да се даде при заема за потребление е правно обвързано не само от гледна точка на обезщетението; според SCAJLIOXE, F. *Comodato e mutuo*. – In: PALAZZO, A., S. MAZZARESE (a cura di). *I contratti gratuiti*, in *Trattato dei contratti diretto da P. RESCIGNO ed E. GABRIELLI*, Torino, 2008, p. 448, чл. 1822 отваря в Италия пътя на консенсуалния заем за потребление „под профила на споменатото обещание за заем за потребление“.

императивен характер<sup>69</sup>, твърдят, че съдържанието на чл. 1322 за възможността страните да сключват атипични договори отваря вратите към една конкуренция за ограничени възможности за избор на страните, между една реална и консенсуална структура за заема за потребление (така както и за всички реални договори)<sup>70</sup>.

Някои в опита си да намерят оправдание от догматичен тип за категорията на реалните договори се опитват да направят разлика между безвъзмездния заем за потребление, който трябва да бъде винаги реален и лихвения заем, който обаче би могъл да бъде и консенсуален<sup>71</sup>, твърдейки, че при безвъзмездните заеми за

---

<sup>69</sup> Вж. също така GALASSO, A. *Mutuo e deposito irregolare. I. La costruzione del rapporto*. Milano, 1968, p. 204; ma poi cf. anche Id., Osservazioni su un caso di „mutuo consensuale“. – In: *Foro pad.* (1969, I), p. 1014; GESUÈ, F. *Mutuo reale mutuo consensuale e promessa di mutuo*. – In: *Temî napoletana* (1963, I), p. 465; FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 142, n. 62.

<sup>70</sup> Già KOHLER, J. *Über das Konsensualdarlehen*. – *Arch. für burg. Recht*, 2, 1889, p. 201, приема, че интересът на страните трябва да води до създаването на конструкция на един договор (на какъвто и да е договор) както реален, така и консенсуален. Вж. също така и DALMARTELLO, A. – G. B. PORTALE, s.v. Deposito (dir. vig.). – *ED* 12, 1964, p. 253; GALASSO, *op. cit.*, p. 204, n. 69; NATOLI, *op. cit.*, p. 64, n. 64; CATANESE, C.F. *Riflessione sui contratti reali*. – In: *Giust. civ.* (1984, fasc. 7 e 8), p. 291–302; LUMINOSO, A. *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito*. – In: IUDICA, G., P. ZATTI (ed.). *Trattato di diritto privato*. Milano, 1995, p. 690; GAZZARA, M. *Crediti speciali, prestito a consegna differita e consensualità del mutuo*. – In: *Banca Borsa e Titoli di Credito* (1995, fasc. 3), p. 335; CENNI, *op. cit.*, (n. 64; ma già prima vd. EAD. Consensualità e realtà nella formazione dei contratti, in *Contratto e impresa* [1997], p. 980–1000); NIVARRA – ROMAGNO. I. c., n. 63, p. 26, p. 61; FAUSTI. I. c., n. 68, p. 42–45; MANCINI, C. *La realtà come scelta „atipica“*. – *Riv. del dir. commerc. e del dir. gener. delle obbligazioni* (1999, fasc. 5 e 6), p. 387–452; MASTROPAOLO, *op. cit.*, p. 31, n. 64; e da ultimo TETI. I. c., n. 65, p. 597; per una critica, vd. però già SIMONETTO, *op. cit.*, n. 64, p. 212; MASCHI, *op. cit.*, n. 11, p. 16–23; D'AMICO, G. *La categoria dei cc. dd. contratti reali „atipici“*. – In: *Rass. dir. civ.* (1984), p. 368–384; ROSSI, M. G. – C.E. BRUNO. *I contratti di finanziamento, il mutuo e il mutuo bancario. La tutela del consumatore*. – In: GRAZIANO, N. (ed.). *Il mutuo bancario*. Padova, 2013, p. 20–24.

<sup>71</sup> Тезата е по-скоро нова, вж. DEMELIUS, G. *Realkontrakte im heutigen Recht*. – In: *Jahrbücher für die Dogm. des heut. röm. un deutsch. Privatrecht* 3 (1859), p. 405–409, но също така и UNGER. *Realcontracte im heutigen Recht*. – In: *Jahrb. f. die dogm. des heutig. röm. und deutsch. Privatrechts* (Jhering's Jahrb.), 8 (1866), най-вече p. 1–15, където се твърди, че реалните контракти имат причина на съществуване само, ако се поставят в преимущество на получаващия. В по-близки до нас времена вж. D'AMICO. I. c., n. 70, p. 380; DE NOVA, G. *Il tipo contrattuale*. Padova, 1974, p. 110–111; GALGANO, F. *Il negozio giuridico*. – In: *Trattato di diritto civile e commerciale, già diretto da A. CICU e F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI*. III,1. Milano, 1988, p. 157–158, където авторът твърди дори, че предаването на вещите представлява *essentiale negotii* при безвъзмездния заем за послужване и *naturale negotii*; това твърдение намира своето потвърждение у NIVARRA – ROMAGNO. I. c., p. 61, n. 63, ми се струва, че се използва в един изключително генерализиран смисъл понятието *naturalia negotii*; ROPPO, V. *Il contratto*. – In: IUDICA, G. – P. ZATTI. *Trattato di diritto privato*. Milano, 2001, p. 134.

потребление предоставянето на парите/вещите заема по своята същност мястото на формата<sup>72</sup> или на каузата<sup>73</sup>, или „определя самата кауза<sup>74</sup>“.

Вярно е, че не липсват правни конструкции, които се опитват да заобиколят института на реалния договор<sup>75</sup>, виждайки в предоставянето на вещите на базата на *mutuum* просто една *condicio iuris*<sup>76</sup>, фактически състав с прогресивно формулиране, който се осъществява с извършването на предоставянето, но в който размяната на съгласието е задължително поради осъществяването на предоставянето<sup>77</sup>. Това е едно просто обяснение на „механизма“ на сключване на договора, с който законодателят по никакъв начин не е искал да приветства

---

<sup>72</sup> FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 87, n. 62, който се опитва да екипира предаването на вещите с „необходимата форма на изискуемата воля“; с това е съгласен и MIRABELLI, G. *Dei contratti in generale*. – In: *Commentario del Codice civile*, Lib. IV, Tomo II, Tit. II. Torino, 1958, p. 36.

<sup>73</sup> За това мнение вж. SACCO. I. c., n. 65, p. 613–626, но също така и SCOZZAFAVA, *op. cit.*, n. 65, p. 159; DE TILLA. I. c., n. 64, p. 548; TETI. I. c., n. 65, p. 599. Contra. cf. ad es. CENNI, *op. cit.*, p. 63, n. 64.

<sup>74</sup> Così cf. ROPPO. I. c., n. 71, p. 201.

<sup>75</sup> За този „трик, насочен към задоволяването на намерението за хармонизиране на категорията на реалните контракти с общото правило, според което договорът се изпълнява по силата само на съгласието на страните“ говори CENNI, *op. cit.*, p. 49, n. 64.

<sup>76</sup> Тази теза се заражда в Германия (открива се в ADLER, K. *Realcontract und Vorvertrag*. – *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen un deutschen Privatrechts* [Jhering's Jahrbücher]. 31, 1892, p. 190); в Италия се чете в COVIELLO, N. *Del contratto estimatorio*. – *RISG* 15, 1893, p. 379, p. 384, но по-късно е отново доразвита в Италия от CARRARA, G. *La formazione dei contratti*. Milano, 1915, p. 338; MESSINEO, F. s.v. *Contratto* [dir. priv.]. – *ED* 9 (1961), p. 883; BARASSI, *op. cit.*, n. 65, p. 145–152; но отчасти и от OSTI, G. s.v. *Contratto*. – *NDDI* 4, 1968, p. 485–486; за критика вж. NATOLI, *op. cit.*, n. 64, p. 17–18, който твърди, че би прибегнал в този случай просто до едно потестативно условие; FALZEA, A. *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*. Milano, 1941 (rist. Camerino, 1979), p. 160, с аргумента, че липсва външността на събитието в условието спрямо гамата от интереси в договора; срещу това мнение вж. също така и CENNI, *op. cit.*, n. 64, p. 41.

<sup>77</sup> Това е известната теза на RUBINO, D. *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*. Milano, 1939, p. 51–52, n. 3: „твърдим, че от момента на формирането на договорната воля се поражда едно основно отношение (окончателно), от което произлиза в същото време задължението да се предаде (...) или да се получи нещо (...): ефективното предаване на парите/вещите не се поставя като конститутивен елемент на различен окончателен договор (реалният контракт) (...), а се поставя като акт в тесен смисъл“; вж. също така p. 394; по мое мнение ценната теория може да бъде и критикувана, като тази критика се основава на необходимата предпоставка, която тя изисква, т.е. предоставянето било в този смисъл на юридически акт в тесен смисъл, а не на акта на сделка; противоположно, след като е признато, че източникът на задължението да се предадат вещите се открива в същото това съгласие, от това се оказва, че договорът има реална природа/характер, спрямо това предоставянето на вещите да се поставя във фазата на изпълнението.

категорията на реалните контракти, а по-скоро да утвърди консенсуалността на заема за потребление в италианската правна система<sup>78</sup> или накрая „едновременната ефикасност на договора“<sup>79</sup>, с една конструкция, която, въпреки че е без съмнение доста усъвършенствана, не липсват и някои критики<sup>80</sup>.

По този въпрос скоро възниква дебатът в доктрината за „един различен реален характер на договорите“ в смисъл, след като е потвърдена консенсуалността на договора за заем за потребление емпирична констатация е, че нито една типична договорна последица, нито един индивидуален интерес не е преследван без предаването на вещите<sup>81</sup>. Но и тази конструкция ми се вижда нищо друго освен един не много ясен догматичен трик, понеже се опитва да премахне разликата между сключването на договора и неговата ефективност<sup>82</sup>, придобивайки в същото време резултата от разликата в правните последици, породени от заема за потребление в момент, следващ предаването на вещите.

Следователно аз вярвам, че се потвърждава становището за реалната структура на заема за потребление в италианската правна уредба<sup>83</sup>. Обаче ми се

---

<sup>78</sup> Така вж. TRIOLA. R. *Mutuo e promessa di mutuo* (nota a Cass. civ., sez. I, 18 giugno 1981 n. 3980), in Giust. civ. (1982 fasc. 1), p. 211–213, като критика на цитираното решение.

<sup>79</sup> Cf. DI GRAVIO, *op. cit.*, n. 67, particolarmente p. 83–85.

<sup>80</sup> Вж. например MASTROPAOLO, *op. cit.*, p. 38, n. 64, че тези конструкции грешат чрез изключителното подценяване на консенсуалния елемент, приемайки, че при този договор, докато не се осъществи предаването на вещите, остава просто една „потенциална възможност“, която продължава, докато не се осъществи „моментът, който предизвиква правните последици“ (т.е. самото предаване) и може така да се окаже безполезна *ex posteriori*, освен ако претендираната едновременна ефективност не се установи; трябва да се помисли дали ‘*concausa*’ трябва да бъде оставена на волята на този, който осъществява предването на вещите, приключвайки по този начин опасно, за да се уподоби просто на едно потестативно условие, което като такова е забранено (вж. чл. 1355).

<sup>81</sup> Вж. LUMINOSO. I. с., p. 704, n. 70, който обаче се пази от това да уточни как предаването трябва да бъде възприето в по-широк смисъл, т.е. като осигуряване „на заемателя на разположението конкретно, правно и ефективно на паричните суми и на потребимите вещи, по начин че заемодателят го е изгубил“.

<sup>82</sup> Именно срещу този риск пише MASCHI, *op. cit.*, n. 11, p. 6–16; за критика на изследваната теория вж. също така и FAUSTI. I. с., p. 42, n. 68.

<sup>83</sup> Непотвърдени ми изглеждат обаче мненията на някои италиански учени, които виждат в някои новопоявили се тенденции във френската юриспруденция индицията за една систематична криза на реалността на заема за потребление, по този въпрос вж. PALMIERI. I. с., n. 57, p. 547–552, който обаче не пропуска да подчертае, че „безпрецедентната атака“ на реалния характер на заема за потребление от страна на Френския касационен съд (вж. I гражданско отделение, решение от 28 март 2000 г.) се ограничава до една много ограничена категория от заеми за потребление, тези които са



струва необходимо да се добави, че в Италия консенсуалните разновидности на реалния договор за заем за потребление са въведени като се започне от 50-те години на миналия век, благодарение на дейността на юриспруденцията и на нотариалната практика във формата на т.нар. „целеви заем“<sup>84</sup> и от една по-нова разновидност на този договор, който в практиката се нарича заем за имот, използван предимно в сектора на строителството<sup>85</sup>.

## 2.2. Безвъзмездност или възмездност?

Важната разлика между римските източници и съвременните правни уредби е представена от принципа, отразен в чл. 1815 от Италианския граждански кодекс от 1942 г., който установява, че „въпреки различната воля на страните, заемателят трябва да съгласува лихвите със заемодателя си“. По този начин се маркира едно съществено различие спрямо по-горе отбелязания принцип в римското право, за което *mutuum* е естествено безвъзмезден и лихвите трябва да бъдат уговорени отделно: възмездността на заема по този начин е оставена да бъде почти една *naturale negotii*. Поради подобни причини в Италия има и такива, които считат за „чиста хипотеза“ безвъзмездността на заема за потребление<sup>86</sup>.

---

изплащани от „professionnel du crédit“; VOLANTE, *op. cit.*, n. 57, p. 869–913; по въпроса така твърди и RONCATI. *Il principio consensualistico nelle vicende del mutuo: da contratto reale a contratto consensuale*. – In: F. REINOSO BARBERO (ed.). *Principios generales del derecho: antecedentes históricos y horizonte actual*. Madrid, 2014, p. 567–569.

<sup>84</sup> При така нар. целеви заем, заемателят уточнява целта, за която ще използва заема (например изграждането на жилища за публична полза); в този смисъл договорът се сключва с простото съгласие и отпускането на сумите, обект на договора, които нормално са нужни в хода на изпълнението на договора, изчаква фазата на изпълнението на договора, а не повече тази на неговото сключване. Сред всички юриспруденциални решения по тази материя, да се види Cass. civ., sez. I, 21 luglio 1998, n. 7116 (cf. *Contratti* [1999], p. 383 con nota di Goltara); в доктрината за целевия заем вж. ZIMATORE, A. *Il mutuo di scopo. Problemi generali*. Padova, 1985, particolarmente p. 107; GIOMARO – MOROSINI. I. c., n. 36, p. 584–610; R. TETI. *I mutui di scopo*. – In: *Trattato di diritto privato diretto da P. RESCIGNO*. 12. *Obbligazioni e contratti*. IV, 2. Torino, 2007, p. 649; MONICA, A. – V. CIERVO. *Il mutuo di scopo*. – In: G. CASSANO (ed.). *Il mutuo. Il sistema delle tutele*. Padova, 2009, p. 343–366, с което може да се ориентирате относно обширната литература по темата.

<sup>85</sup> Всичко това според RONCATI. I. c., p. 570, n. 83, реалността на заема за потребление остава „едно все по-изкушаващо правило“, макар и все още да не е превъзможнато.

<sup>86</sup> SACCO. I. c., p. 620, n. 65.

В тази перспектива някои учени виждат в заема за потребление двустранен договор (*rectius*: договор със съответстващи си престации, характеризиращ се с каузата на размяна), при който простирането на лихвите представлява съответствието на предоставянето на заетата сума пари<sup>87</sup>. Не трябва обаче да убягва на тълкуващия, че след като заемът е включен като реален договор, само задължението за лихвите представлява престация, породена от договора, докато обаче обратното – даването на паричната сума от заемодателя представлява необходим реквизит за сключването на договора и поради това е онтологически различно от изпълнението на една престация. Не ми се струват и успешни опитите, направени в доктрината, за възстановяване на идеята за синалагматичност на заема, признавайки, че даването на парите може да представлява престация дори когато представлява един елемент от формирането на фактическия състав на

---

<sup>87</sup> Вж. NAPOLETANO – BARBIERI – NOVITA, *op. cit.*, p. 26, n. 64; DI GRAVIO, *op. cit.*, p. 177, n. 67; TETI. I. c., p. 610, n. 65; очевидно става въпрос за реалната логика на договора, като много трудно задълженията могат да бъдат конфигурирани за сметка на заемодателя; за един опит, който според мен абсолютно не може да бъде споделен вж. също така и CARRESI. I. c., n. 68, p. 85–102, по мнение на когото, докато възмездният паричен заем е двустранен, то безвъзмездният паричен заем е едностранен със задължения, които възникват само за заемателя, който е единственият, който извлича полза от този договор [полза, която се състои във връщането на това, което е получено]: поради това той ще понесе задължението да остави на заемателя възможността да ползва потребимите вещи, докато заемателят има само правото да не ги връща преди да настъпи уговореният срок или ако няма срок, преди да му бъдат поискани. В този смисъл виж и DALMARTELLO, A. *Appunti in tema di contratti reali, contratti restitutori e contratti sinallagmatici*. – *Riv. di dir. civ.* (1955), p. 817–860 и най-вече 841 ss., според когото и при реалния заем за потребление задължението на заемодателя се състои в задължението да направи така, че за определено време заемателят да има предоставените по заема пари. Най-вече първата версия на тази теза, ми се струва една концептуална конструкция, която не познава изобщо материята на реалния характер на договорите; сериозни възражения на втората версия обаче се четат в OPPO, G. *I contratti di durata*. – *Riv. del dir. comm.* (1943, I; in Id. *Obbligazioni e negozio giuridico. Scritti giuridici*. III. Padova, 1992, p. 225), който счита че не е логически възприемчиво заемодателят да предоставя ползването на вещи, които след предаването юридически принадлежат на заемателя. Едностранността на договора обаче е подчертана от някои по-нови решения на юриспруденцията, вж. Cass. 12 maggio 1971, n. 1358; Cass. civ. 27 novembre 1967, n. 2845 in Foro pad. (1969, I), p. 1014 (con nota contraria di Galasso).

договора<sup>88</sup>, или пък отнасяйки синалагмата при договорите не до престациите, а до предаването на имущество<sup>89</sup>.

### 3. Китай

В Китай изследваният от нас договор е уреден от общия Закон за договорите от 1999 г., който аз чета в италиански превод от колегите Toti и Formichella<sup>90</sup>. На пръв поглед изглежда интересно да се отбележи как глава XII на закона е ясно наречена 'паричен заем', понеже заемите на потребими вещи, различни от пари, представляват в днешно време много редки случаи, които почти не се прилагат и затова не си заслужава изобщо да бъдат кодифицирани<sup>91</sup>.

---

<sup>88</sup> Тази позиция е поддържана от всички онези учени, които защитават за заема за потребление т.нар. теория за ажиото или за размяната (заемът за потребление представлява една размяна на вещи или богатство, които са налични срещу размяна на бъдещи вещи или богатство): вж. списък у SIMONETTO, *op. cit.*, p. 27, n. 64, но вж. също така и GIAMPICCOLO, G. Comodato e mutuo in G. GROSSO – F. SANTORO- PASSARELLI. *Trattato di diritto civil.*, V, 7. Milano, 1972, p. 67, които не споделят нито теорията (предпочитайки схемата на разместването), нито последицата (синалагматичността), описана в текста; срещу това вж. също така и TETI, *op. cit.*, p. 659, n. 65, който правилно твърди, че задълженията (актуалното) на заемодателя и (бъдещото) на заемателя не се поставят в синалагматично отношение, доколкото със сигурност заемодателят не дава за целта да придобие 'в замяна' на *tantundem*; GIAMPICCOLO. I. c. (в тази бележка н.), p. 12 и p. 67.

<sup>89</sup> За това вж. FRAGALI. I. c., p. 17, n. 62, vd. Cass. civ., sez. III, 21 febbraio 1995, n. 1861, in Giust. civ. Mass., 1995, p. 389 (но също така и Vita not., 1996, p. 243; Giur. it. 1996, I, 1, p. 998), където Върховният съд достига по този начин до приложението по отношение на възмездния заем за потребление средството на разваляне поради неизпълнение според чл. 1453 от Гражданския кодекс.

<sup>90</sup> Leggi tradotte della Repubblica popolare cinese: la legge sui contratti, trad. it. di L. FORMICHELLA ed E. TOTI. Torino, 2002.

<sup>91</sup> Заслужава обаче да бъде отбелязан скорошният *restyling* на BGB, който изглежда, че е подтикнат от друга посока, разделяйки заема за потребление на *Gelde Sachdarlehen*: вж. § 488 Abs. 1: „Durch den Darlehensvertrag wird der Darlehensgeber verpflichtet, dem Darlehensnehmer einen Geldbetrag in der vereinbarten Höhe zur Verfügung zu stellen“; § 607 Abs. 1: „Durch den Sachdarlehensvertrag wird der Darlehensgeber verpflichtet, dem Darlehensnehmer eine vereinbarte vertretbare Sache zu überlassen. Der Darlehensnehmer ist zur Zahlung eines Darlehensentgelts und bei Fälligkeit zur Rückerstattung von Sachen gleicher Art, Güte und Menge verpflichtet.“

Китайският законодател, изглежда е имал намерението да кодифицира един реален заем за потребление между физически лица (чл. 210 и 211)<sup>92</sup> и един договор за заем за потребление, който е консенсуален и се отнася до всички останали случаи със специална препратка към заемите, представляващи финансови операции, сключвани с посредничеството на банки (чл. 196–209)<sup>93</sup>.

Мисля обаче, че актуалната формулировка не оставя съдържанието на тези разпоредби без двусмисленост и проблеми, които не ми се струва, че зависят само от неясноти в превода. Всъщност чл. 196, който представлява първата разпоредба, посветена на паричния заем, предвижда, че заемът е договор, при който заемателят взема на заем пари от заемотателя, задължавайки се да върне *tantundem*.

Терминологията, която е използвана (поне тази, която се чете в италианския превод: „взима на заем<sup>94</sup>“), изглежда, че има за цел да причисли заема сред реалните договори, установявайки предаването на парите (което се изразява с употребата на глагола ‘взимам’), необходим реквизит за сключването на договора. Но в следващия чл. 201 се предвижда, че ако заемотателят не предаде парите в уговорения срок, отговаря за загубите, понесени от заемателя и ако заемателят откаже да получи парите, плаща лихвите от момента на постигането на съгласието. Следователно само от прочита на последната норма, тълкуващият трябва да бъде насочен към профила на консенсуалността на договора: очевидно е всъщност, че ако заемотателят бъде санкциониран в случая, че не изпълнява *numratio*, бидейки последният елемент на ефективността, а не на структурата на договора.

Освен това прочитът на следващия чл. 210, където се изяснява, че заемът между физически лица придобива ефективност само в момента на предването на

---

<sup>92</sup> Това ми се струва, че е смисълът, който трябва да се даде на чл. 210 от Китайския закон: „Договорът за паричен заем между физически лица придобива своята ефективност в момента, в който заемотателят предостави парите.“

<sup>93</sup> Буквата на закона не е абсолютно ясна по този въпрос, но намерението може да бъде разкрито от систематичния прочит на цитираните разпоредби: вж. чл. 196 от Китайския закон: „Паричният заем е договор, при който заемателят взема на заем пари от заемотателя и на падежа ги връща, плащайки освен това и лихвите“; чл. 201: „Тогава когато заемателят не предаде парите в срок и в уговорения размер, причинявайки по този начин загуби за заемателя, трябва да ги възстанови. Тогава, когато заемателят не върне парите в срока и в дължимия размер, трябва да плати лихвите от тази дата и за този (дължимия) размер.“

<sup>94</sup> Отбелязвам, че цитираните от мен източници, а също така и доктрината, не са ми достъпни в своята оригинална версия, поради езиковата бариера.

парите/вещите, потвърждава, че консенсуалният заем, за който се говори до момента е само този между частно лице и финансираща организация: може би китайският законодател е направил добре, че е изяснил веднага *ex professo* тази позиция.

Същият този чл. 210 поне по начина, който го разглежда китайската доктрина, изглежда, че иска да насочи, че заемът между физически лица е реален договор. Но италианският превод от своя страна споменава за 'придобиване на ефективност' от момента на предаването на парите: това означава за нашите догматични категории, че даването на парите е един реквизит, изискуем за последиците, а не за сключването на договора. Следователно договорът за паричен заем трябва да се счита за сключен още от момента на постигането на съгласието и предаването на парите се счита за изпълнение на договора. И тук предварително избраната формулировка отвъд проблемите, свързани с нейния превод, не изглежда особено ясна и затова напълно оправдани ми се струват предложенията за модификация, които в момента се обсъждат в китайската доктрина<sup>95</sup>.

Във всеки случай линията, следвана от китайския законодател (алтернативна между консенсуалния заем [между частно лице и банка] и реалния заем [между частни лица]), не е изобщо нова в романистичните правни системи. Например ALR на Прусия от 1794 г.<sup>96</sup> и Френско-италианският проект на граждански кодекс на задълженията от 1927 г.<sup>97</sup>, така както и Проектът за италиански граждански кодекс

---

<sup>95</sup> Вж. LIANG HUIXING (ed.). *Zhongguo Minfadian Cao'an Fuliyou. (A propositional version with reasons for civil code draft of China)*. Pechino, 2013, p. 537; XU GUODONG (ed.), 绿色民法典 – Green Civil Code Draft, Social Sciences Documentation Publishing House, 2004, p. 559. Последният автор дефинира заема не от гледна точка на ефективността, а на валидността му (чл. 407 „договорът за заем между физически лица става валиден, когато заемателят предаде предмета“); по мое мнение обаче, от догматична гледна точка е необходимо да се направи разлика между изискуемите факти за правната квалификация на фактическия състав от реквизитите, които правната уредба изисква за валидността на същия: вж. U. MAJELLO. *Custodia e deposito*. Napoli, 1958, p. 283; MASTROPAOLO, *op. cit.*, p. 36, n. 64.

<sup>96</sup> Вж. ALR 1794 I, 11.1 § 653: „Das eigentliche Darlehn ist ein Vertrag, vermöge dessen Jemand gangbares ausgemüntzes Geld... einem Andern zum Verbräuche übergibt“; § 654: „Hat Jemand durch einen gültigen Vertrag sich verpflichtet, einem Andern ein Darlehn zu geben, so ist er schuldig diesen Vertrag... zu erfüllen.“

<sup>97</sup> Progetto di Codice delle obbligazioni e dei contratti. Testo definitivo approvato a Parigi nell' Ottobre 1927 – Anno VI, Roma, 1928, art. 636, p. 294: „заемът е договор, по силата на който едната страна дава или се задължава да даде...“

от 1936 г. представляват важни прецеденти в тази насока. Струва ми се важно да отбележа, че в една страна, принадлежаща към самата римскоправна система като Куба, вследствие на въвеждането на Гражданския кодекс от 1987 г. се достига до напълно противоположно на китайското решение, считайки за реален заема между частно лице и банка и за консенсуален заема между физически лица<sup>98</sup>.

Достоен за оценяване ми се струва обаче изборът на китайския законодател да се опита да приспособи догматичната конфигурация на заема към конкретна, операция по заем, създадена от страните, поставяйки разлика между функцията в момента на сключването от самия договор.

Що се отнася до безвъзмездността, китайският законодател изглежда, че прибегва до същия път, избран от италианския законодател, в момента, в който въвежда една норма като чл. 1972, където се предвижда, че заемът трябва да включва „клаузи като... лихвен процент“: Тази норма всъщност изглежда, че показва, че е естествено от подобен договор да се пораждат лихви. Освен това, след като договорът се отнася само до пари, този избор изглежда изцяло логичен.

Чуждестранният изследовател често пъти е затруднен от други китайски норми относно заема, които показват липса на приемственост както спрямо римското право, така и спрямо италианската правна уредба.

Например чл. 197, уреждащ специфична хипотеза, в която страните са физически лица, изисква изрично писмена форма за договора, разграничавайки се определено от тази 'неформалност', която е така характерна от раждането на института и неговите първи крачки.

От чл. 201 нататък китайският законодател предвижда, че ако заемодателят не предостави на заемателя обещаните пари, причинявайки му загуби, трябва да ги възстанови. По тази причина още римският юрист Паул (вж. Paul., 2 ad ed. D. 45.1.68) уточнява, че в този смисъл обезщетението не трябва да се ограничава до обещаната за заем сума, а трябва да обхване *id quod interest*, израз, който съвпада

---

<sup>98</sup> Вж. чл. 309 от Кубинския граждански кодекс от 1987 г.: „Por el contrato de préstamo una de las partes se obliga a entregar a la otra una cantidad de dinero o de bienes designados solamente por su género, y esta a devolver otro tanto de la misma especie y calidad dentro del plazo convenido“; art. 447 Cc. cub. 1987: „Por el contrato de préstamo bancario, el banco pone a disposición del interesado una suma de dinero para aplicarla a un determinado fin, obligándose este a su devolución y al pago del interés convenido, que no puede exceder del legal.“

с този, който в съвременната доктрина посочва т.нар. позитивен интерес: с други думи заемото, който не изпълнява задължението да предаде парите на заемателя трябва да обезщети заемателя с всичко онова, което последният би могъл да инкасира, ако беше получил заетата сума.

Интересни са също така и чл. 202 и 203, които уреждат това, което италианската юриспруденция нарича 'целеви заем', при който страните установяват връзка на предназначение за взетата на заем сума. В този случай не изглежда ясно от съдържанието на закона дали става въпрос за една обща разпоредба, която важи за всички заеми или за особена норма, която се прилага само за определен тип заеми, както е в Италия. Добре е да се припомни, че римските източници предвиждат в някои особени случаи обвързване на предназначението на парите, предоставени на заем<sup>99</sup>. Накрая ми харесва да отбележа тук предложението за промяна, предложено от проф. Xu Guodong от Университета в Ксиамен в неговия проект за граждански кодекс, която ми е достъпна за съжаление само индиректно, поради споменатите по-горе лингвистични причини. В този т.нар. Зелен проект Xu Guodong предлага да се уреди възмездният заем като консенсуален договор, докато безвъзмездният заем – като реален (на базата на различната договорка между страните или различната законодателна разпоредба)<sup>100</sup>. Това мнение, което, както видяхме в предходния параграф има поддръжници, както в Италия, а в Китай изглежда се поддържа и от други учени като например проф. Liu Ja'an от Университета в Пекин по политически науки и юриспруденция или от Zheng Yongkuan.

Не липсват също така и в Китай поддръжници на по-радикални мнения в подкрепа на консенсуалността, които предлагат да се отмени напълно категорията на реалните договори, препращайки именно към паричния заем: мога да цитирам имената на колегите Zheng Yongkuan и Wang Hong.

---

<sup>99</sup> Вж. напр. Ulp., 73 ad ed. D. 20.4.6 (заем, предоставян, за да се купят провизии за моряците или за да се платят разходите по транспорта, или да се купят стоките, които трябва да се превозят); вж. също така и Hist. Aug., Sev. Alex. 21 (заем за купуване на парцели).

<sup>100</sup> XU GUODONG, *op. cit.*, p. 559, n. 95.

#### **4. Заключение. Заемът за потребление и реалните договори: жизнеността на една категория**

От обща гледна точка ми се струва, че разсъжденията, направени до момента, позволяват да бъдат очертани няколко заключителни бележки, които, опирайки се на романистичната традиция, си дават сметка както за италианската правна уредба, така също и за систематичното поставяне от китайския законодател на въпросния договор, които смятам, че могат да послужат за бъдещи изследвания.

Китайският законодател в съответствие с традицията, за която се опитам да очертая някои откъслечни линии в предходните страници и предвиждайки възможността да се сключват консенсуални парични заеми, е избрал да остави отворен пътя на реалния заем. Това не предполага да се отрече, че за някои хипотези съответната консенсуална схема не може да се окаже тузиористична. Това означава само по мое мнение да се признае, че такова обстоятелство не може по никакъв начин да доведе до това да се предложи временното изоставяне на реалния заем или дори от една по-обща перспектива отмяната или премахването на категорията на реалните договори.

В една друга статия се опитам да покажа, че реалният договор не изглежда да е плодът на едно сляпо следване на традицията, а представлява по-скоро категория, която има обременяващо значение и която трябва да осъществи важна функция дори и в глобализирания свят днес и обратното: нейната отмяна би била дори и в ден днешен неоправдана абстракция нито от реалността на правните сделки, нито от нормативните факти<sup>101</sup>. Очевидно не би имало полза да повтарям тук в заключението същата аргументация, която съм направил там. Мисля обаче, че е полезно да се подчертаят някои мотиви, които дори и днес доказват необходимостта и ползата от юридическата схема на реалния заем.

Най-общо ми изглежда правилно да се сподели становището, според което не е възможно да се индивидуализира единна *ratio* на категорията на реалните контракти. Подкрепям твърдението, според което: „преценката относно реалността

---

<sup>101</sup> MASCHI, *op. cit.*, p. 16, n. 11; GUZMAN BRITO, A., *op. cit.*, n. 64, p. 35–59; SACCOCCIO. I. c., n. 12, p. 103–170.



на отделната договорна операция може да бъде направена само конкретно“, за да се индивидуализира поотделно по-голямото съответствие на реалното съдържание на договора спрямо конкретно изразените интереси от страните<sup>102</sup>.

В частност при заема за потребление, като изключим случая на обещание за заем (чл. 1822 от Италианския граждански кодекс от 1942 г.), схемата на реалността на договора позволява на заемодателя да оцени благото от момента на предването на парите/вещите рискът за тази операция на заема го кара да избегне закотвянето на конкретната оперативност на договора към изпълнението от страна на обещалия, което представлява един факт „сам по себе си несигурен и твърде вероятно отлагателен<sup>103</sup>“. От друга страна продължавам да мисля, че реалният заем за потребление в различни случаи, които не се ограничават само до безвъзмездния заем<sup>104</sup> представя аспекти на по-добра защита на заемателя спрямо този, който е изграден изцяло на консенсуален принцип, който обаче от своя страна защитава важна група интереси и именно заради това изглежда правилно да го запазим и уредим.

По мое мнение неудобствата не идват от предвиждането на консенсуален заем, който има своите основания да съществува в някои случаи, а по-скоро от желанието да остави единствения път, по който да се мине за този, който иска да сключи една операция за паричен заем. С други думи, дали заемът е само консенсуален се определя от неудобствата и неясните отговори, на които си заслужава да се спрем за кратко.

Например при консенсуалния заем, заемодателят може да съди заемателя, който е загубил интерес към заема, за да го принуди да го приеме. Ако това изглежда по-ясно при възмездния заем, то е напълно неразбираемо при

---

<sup>102</sup> CENNI, *op. cit.*, p. 115, n. 64, която поставя въпроса за метода на това; GABRIELLI. E. *Il pegno*. – In: *Trattato di diritto civile diretto da R. SACCO. I diritti reali*. 5, Il pegno. Torino, 2005, p. 113, на когото принадлежат думите, възпроизведени в текста.

<sup>103</sup> Неубедително изглежда възражението на De TILLA. I. c., p. 548, n. 65, което се аргументира от факта, че нашият законодател е предоставил с консенсуален характер договора за отваряне на кредит, който има аналогична функция със заема за потребление. На практика докато заемателят иска незабавно да разполага с парите/вещите (и това оправдава реалността на договора), отварянето на кредит представлява само един вид подсигуряване за длъжника спрямо бъдещи ангажименти, и следователно е по-добре да бъде структурирано като консенсуален договор.

<sup>104</sup> Така вж. GUZMAN BRITO. I. c., p. 52, n. 101.

безвъзмездния, това не е случай тази възможност да е изрично изключена от римските източници<sup>105</sup>.

Освен това, след като веднъж заемът е определен като изцяло консенсуален договор и е установено като последица, че заемотелят се задължава да предаде на заемателя, като последното, изправено пред неизпълнението на първото, може да изисква според общите правила развалянето на договора и обезщетение за вредите, или изпълнение на това, което е обещано<sup>106</sup>, но след като и в двата случая става въпрос за имуществено задължение, никой заемател няма да избере второто решение, още повече като се прецени, както ми се струва по-правилно, че вредите, които трябва да бъдат обезщетени в този случай, трябва да съответстват на т.нар. 'позитивен интерес'<sup>107</sup>.

Накрая при изцяло консенсуалния заем могат да възникнат други и различни проблеми: след като е сключен договорът с простото постигане на съгласие, ще бъде ли вземането на заемателя за получаването на заема едно право, което може да бъде заложено при неговите кредитори? Може ли заемателят да търси лихви за забавеното във времето предаване на парите за заема? Може ли заемателят да противопостави това вземане в компенсация на друго вземане, от което заемотелят да се възползва или по-лошо, може ли заемотелят да иска

---

<sup>105</sup> Вж. напр. D. 12.1.30 (*Paul., 5 ad Plaut.: 'Qui pecuniam creditam accepturus spondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat'*), където се потвърждава възможността за длъжника, който е обещал връщането да не приеме паричната сума в заем); по въпроса препращам към по-задълбочени разсъждения в SACCOCCIO, I. c., p. 389–403, n. 11. Очевидно не би било възможно при нито един от дискутираните казуси да търсим отговорност на заемателя, който е в забава за обезщетение на една евентуална вреда.

<sup>106</sup> Така е например според новия Аржентински граждански кодекс, вж. чл. 1526.

<sup>107</sup> Оказва се трудно да се предложи ситуацията, при която заемател в хипотезата на консенсуален паричен заем, изправен пред неизпълнението на задължението на заемотеля да му предостави обещаната сума, му търси отговорност за неизпълнението, можейки в резултат на развалянето на договора да получи и обезщетение за щетите му. За възможността да се получи обезщетение в тези случаи на *id quod interest*, вж. римския юрист Паул в D. 45.1.68, който вече беше споменат и по-горе; по въпроса си позволявам да препратя към моята работа SACCOCCIO, I. c., p. 404–418, n. 11. С препратка към Italia вж. също така и Cass. 6 giugno 2003, n. 9101. – In: Riv. notar., 3 (2004), с бележка на TRASATTI, UNGARI. *La natura giuridica e la struttura del cd. contratto condizionato di mutuo fondiario*.

прихващане с друго вземане, което има спрямо заемателя, премахвайки по такъв начин смисъла на тази правна операция (паричен заем)<sup>108</sup>?

Поради всички тези причини реалният договор за паричен заем не може и не трябва да бъде считан за останка от миналото, а просто за една конкретна необходимост от съвременния живот, която правната уредба има правото и същевременно задължението да защити<sup>109</sup>. Законодателят не трябва да бъде каран да се заблуждава в почитането на фалшиви идоли като този за възприемането *a priori* на общо и абстрактно понятие за договор, което да се припокрива с отделните и конкретни договорни схеми, чието конкретно съществуване определено е полезно. Именно поради това решението на китайския законодател, който съзнателно избира да не лишава гражданите от възможността да се ползват от реалния паричен заем, е според мен много по-модерно от някои други съвременни правни уредби.

---

<sup>108</sup> За някои от тези възражения вж. SIMONETTO, *op. cit.*, p. 187, n. 64.; вж. също така и CENNI, *op. cit.*, p. 139 – 140, n. 64; по-проблемно ми се струва това да се говори за отвращение спрямо упражняването на един изпълнителен иск срещу заемодателя, като последица от раждането на вземане на заемателя за предоставянето на парите: струва ми се всъщност, че от една страна заемодателят, който не изпълнява даденото си обещание по смисъла на чл. 1822 върви точно срещу тази последица; от друга страна в правните уредби, които в момента допускат консенсуалния заем (Швейцария и Мексико преди всичко, но също така и Германия, Нидерландия, Перу, Куба и Аржентина), такава вероятност не се среща като възможна.

<sup>109</sup> С едно твърдение, което не е лишено от акцент, но което по мое мнение е твърде правдоподобно GUZMAN BRITO. I. с., n. 101, p. 58, говори за реалните договори най-общо като една безсмъртна категория.

## РАЗМИСЛИ ВЪРХУ ПОНЯТИЕТО DAMNUM: DAMNUM И ВРЕДА, ИСТОРИЯТА НА ДВАМА „ФАЛШИВИ СРОДНИЦИ?“ (НА БЪЛГАРСКИ ЕЗИК)

Проф. д-р Жан-Франсоа Геркенс

Университет в Лиеж, Белгия

**Резюме:** Статията поставя въпроса за два правни термина - вреда (dommage на френски език) и damnum (на латински език): дали са т.нар. в езикознанието „фалшиви сродници“? Ако погледнем в речниците на два съвременни езика, така се наричат думи, които по външен вид си приличат много, но са различни по значение. Разтълкуването на разликата по отношение на словообразуването и значението може понякога да се обясни от разлики в еволюцията на двете думи, които имат общ етимологичен произход. Особеността на разглеждания тук случай очевидно е в това, че едната дума произхожда от другата и не става дума за паралелно развитие. Поставя се въпрос и дали еволюцията на думата ѝ е придала ново значение, различно от това, което е имала в латинския език. Целта на това кратко изследване не е филологическо и етимологическо проучване на въпроса, а да се провери дали всеки път, когато римските юристи говорят за damnum това съответства задължително на понятието за вреда (dommage) във френския език.

**Ключови думи:** правна терминология; правни понятия; латински език; вреда; damnum.

---

\* Статията е публикувана на френски език със заглавие „Réflexions sur le damnum: Damnum et dommage, l'histoire de deux faux amis?“ -In: Ruelle, A., Berlingin, M. (eds.) Le droit romain d'hier à aujourd'hui: Collationes et oblationes. Publications des Facultés universitaires Saint-Louis. Bruxelles 2009, p. 79-100 - <http://hdl.handle.net/2268/123381> и е предоставена за превод и издаване на български език с изричното съгласие на автора и на издателя. Тя е посветена на проф. Жилбер Ханард във връзка с проведената в негова чест на 23 март 2007 г. конференция в Института по римско право в Париж в издадения от нея сборник със статии и доклади.

## REFLEXIONS ABOUT DAMNUM: DAMNUM AND DAMAGE, THE HISTORY OF TWO FALSE COGNATES? (BULGARIAN LANGUAGE)

**Prof. Jean-François Gerkens, PhD**

University of Liege, Belgium

**Abstract:** The article raises the question of two legal terms - harm (dommage in French) and damnum (in Latin): whether they are so-called in linguistics "false cognates"? If we look at the dictionaries of two modern languages, in such way are called words that are very similar in appearance but different in meaning. The interpretation of the difference in word formation and meaning can sometimes be explained by differences in the evolution of the two words, which could have a common etymological origin. The peculiarity of the case considered here is obvious in the fact that one word originates from another and it is not a question of parallel development. The question also arises as to whether the evolution of the word has given it a new meaning different than that which it had in Latin. The purpose of this brief research is not a philological or an etymological study of the subject, but to examine whether every time the Roman jurists speak of *damnum* it necessarily corresponds to the concept of harm (dommage) in the French language.

**Keywords:** Legal terminology; legal concepts; Latin language; harm; damnum.

## Въведение

Вреда и *damnum* фалшиви сродници ли са? Под фалшиви сродници имам предвид това, което обикновено се разбира, когато погледнем в речниците на два съвременни езика. Те са думи, които по външен вид си приличат много, но са различни по значение. Разтълкуването на разликата по отношение на словообразуването и значението може понякога да се обясни от разлики в еволюцията на двете думи, които имат общ етимологичен произход. Особеността на разглеждания тук случай очевидно е в това, че едната дума произхожда от другата и не става дума за паралелно развитие. Най-много човек може да се запита дали еволюцията на думата ѝ е придала ново значение, различно от това, което е имала в латинския език. Целта на това кратко изследване не е филологическо и етимологическо проучване на въпроса. По-скоро целта е да се провери дали всеки път, когато римските юристи говорят за *damnum*, това съответства задължително на термина и понятието за вреда (*dommage*) във френския език.

Какво определение можем да дадем на вредата? Няма да учудя читателя, ако му кажа, че Наполеоновият кодекс не ѝ дава дефиниция. Аз от своя страна в действителност се сблъсках с проблема за дефиницията на вредите, когато бях помолен да напиша доклад за Белгия за последния конгрес на Международната академия по сравнително право в Утрехт в Нидерландия<sup>1</sup>. Искането да пиша за имуществените вреди в белгийското право. Темата беше малко загадъчна и едва след консултация с един от главните докладчици разбрах, че става дума за онова, което в англо-саксонската система наричат „*pure economic loss*“ и че може да се преведе буквално като „чисти финансови загуби“<sup>2</sup>.

За един френски или белгийски юрист трябва да е ясно, че този чисто финансов характер на вредата има незначително влияние върху правните ѝ

---

<sup>1</sup> Вж. GERKENS, J.-F. „*Pure Economic Loss*“ en droit belge, in *Rapports belges au congrès de l'Académie internationale de droit comparé à Utrecht*. Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 281 ss.

<sup>2</sup> Вж. по този въпрос: HERBOTS, J. *Le „duty of care“ et le dommage purement financier en droit comparé*. - *Revue de droit international et de droit comparé*, 62, 1985, p. 7 ss.

последници. Тъй като няма предварително определение за вреда, чл. 1382 от Наполеоновия кодекс позволява обещетение за вреди, когато те са чисто имуществени (парични). И обратното, трябва да се признае, че ако се даде определение за вреда, то може да има ограничителен ефект и да изключи възможност за получаване на обезщетение. Това е проблем, пред който са изправени някои правни системи. Темата беше разгледана по отличен начин от нашата колега Флориана Курси<sup>3</sup>. Като пример бихме могли да посочим ситуация, в която някой, който бидейки погрешно информиран за нейната стойност, избира да купи картина на цена, значително по-висока от реалната ѝ стойност. Единствен, който страда от тази грешна информация, е портфейлът на купувача.

До каква степен той може да се оплаче, че е бил въведен в заблуждение от грешна информация? Заплащането за картината на цена, по-голяма от пазарната ѝ стойност, представлява ли вреда? Както вчера, така и днес определението за вреда заслужава известно разяснение.

Връщам се към римското право и въпроса ми за дефинирането на вредите или по-точно *damnum* при отговорността за непозволеното увреждане според Аквилевия закон (*Lex Aquilia*).

В етимологичен план за известно време се е смятало, че терминът *damnum* произлиза от *dare*. Това твърдение е защитавано най-вече от Heumann и Seckel<sup>4</sup>, но днес то е изоставено<sup>5</sup>.

Юридическите извори ни показват, че *damnum* понякога означава вредата, която е претърпяна от нещо, и обезщетението, което се предлага. Изглежда дори, че това второ значение – на обезщетение - е било използвано

---

<sup>3</sup> CURSI, M.-F. *Il danno non patrimoniale e i limiti storico-sistemati dell'art. 2059 C.C.* – In: *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato (Obbligazioni e diritti reali)*. R. CARDILLI et alii. Jovene, Napoli, 2003, p. 103-167; CURSI, M. F. *Per una storia critica della tutela Aquiliana dei diritti assoluti.* – In: *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato 2*. R. CARDILLI et alii. Jovene, Napoli, 2006, p. 23-126; CURSI, M. F. *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*. Jovene, Napoli, 2008.

<sup>4</sup> HEUMANN, H., E. SECKEL. *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*. Akademische Druck-Verlagsanstalt, Graz, 1958, s.v° *damnum* (p. 119).

<sup>5</sup> ERNOUT, A., A. MEILLET. *Dictionnaire étymologique de la langue latine: hi toire des mots*. Klincksieck, Paris, 1994, s.v° *damnum*. За задълбочено изследване на индоевропейските корени на *damnum* вж. в книгата на VALDITARA, G. *Sulle origini del concetto di damnum*. Giappichelli, Torino, 1998, p. 22-32.

първоначално. В смисъл на компенсация думата е използвана навсякъде в Закона на XII таблици<sup>6</sup>.

Що се отнася до *lex Aquilia*, думата *damnum* се появява единствено в трета глава. Текстът<sup>7</sup> на тази трета глава намираме във фрагмент на Улпиан:

**D. 9.2.27.5 (Ulpianus libro 18 ad ed.)** *Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: « ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri **damnum** faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas est».*

В трета глава на *Lex Aquilia* пише: „ако някой повреди имуществото на друго (освен ако не са убити роби или добитък) като неправомерно е изгорил, счупил, унищожил, трябва да бъде осъден в рамките на следващите тридесет дни да изплати стойността му на собственика“.

В този случай изглежда, че смисълът на *damnum* е на имуществена вреда. Дори *damnum* да не е дефинирана, все пак е последвана от изброяване на няколко типични действия<sup>8</sup>, които водят до нанасяне на вреда: *urere*, *frangere*, *rumpere*<sup>9</sup>. Ако наистина е вярно, че тук става дума за действия и следователно изглежда те допълват осъществяването на условието за *iniuria* (противоправно действие), всъщност тези действия предизвикват различни видове вреди. И тези

<sup>6</sup> Изразът „*damnum decidere*“ се среща девет пъти в Закона на XII таблици. Осем пъти в употребен във връзка с *furtum*. В таблица VIII.16, намираме "*damnum decidere*" като намек за размера на глобата, който осъденото лице трябва да заплати на жертвата на кражбата. (Вж. VALDITARA, G., *Sulle origini, op. cit.*, p. 50 ss.).

<sup>7</sup> Намираме думата във фразата: „*Si quis alteri damnum faxit...*“.

N.B. : Запазеният текст е реконструиран от Maria-Floriana CURSI (*Iniuria cum damno*. Giuffrè, Milano, 2002, p. 193).

<sup>8</sup> Относно тази триада, G. VALDITARA (*Sulle origini, op. cit.*, p. 6) запазва казуистичния произход на изброяването. Според него преди *lex Aquilia* само тези три вида вреди са могли да бъдат обезщетени.

<sup>9</sup> Разширяването до *corrumpere* се дължи на *veteres* според Улпиан, D.9.2. 27.13.



разновидности на вредата непременно водят до материални щети върху имуществото на потърпевшия<sup>10</sup>.

Първоначално видовете щети, които биха могли да бъдат възстановени съгласно *lex Aquilia*, са относително малко. Но както добре знаем, римската юриспруденция значително разширява обхвата на Аквилиевата отговорност за увреждането на чужда вещ посредством „полезни“ и фактически искиове.

Освен тези два различни начина за определяне на *damnum* (като имуществена вреда, от една страна, и обезщетение, от друга), е известно, че възможността за получаване на обезщетение не се ограничава само до случаите на увреждане на нещо, на което сме собственици. Римската юриспруденция дори разширява случаите на отговорност до хипотези, в които нито една от вещите, собственост на потърпевшия, не е претърпяла материални щети. Прието е тези щети да се наричат *non corpori*<sup>11</sup>.

Така се получава, че римската юриспруденция признава обезщетение, макар че нищо от имуществото на потърпевшия не е повредено и обратното, че римската юриспруденция твърди, че няма щети, въпреки че имущество на жертвата е увредено.

Нека разгледаме тези две ситуации последователно. Първо случаите на *damnum* без обезщетение, а после тези на обезщетение без *damnum*.

### **I. *Damnum* без обезщетение или *damnum non corpori***

---

<sup>10</sup> Това е и анализът на G. VALDITARA (*Sulle origini, cit.*, p. 4), който приема, че може да се открие еволюция в концепцията за *damnum*, която в основата си е свързана *damnum iniuria datum*, т.е. с изгубването на имущество или намаляването на неговата стойност, причинени от неправомерни действия, та да се стигне накрая, дори тенденциозно, до цялостно неблагоприятно въздействие върху имуществото на засегнатото от увреждането лице. Мимоходом ще отбележим трудностите, с които се сблъскват френският и италианският правен език при означаването на тази конкретна вреда, която се състои в имуществена щета. G. VALDITARA (*Sulle origini, op. cit.*, p. 21, p. 22, p. 38 *passim*, p. 71) прибягва често да немското „*Sachbeschädigung*“, за да я изрази.

<sup>11</sup> Трябва да отбележим, че понятията *damnum corpore corpori datum* не е от римско време. Изглежда, че идва от Дионисий, който се е вдъхновил от Акурсий и Франчедсо Аколти. По въпроса вж. VALDITARA, G., *op. cit.* p. 16.

Нека отбележим на първо място, че признаването на възможността за получаване на обезщетение за неимуществена вреда не е било просто. Текстът на *lex Aquilia* не предвижда такава възможност. По-късно римската юриспруденция е тази, която е дала иск за многото потърпевши с неимуществени вреди.

Знаем, че Лабен е бил привърженик на прибягването към полезните или фактическите искове, за да компенсира липсата на иск *ex lege Aquilia* при отсъствие на имуществено увреждане<sup>12</sup>:

**D. 4.3.7.7. (Ulpianus libro 11 ad ed.)** *Labeo quaerit, si compeditum servum meum ut fugeret solveris, an de dolo actio danda sit? et ait Quintus apud eum notans: si non misericordia ductus fecisti, furti teneris: si misericordia, in factum actionem dari debere.*

Лабен пита: ако си освободил мой роб така, че той избяга, дали трябва да се даде иск за измама. И Квинт по отношение на Лабен отбелязва: ако не си го направил от състрадание, отговорен си за кражба; ако пък си бил състрадателен, трябва да се даде фактически иск.

Това е казусът с някой, който освобождава чужд роб от оковите, за да му помогне да избяга, който е разгледан и в Институциите на Юстиниан:

**IJ.4.3.16 in fine...** *Sed si non corpore damnum fuerit datum neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigit, cum non sufficit neque directa neque utilis Aquilia, placuit eum qui obnoxius fuerit in factum actione teneri: veluti*

Ако не е причинена материална вреда и не е увредено чуждо тяло, но по някакъв друг начин е причинена вреда другиму, като не може да се използва нито прекия, нито полезния иск на Аквилевия закон, се дава фактически иск: например ако някой от

<sup>12</sup> Вж: VALDITARA, G., *cit.*, p. 10 ss. *IDEM. Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini.* Giuffrè, Milano, 1992, p. 514 ss.

*si quis, misericordia ductus, съчувствие е освободил (от оковите) чужд  
alienum servum compendium роб, за да (му даде възможност да) избяга.  
solverit, ut fugeret.*

Текстът на Институциите е по-ясен по отношение на липсата на имуществена вреда (*neque corpus laesum fuerit*) и прави ясно разграничение между приложното поле на полезния иск и това на фактическия иск. Доколкото не разполагаме със сведения от преди Юстиниан в тази насока, е трудно да се направят изводи за положението в класическото право.

Определени автори – в частност Valditara и Cursi<sup>13</sup> – считат обаче, че това може би е логическо достижение, което е надделяло от епохата на класическото римско право насетне. Онова, което е сигурно е, че римската юриспруденция е предоставила фактически иск (или евентуално полезен иск) в случай когато някой е освободил чужд роб, като по този начин благоприятства бягството му. Този роб не е мъртъв и не е получил никакво нараняване. Цената му не е намаляла и не е излязъл извън патримониума на собственика му. Следователно щетата се състои във факта, че робът е избягал и трябва да бъде върнат. Това създава както разходи (вероятно ще трябва да се наеме някой, който да залови беглеца), така и пропуснати ползи, защото докато трае бягството господарят не може да използва роба си.

Текстът на Улпиан добавя една подробност за психологическите обстоятелства, при които е действал освободилият роба. Ако е действал от състрадание, трябва да се предяви фактически иск, а ако не е имало такава подбуда, следва да се предяви *actio furti* (иск за кражба). Това разграничение е приписвано на някой си Квинт. Дали става дума за Квинт Муций Сцевола<sup>14</sup> или Квинт Сервидий Сцевола<sup>15</sup> или някой друг? Заради хронологичното несъответствие не е възможно първият да е разсъждавал върху мнение на Лабен. Като цяло,

---

<sup>13</sup> Вж. VALDITARA, G. *Sulle origini*, op. cit., p. 13; CURSI, M.-F. *Per una storia*, op. cit., p. 42.

<sup>14</sup> В този смисъл вж. например: ARNÒ, C. *Actio in factum accomodata legi Aquiliae*. – In: *Studi per il XIV° centenario delle Pandette*. Pavia, 1933, p. 34 ss.

<sup>15</sup> По отношение на тази възможност, вж. VALDITARA, G. *Superamento*, op. cit., p. 144.

подобно на Corbino и Cursi<sup>16</sup>, трябва да се признае, че идентифицирането на този Квинт изглежда трудно. По същество това разграничение е лесно разбираемо. Ако робът не е бил освободен от състрадание, следователно се е целяло да бъде отнет от господаря му. Разбираме, че Квинт, а без съмнение също и Улпиан, считат това за излизане от полето на *damnum iniuria datum*<sup>17</sup> и навлизане в това на *furtum*.

В Дигестите има още два текста, отнасящи се до подобни хипотези, но при тях няма освобождаване на роб, а на животно, което е отвързано или подплашено:

**D. 47.2.50. (Ulpianus libro 37 ad ed.)** *Cum eo, qui pannum rubrum ostendit fugavitque pecus, ut in fures incideret, si quidem dolo malo fecit, furti actio est: sed et si non furti faciendi causa hoc fecit, non debet impunitus esse lusus tam perniciosus: idcirco Labeo scribit in factum dandam actionem.*

Който показва червен плат на добитък и затова той побегне, с цел да попадне у крадци, и го направи с умисъл, срещу него да е иск за кражба. Но и да не го е направил с цел да краде, не трябва толкова опасна игра да остане безнаказана. Затова Лабен пише да се даде фактически иск.

Някой дразни добитъка, като размахва с червено парче плат и го плаши, така че да побегне и да попадне в ръцете на крадци. Юристът отново предлага избор между *actio in factum* или *actio furti*. Критерият за разграничение между *furtum* и *damnum iniuria datum* обаче е малко по-различен от използвания в случая с роба. Докато в случая с роба именно милосърдието (*miser cordia*) е това, което възпира употребата на *actio furti*, то в този с добитъка липсата на

<sup>16</sup> CORBINO, A. *Il danno qualificato e la lex Aquilia. Corso di diritto romano*. Padova, 2005, p.185; CURSI, M.-F. *Per una storia*, op. cit. p.43.

<sup>17</sup> Заедно с Alan RODGER (*What did Damnum Iniuria Actually Mean? – In: Mapping the Law, Essays in Memory of Peter Birks*. OUP, Oxford, 2006, p. 421 ss.), можем да отбележим, че ако понятието “*damnum iniuria datum*” е засвидетелствано в правни източници, то изглежда не е имало през Античността техническото значение, което искаме да му придадем днес.

*dolus malus* и фактът, че не е действал *furti faciendi causa* водят до същото разрешение<sup>18</sup>. При първия случай имаме положителен факт (наличие на *misericordia*), а в другия има отрицателен факт (отсъства воля да се извърши *furtum*). Вярно е, че в хипотезата с подплашения добикът *misericordia* е малко вероятна и тя лесно може да бъде изключена. Следователно прибегването до критерий за заместване може да изглежда логично. И обратно, може да се запитаме защо не само липсата на умисъл да е критерий във всички хипотези.

Можем ли да направим някакво заключение вследствие от тази разлика в критериите на догматично ниво? Според мен не. По-скоро вярвам, че това, което изпъква при сравнението на двата текста, е изключително високата казуистика на римската юриспруденция във връзка с *damnum iniuriadatum*. Нещо повече, към тези два текста можем да добавим и трети, чийто проблем е относително сходен и който хвърля още светлина по въпроса за критерия, който трябва да се приеме, за да се даде било фактически иск, било иск за кражба:

**D. 41.1.55. (Proculus libro 2 epist.)**<sup>19</sup>:

*In laqueum, quem venandi causa posueras, aper incidit: cum eo haereret, exemptum eum abstuli: num tibi videor tuum aprum abstulisse? Et si tuum putas fuisse, si solutum eum in silvam dimissem, eo casu tuus esse desisset an maneret? Et quam actionem tecum haberes, si desisset tuus esse, num in factum dari oportet, quaero. Respon-dit: laqueum videamus ne intersit in publico an in privato posuerim et, si*

В примка, сложена за лов, се хваща глиган. След като се е заплел, аз го освобождавам и отнасям; Мислиш ли, че съм ти отнел глигана? И ако си си мислил, че е твой, и аз трябва да го освободя (да избяга) в гората, в този случай спира ли или продължава да е твой? Питам, ако спре да бъде твой, какъв иск ще имаш срещу мене и дали трябва да е фактически иск? В отговор: първо да видим дали примката е сложена на частна или публична земя. Ако е на частна, за себе си ли съм я

<sup>18</sup> По въпроса вж. също M.-F. CURSI. *Per una storia*, op. cit., p. 44 ss.

<sup>19</sup> По отношение на текста вж. нашето тълкуване (GERKENS, J.-F. *Aeque perituris. Une approche de la causalité dépassante en droit romain classique*. Ed. Collection scientifique de la faculté de droit de Liège, Liège, 1997, p. 121 -152).

*in privato posui, utrum in meo an in alieno, et, si in alieno, utrum permissu eius cuius fundus erat an non permissu eius posuerim: praeterea utrum in eo ita haeserit aper, ut expedire se non possit ipse, an diutius luctando expediturus se fuerit. Summam tamen hanc puto esse, ut, si in meam potestatem pervenit, meus factus sit. Sin autem aprum meum ferum in suam naturalem laxitatem dimisisset, eoque facto meus esse desisset, actionem mihi in factum dari oportere, veluti responsum est, cum quidam poculum alterius ex nave eiecisset.*

сложил или за друго, с позволения на собственика ли съм го направил или без. Също така хванал ли се е глигана така, че да не може да се освободи сам или ако се е бори по-дълго, щеше да се освободи сам и да избяга. Смятам в обобщение, че ако е попаднал под моя власт, става моя собственост; Но ако ти чрез действията си го пуснеш на свобода, той спира да бъде мой; на мен трябва да ми се даде фактически иск, както е и при случая, когато някой хвърли чужда чаша от кораб.

Този път не става дума за подплашено животно, а за глиган, освободен от капан (примка), в който е попаднал. Прокул отново предоставя *actio in factum*. Тълкуването на фрагмента от Прокул обаче не е лесно и без съмнение е необходимо – за да го разберем ясно – да се опитаме да възстановим разсъжденията, които излага в контекста на своя *responsum*<sup>20</sup>.

По отношение на този глиган Прокул си задава няколко въпроса. Първо – ловецът, който е поставил капана, станал ли е собственик на глигана преди минавачът да го освободи и отнесе? Второ: ако вместо да го отнесе, минавачът пусне глигана на свобода, може ли да има срещу него фактически иск?

---

<sup>20</sup> Всъщност не е сигурно, че текстът е наистина *responsum*. Може би това е просто учебен казус, към който Прокул подхожда абстрактно (по въпроса вж. KRAMPE, Ch. *Proculi Epistulae*. Karlsruhe, C. F. Müller, 1970, p. 65 ss.). Вж. и GERKENS, J.-F. *Aequae perituris*, op. cit., p. 132 ss.

Има нещо странно в първия въпрос. Ако трябва да отговорим, че ловецът не е станал собственик на глигана, можем да се спрем дотук и да преминем към следващия текст. Предварително можем да кажем обаче, че Прокул не е направил същото. Ще отбележим, че този първи въпрос, който е донякъде реторичен, не намира изричен отговор до края на този фрагмент. Прокул обратно на това се пита дали не трябва направим разграничения. Той предлага четири: 1. Дали капанът е сложен на публична или частна земя; 2. Ако е бил на частна земя, тя собственост на ловеца ли е или на другото; 3. Ако ловецът не е собственик на земята, имал ли е позволение от собственика да сложи капан; 4. Има ли разлика между случаите, ако в единия глиганът е могъл и сам да се освободи от капана, а в другия е бил така заплетен, че не би успял да се измъкне без чужда намеса.

За съжаление Прокул не казва изрично каква връзка прави между първия си въпрос (припомняме: станал ли е ловецът собственик) и хипотезите и разграниченията, които прави. Юристът се задоволява с твърдението: *Summam tamen hanc puto esse, ut, si in meam potestatem pervenit, meus factus sit*. Тази реплика е била предмет на най-различни тълкувания<sup>21</sup>. Лично аз вярвам, че тя предлага в синтезирана форма решение на проблема за връзката между въпроса и предложените хипотези. Смятам, че за Прокул, ако искаме да разберем дали ловецът е станал собственик на глигана, следва да се провери дали той би могъл да упражни ефективна *potestas* над животното (*si in meam potestatem pervenit, meus factus sit*). Следователно *potestas* вероятно е била достатъчна, ако – *de facto* – ловецът лесно може да достигне мястото, където се намира капанът, хванал глигана. Отговорът на този фактически въпрос зависи най-вече от обстоятелствата, които Прокул е предвидил в своите разграничения: кой е собственик на земята и ако тя е на друго лице, ловецът имал ли е позволение да сложи там капан? Нека тогава приемем, че сме в хипотеза, в която ловецът има *potestas* над глигана, и се смята, че е станал негов собственик.

Да преминем към втория въпрос, зададен в началото от Прокул: ако минувач пусне глигана, може ли ловецът да заведе срещу него *actio in factum*? Този

---

<sup>21</sup> GERKENS, J.-F. *Aequae perituris*, op. cit., p. 130 ss.

път имаме въпрос, близък до разглеждания в предишните фрагменти. Той именно беше: какъв иск може да заведем срещу оногова, който подбуден от състрадание, е освободил завързан роб или които е подгонил животно (*pecus*) извън контрола на собственика му, като е размахвал червено парче плат?“ Отговорът до тук беше: когато извършителят на вредата е действал без умисъл или от състрадание, може да се предяви само иск *in factum*, докато ако е действал със злоумисъл или без наличието на състрадание, следва да се използва *actio furti*.

Във фрагмента от Прокул хипотезата на *actio furti* не е посочена изрично, но няма съмнение, че ако минувачът беше отнесъл глигана, щеше да бъде насочена срещу него *actio furti*<sup>22</sup>.

Що се касае до иска *in factum*, Прокул казва да се даде, когато минувачът е пуснал глигана на свобода. Той аргументира това разрешение с факта, че пускайки глигана, минувачът принудил ловеца да загуби собствеността си над животното. Вярно е, че по отношение на дивите животни (това са онези, животни които не са домашни<sup>23</sup>) правилото е, че са *res nullius*, докато не бъдат заловени. Когато ловецът е заловил диво животно (т.е. недомашно животно) и го държи под своята *potestas* (власт), то става негова собственост по силата на *occupatio* (завладяване). Но ако животното избяга от неговата *potestas* (какъвто е и казусът, в който минувачът освобождава глигана), то отново става *res nullius* (ничия вещь) и излиза от неговото имущество.

Казусът, представен от Прокул е следователно отново случай на щета *non corpori*, в който на потърпевшия от вредата се дава един фактически иск с цел да получи обезщетение. Всъщност глиганът не е претърпял никаква телесна повреда.

Сравнявайки двата случая, разгледани по-горе, можем да се запитаеме дали критерият за разграничение между *actio in factum* и *actio furti* в

---

<sup>22</sup> Вж. GERKENS, J.-F. *Aequae perituris*, op. cit., p. 144 ss.

<sup>23</sup> Римското право разграничава два типа диви животни: има опитомени и превърнати в домашни животни и такива, които не са (IGai.2.67s.) Първите продължават да ни принадлежат, докато има *animus revertendi* (намерение да се връщат). Другите са наша собственост докато са под нашата *custodia* (пазене). В противен случай дивите животни отново стават *res nullius* (ничии вещи). Следователно е вероятно те да бъдат придобити отново чрез *occupatio* (завладяване).



предложения от Прокул казус е по-скоро състраданието на минувача към животното или липсата на злоумисъл. Този път е трудно да си представим, че минувачът, освобождавайки глигана, не е знаел, че с това си действие той причинява загуба (вреда) за ловеца. Следователно ако един от двата критерия, използвани в предходните фрагменти, трябва да бъде запазен, ми се струва, че изборът трябва да падне по-скоро върху критерия, използван в случая с освобождения от окови роб. Минувачът, който освобождава горкия глиган, който е хванат в капан, е действал от състрадание. В ситуацията с роба имаме следователно един хуманист, а в тази с глигана имаме любител на животните и природата.

За да установи предложеното решение, Прокул предлага още една аналогия с друг казус, в който е използван фактически иск: хипотеза с чужда чаша (*posulum*), която сме изпуснали от кораб. Друго събитие с чаша или поне подобна ситуация, може да се открие и във фрагмент от Алфен:

D. 19.5.23. (Alfenus libro 3 dig. a Paulo epit.) *Duo secundum Tiberim cum ambularent, alter eorum ei, qui secum ambulabat, rogatus anulum ostendit, ut respiceret: illi excidit anulus et in Tiberim devolutus est. respondit posse agi cum eo in factum actione.*

Двамина се разхождали по поречието на Тибър. Единият по молба на другия, който се разхождал с него, му показал златен пръстен, за да го разгледа. Пръстенът се изплъзнал от ръцете на втория и се търкулнал в Тибър. Той (Сервий) отговори, че може да се приложи *actio in factum*.

В тази хипотеза нашите двама приятели не са на кораб, ами се разхождат по поречието на Тибър. И предметът, който пада във водата не е чаша, а пръстен. По отношение на останалите елементи разрешението, дадено от Алфен, е същото: собственикът на пръстена може да заведе фактически иск срещу несръчния.

Що се отнася до критерия за разграничение между *actio furti* et *actio in factum*, състраданието не може да бъде взимано предвид. Ако искаме да следваме логиката на предишните фрагменти, тогава липсата на злоумисъл аргументира избора на *actio in factum* вместо *actio furti*. Вярно е, че вредите изглежда са резултат повече от непохватност, отколкото от злонамереност. Още повече, че пръстенът, който пада в Тибър, не е във владението на крадец, което само по себе си изключва *actio furti*.

Подобна ситуация също се среща и тук:

**D. 19.5.14.2. (Ulpianus libro 41 ad Sab.)** *Sed et si calicem argenteum quis alienum in profundum abiecerit damni dandi causa, non lucri faciendi, Pomponius libro septimo decimo ad Sabinum<sup>24</sup> scripsit neque furti neque damni iniuriae actionem esse, in factum tamen agendum.*

Но ако някой, който иска да причини вреда и не за да припечели, хвърли чужда сребърна чаша в морето, в седемнадесета книга Помпоний написа, че нито иск за кражба нито за причинени вреди може да се ползва. Вместо това трябва да е *in factum* (фактически иск)

Според коментара *ad Sabinum* на Помпоний, когато сребърна чаша с цел да се навреди на собственика е хвърлена във водата и падне на дъното, нито *actio furti*, нито *actio damni iniuria*, ами следва да се използва *actio in factum*. Ако деянието е умишлено от страна на този, който е хвърлил сребърната чашата, не може да има *actio furti*, защото намерението е било да се причини вреда, а не да се краде (следователно е действал *non lucri faciendi*).

До тук становищата и изводите, които можем да извлечем от отделните посочени фрагменти, изглеждат относително праволинейни. За всяка хипотеза на вреда *non corpori* сякаш предвидените процесуални средства са едни и същи: *actio furti* или *actio in factum*. Нещата обаче стават малко по-трудни с мнението, дадено от Сабин:

---

<sup>24</sup> N.B. Според Lenel (fr.658 ; fr.2867), става дума по-скоро за 18 книга *ad Sabinum* на Помпоний.

**D. 9.2.27.21. (Ulpianus libro 18 ad ed.)**

*Si quis de manu mihi nummos excusserit, Sabinus existimat damni iniuriae esse actionem, si ita perierint, ne ad aliquem pervenirent, puta si in flumen vel in mare vel in cloacam ceciderunt: quod si ad aliquem pervenerunt, ope consilio furtum factum agendum, quod et antiquis placuit. Idem etiam in factum dari posse actionem ait.*

Ако някой блъсне от ръката ми монети, Сабин смята, че искът е за причинена вреда, ако монетите изчезнат и не попаднат у чужди ръце, като например паднат в морето, река или канал. Но ако попаднат у друго, иск за помагане в кражба следва да се предяви, както смятали и древните. Сабин казва, че *actio in factum* също може да се даде.

Така ако някой блъсне ръцете на друго, който държи в тях монети, трябва да се изследва дали тези монети са попаднали при трето лице. Сабин твърди, че тогава отдавна е прието да се ползва *actio furti*. Обратното, ако монетите не попаднат у друго, ами паднат в река, в морето или в канал, този път Сабин посочва самия *actio damni iniuriae*, което ще рече иск, предвиден от *lex Aquilia*. Вярно е, че в предишния текст (този за сребърната чаша), Помпоний изрично споменава и иска за *damni iniuria*, но за да го отхвърли<sup>25</sup>.

Как да обясним тази позиция на Сабин, за когото не *actio in factum*, ами следва да се даде пряк иск на този, чиито монети са паднали във водата? Според мнозина автори<sup>26</sup>, отговорът се състои в думите “*si ita perierint*“. Ако парите се изплъзнат от собственика си, това е защото те са погинали, и следователно той е претърпял трайна загуба.

Парите са потребима вещ. Когато излязат от контрола на собственика им, те вече не могат да бъдат определени и следователно излизат от неговото

<sup>25</sup> Отбелязваме като М.-Ф. CURSI (*Per una storia, op. cit.*, p. 49, текст и бележка 83), че Помпоний говори във връзка с коментар ad Sabinum. Може би Помпоний си е направил труда изрично да изключи *actio damni iniuriae*, за да покаже отграничението, което прави, от мнението на Сабин.

<sup>26</sup> Вж. специално CURSI, М.-Ф. *Per una storia, op. cit.*, p. 48 ss.; CORBINO. *Il danno qualificato, op. cit.*, p. 80.

имущество. Собствеността над падналите монети е окончателно загубена и тази загуба означава пълно и сигурно унищожение, което може да оправдае прибегването до пряк иск по *lex Aquilia*. В обобщение можем да кажем, че когато загубим собствеността върху вещта (както е случая с монетите), разполагаме с пряк иск по *lex Aquilia*. Обратно, оставаме собственици на вещта, но сме изгубили възможността за ползване (както е случая с пръстена и сребърната чаша), тогава разполагаме с *actio in factum*.

Анализ на разгледаните до момента фрагменти обаче не е изцяло задоволителен. Всъщност, ако загубата на собственост наистина трябва да играе роля при определянето на иска, който да се ползва, тогава решението, прието за глигана, вече не е последователно. В действителност има важна разлика между казуса с глигана, освободен от минувача, и този с чашата, която паднала във водата. Поради дивата си природа освободеният глиган отново става *res nullius* (ничия вещь) и следователно напуска имуществото на ловеца, който е бил станал собственик. В този случай Прокул е сгрешил в определянето на *actio in factum*, вместо да използва пряк иск на *lex Aquilia*. От само себе си се разбира, че е твърде нелепо да се твърди подобно нещо. Кой би могъл да настоява, че Прокул греша? Според мен обяснението е друго. Струва ми се правдоподобно да си представим, че въпросът е бил предмет на спорове между Прокул и Сабин. Сабин е бил привърженик на пряк иск по *lex Aquilia*, докато Прокул застъпва *actio in factum*. Като признаем, че е имало действително противоречие между Сабин и Прокул, можем по-лесно да тълкуваме отделните текстове. Това, разбира се, обяснява защо Сабин дава пряк иск по *lex Aquilia*, където има загуба на собственост, а там Прокул предвижда *actio in factum*. Обяснява също и защо Помпоний категорично отхвърля прекия иск за сметка на *actio in factum* в своя коментар *ad Sabinum* по отношение на сребърната чаша. Самият факт, че Помпоний, по повод коментар *ad Sabinum* решава да отхвърли изрично иска за *damni iniuriae* там, където обикновено в сходни фрагменти юриспруденцията е предоставяла *actio in factum*, струва ми се е подсказка в полза на това противоречие. Изглежда, че Улпиан е бил по-прагматичен в тази връзка, защото следвайки мнението на Сабин, който

предвижда пряк иск по *lex Aquilia* в казуса с падналите във водата монети, той като че ли допълва това становище като включва “*Idem etiam in factum dari posse actionem ait*”. Следователно Улпиан не е искал да избира между двата иска и признава, че и двата могат да бъдат подходящи.

Улпиан на свой ред вмъква също и четвърти иск чрез друг текст:

**D. 19.5.14pr. (Ulpianus libro 41 ad Sab.)** *Qui servandarum mercium suarum causa alienas merces in mare proiecit, nulla tenetur actione: sed si sine causa id fecisset, in factum, si dolo, de dolo tenetur.* Човек хвърлил чужда стока в морето, за да спаси своята. Той не е отговорен по нито един иск. Но ако без причина го е направил, отговорен е фактически иск, а ако е имало умисъл – за измама.

Когато някой хвърли чуждите стоки зад борда, за да спаси своите, той не понася наказание, тъй като е действал в условията на крайна необходимост, но ако го е направил без да е имало причина, той ще отговаря по фактически иск или иск за измама, ако е действал със злоумисъл.

Улпиан добавя иска за измама (*actio de dolo*) измежду трите иска, които са приети от римските юристи. Обратно на предишните фрагменти онова, което обосновава използването на иск за измама на мястото на иск за кражба, очевидно е, че който е хвърлил чужда стока не е искал да се облагодетелства. Изненадващото в този случай е в разграничението между този, който е хвърлил стоката без причина (*actio in factum*), и онзи, който го е сторил умишлено (*actio de dolo*). Това разграничение не улеснява и дори поставя проблема за субсидиарния характер на иска за измама. Този субсидиарен характер по принцип трябва да има за последица това, че при наличието на възможност да се ползва фактически иск, този за измама следва да се пренебрегне<sup>27</sup>. Но за мен е невъзможно да се задълбоча в трънливия въпрос за иска за измама, понеже той ще ме отдалечи от главната цел на изследването ми.

---

<sup>27</sup> Вж. най-вече: CURSI, M.-F. *Per una storia, op. cit.*, p. 50.

За да обобщим първата част на тази статия, можем да кажем, че когато има вреда без материална щета, римските юристи предоставят иск за защита на справедливостта на оногова, който е претърпял щета *non cogrogi*. Достъпните искове са преди всичко фактически искове и искове за кражба, като преки искове и за измама са предвидени от някои. Заключихме, че критерият, по който да се определи кой иск следва да се даде се променя казуистично. Понякога търсим положителен факт или отношение (състрадание), друг път отрицателен (намерението да се краде или руши), или пък констатираме липсата на причина, която да обясни нанасянето на вредата (какъвто е случаят със стоката, хвърлена без причина зад борда).

## II. Имуществената вреда без *damnum*

Случва се юристите да признаят, че няма *damnum*, въпреки че вещта на жертвата е претърпяла щети или дори е била напълно унищожена. В тази връзка можем да цитираме следния текст:

**D. 43.24.7.4. (Ulpianus libro 71 ad edict.)** *Est et alia exceptio, de qua Celsus dubitat, an sit obicienda: ut puta si incendii arcendi causa vicini aedes intercidi et quod vi aut clam mecum agatur <aut damni iniuria>. Gallus enim dubitat, an excipi oporteret: "Quod incendii de-fendendi causa factum non sit"? Servius autem ait, si id magistratus fecisset, dandum esse, privato non esse idem concedendum: si tamen quid vi aut clam factum sit neque ignis usque eo pervenisset,* Има друго изключение, за което Целз се колебае дали да се приложи. Помисли си, че поради пожар съм разрушил къщата на съседа и затова срещу мен има иск *quod vi aut clam* или за нанесена вреда. Гал се съмнява дали не трябва да се разбере какво не би било направено в защита от пожар. Сервий пък казва, че ако магистрат го допусне, може да се даде като оправдание, но трябва да се позволява само на частни лица. Все пак ако е направено със сила или тайно и огънят не е достигнал до къщата,

*simpli litem aestimandam: si pervenisset, absolvi eum oportere. Idem ait esse, si damni iniuria actum foret, quoniam nullam iniuriam aut damnum dare videtur aequae perituris aedibus. Quod si nullo incendio id feceris, deinde postea incendium ortum fuerit, non idem erit dicendum, quia non ex post facto, sed ex praesenti statu, damnum factum sit nec ne, aestimari oportere Labeo ait.*

обезщетението се определя в процеса; ако я е достигнал, може да го оневиним. Сабин казва, че ако има иск за нанесени вреди, то е защото изглежда, че няма повреда или щета за къща, която така или иначе ще загине. Но ако не е имало огън, а той е започнал впоследствие, не може да се каже същото. Но Лабейон пише, че не от следващ момент, а от каквото се е случило тогава трябва да се направи преценката дали има нанесена вреда или не.

Този текст на Улпиан е сравнително сложен, но фактите лесно могат да се опишат. Тъй като е избухнал пожар, Нумерий Негидий, чиято къща е в опасност, решава да подкопае къщата на Авъл Агерий, неговия съсед, за да опази своя дом, като създаде защитен ров. Разбира се Авъл Агерий иска да се оплаче от увреждането на своята къща. С кой иск може да го стори? В този случай разрушаването на къщата не буди никакво съмнение. Следователно няма нужда от фактически иск. Въпросът е има ли възможност Нумерий да се оправдае с пожара, за да избегне осъждане. Юристите Целз и Гал изглежда са се чудили дали не трябва да се направи изключение “*Quod incendii defendendi causa factum non sit*”.

В действителност текстът предвижда едновременно две много различни процесуални средства: иск по *lex Aquilia* и интердикта *quod vi aut clam*. Тук трябва да разясним тази объркана работа. Въпреки че фрагментът изглежда от самото начало да се занимава с двете процесуални средства, няма как да не се отбележат и някои разминавания.

Наистина можем да се зачудим с какво предложеното изключение би било в полза на Нумерий Негидий в рамките на иск по *lex Aquilia*. Обстоятелствата около пожара са такива, че той се оказал принуден (както в случката с човека,

хвърлил чужда стока през борда, за да спаси своята вж. горе D.19.5.14pr.). В такава ситуация юристите признават, че не е имало *iniuria* и Нумерий Негедий следователно няма риск да бъде осъден. Това разрешение може да бъде постигнато, без да се прибегва до изключението. Същото ни казва друг Улпианов текст, който разглежда именно този случай:

**D. 9.2.49.1 (Ulpian libro 9 Disp.)** *Quod dicitur damnum iniuria datum Aquilia persequi, sic erit accipiendum, ut videatur damnum iniuria datum, quod cum damno iniuriam attulerit; nisi magna vi cogente fuerit factum, ut Celsus scribit circa eum, qui incendii arcendi gratia vicinas aedes intercidit: nam hic scribit cessare legis Aquiliae actionem: iusto enim metu ductus, ne ad se ignis perveniret, vicinas aedes intercidit: et sive pervenit ignis sive ante extinctus est, existimat legis Aquiliae actionem cessare.* Каквото е казано за съденето по *lex Aquilia* за нанесени вреди, това трябва да се приеме, че изглежда вредата е неправомерна когато..., освен ако е извършена при принудителна сила. Същото както и Целз пише за този, който разрушил съседската къща заради пожар; той пише, че няма иск по *lex Aquilia*, понеже човекът, воден от страх огънят да не стигне до него, сринал съседската къща. Целз смята, че няма иск по закона независимо дали огънят първо е достигнал къщата или е изгаснал преди това.

Според Целз и Улпиан искът по *lex Aquilia* е в хипотезата на *damnum incendii arcendi causa datum*, причинено от *iniuria*, понеже Нумерий е действал *iusto metu ductus*, което ще рече „движен от основателен страх“. Въмъкване на изключение няма смисъл при иск по *lex Aquilia*. От това следва да се заключи, че въпросното изключение не е обсъждано по отношение на *lex Aquilia*, а по-скоро - и единствено – във връзка с интердикта *quod vi aut clam*. При него липсата на *iniuria* не играе никаква роля. Той може да се даде на Авъл, при условие, че Нумерий е действал насилствено (или тайно) по отношение на него, което означава, че е нарушил забраната на Авъл да пипа къщата му. В случай на доказано агресивно или тайно поведение Нумерий може да бъде осъден да



*restituere*... Но какво да върне? Трябва да изплати нанесената щета. Обратно, ако не е нанесена никаква вреда, Нумерий трябва да бъде оправдан, дори и да е действал с насилие или тайно<sup>28</sup>.

Ако приемем, че въпросното изключение се отнася само до интердикта, тогава трябва да сметнем думите "*aut damni iniuria*" за интерполирани<sup>29</sup>. Още повече че това много улеснява четенето на фрагмента, тъй като по-нататък намираме цитата: "*Idem ait esse, si damni iniuria actum foret...*". Тълкуването на тези думи щеше да е трудно за обяснение, ако искът по *lex Aquilia* беше обсъждан преди този цитат.

Как тогава трябва да четем този фрагмент? Целз и Гал се питат дали не следва да се предвиди изключение „по отношение на онова, което е направено, за да се спаси от пожар“. Сервий казва, че магистратът само трябва да преценява дали случаят е изключение. Едно лице пък не трябва да може да се възползва от това изключение.

Ако Нумерий е частно лице и е съборил къщата на Авъл при условията на отправена забрана от интердикта *quod vi aut clam.*, той може да бъде осъден да обезщети за нанесените вреди.

Но тук Сервий предлага допълнително разграничение в случая на частното лице. Сервий казва, че трябва да се види дали огънят от пожара е стигнал чак до руините на къщата на Авъл или е угаснал преди това. В първия случай Нумерий трябва да бъде оневинен, а във втория следва да бъде осъден<sup>30</sup>.

Защо е нужна тази отлика? Защо да се оправдае Нумерий, ако пожарът е стигнал до руините на къщата на Авъл? Всъщност едва тогава защитната стена е била наистина необходима. Но това, което е по-важно: ако огънят бе достигнал до разрушената къща на Авъл, тогава при ненамеса на Нумерий къщата на Авъл

---

<sup>28</sup> За освобождаването в случай на интердикта q.v.a.c. при липса на щета, вж.: Celsus (lib. 25 digest.) D.43.24.18 pr.: Si in maturam silvam cae- duam cecidit quis, interdicto quod vi aut clam tenetur: si maturam similiter caeduam neque damno dominus adfectus est, nihil praestabit.

<sup>29</sup> Вж. SCHIPANI, S. *Responsabilità „ex lege Aquilia“*. *Criteri di imputazione e problema della „culpa“*. Giappichelli, Torino, 1969, p. 155 ss.; GERKENS, J.-F. *Aequae perituris, op. cit.*, p. 57 ss.

<sup>30</sup> За разлика от надценяването на щетите, които Авъл може да направи.

така или иначе щеше да бъде унищожена (*aeque perituris aedibus*) и тогава условието за *damnum* следователно липсва!

Улпиан (или Сервий) освен това прави сравнение на последиците от иск по *lex Aquilia* и тези на интердикта *quod vi aut clam* и в хипотезата, в която пламъците са достигнали рухналата къща на Авъл: *Idem ait esse, si damni iniuria actum foret, quoniam nullam iniuriam aut damnum dare videtur aequae perituris aedibus*. Същото е вярно (Нумерий трябва да бъде оправдан) и когато Авъл завежда иск по *lex Aquilia*, защото няма *iniuria*, нито *damnum*, понеже при всеки случай къщата щеше да изгори.

Накрая Улпиан припомня мнението на Лабен, според когото: ако Нумерий е съборил къщата на Авъл докато още е нямало огън, но пожарът е избухнал впоследствие, разрешението не е вече същото, тъй като за да се провери дали има някаква щета, трябва да се постави в момента на намесата на Авъл, а не по-късно. Следователно Сервий и Улпиан не се затрудняват да признаят, че Авъл не е претърпял щети, въпреки че къщата му е била разрушена, стига тази къща да не е унищожена така или иначе поради пожара, ако Нумерий не я бе подкопал преди това.

Този текст ни показва, че дори когато имуществото на жертвата е унищожено, не е невъзможно юристите да решат, въпреки всичко, че не е причинена *damnum*.

В началото на статията припомним, че *damnum* може да получи две много различни значения: понякога означава претърпяната от нещо щета или обезщетението, предложено в замяна.

В случая на изследвания текст *damnum* има още по-широко значение, което е дадено и от Giuseppe Valditara<sup>31</sup>. Доколкото в началото *damnum* не е обозначавало друго освен загубата на имущество или намаляването на стойността му вследствие от непозволено действие, по-късно означава всякаква загуба на имущество на пострадалия. Това, което представлява особен интерес за нас е, че разширяването на значението на *damnum* води не само до броя на случаите, в които някой може да получи обезщетение за претърпяната вреда. Тук се случва обратното като се дава най-широкото значение на *damnum*

---

<sup>31</sup> VALDITARA, G. *Sulle origini, op. cit.*, p. 4.

(за да припомним имаме *damnum* всеки път, когато имуществото на пострадалия е губило от стойността си). Приема се, че въпреки вещественото унищожение на имуществото на Авъл Агерий, на имуществото му не е нанесена щета, тъй като Авъл така или иначе щеше да претърпи загуба от самия пожар. Разсъжденията следователно тласкат юридическата аргументация до това да накарат Авъл да разбере, че макар и пълното унищожение на къщата му, всъщност не е претърпял *damnum*.

Следва да се спомене, че твърдението за липса на *damnum*, ако следва определена логика, не пропуска да изненадва. Днес ние без съмнение по-лесно можем да твърдим, че вредата не се дължи на действията на Нумерий, а на непреодолимата сила, която представлява пожарът...

В заключение бих искал за кратко да се върна към един малък въпрос, който все още не е изяснен в текста на Прокул, относно случая с глигана. Става дума за разграничение, направено от Прокул, което все още не съм обяснил за какво може да се приложи. Това е разграничението: „*praeterea utrum in eo ita haeserit aper, ut expedire se non possit ipse, an diutius luctando expediturus se fuerit*“. Това ще рече - глиганът хванат ли е в примка по такъв начин, че за него е невъзможно да се измъкне сам или е успял след дълга борба да се освободи самостоятелно?

Защо Прокул поставя това разграничение?

Първата причина без съмнение е фактическа: примката не е по принцип предназначена за улавяне на глигани, а по-скоро за по-малки животни. Следователно изглежда разумно да зададем въпроса за ефективността на такъв капан за нашия глиган.

Втората причина, според мен, може да се крие във факта, че ако глиганът е успял да се освободи сам, дори след продължителна борба, отново е възможно да се каже, че ловецът не е претърпял имуществени щети. Той така или иначе би загубил този глиган.

В обобщение можем да кажем, че случаят с глигана, който бях сложил сред случаите на *damnum* без материална вреда, убягва при такива особени

обстоятелства. Квалификацията на *damnum* по аналогия на случая с пожара е при телесна повреда без *damnum*. И кръгът по този начин е затворен.

И накрая можем да отбележим, че много широкото определение на *damnum*, до което са стигнали класическите юристи, не е много по-различно от това, което нашият Наполеонов кодекс и юриспруденция са ни предали. Доколкото такъв ракурс може да има смисъл, искам да приветствам тази близост между римското право и френското и белгийското право, доколкото изглежда, че ни позволява да избегнем въпроса за „чисто икономическата загуба“ за чисто финансовите щети.

## НЯКОИ ДИАХРОНИЧНИ ОТРАЖЕНИЯ НА ДЕФИНИЦИЯТА ЗА ДОГОВОРНАТА ИЗМАМА В РИМСКОТО ПРАВО\* (НА БЪЛГАРСКИ ЕЗИК)

**Проф. д-р Еманюел Шевро**

Университет Пантеон-Асас, Париж, Франция

**Резюме:** Френската реформа в областта на договорното право, и по-специално публикуването на Наредбата от 10 февруари 2016 г. за реформиране на договорното право, предлага възможност да се направят някои бележки по темата за римските дефиниции за *dolus malus*. Всъщност новият член 1137 от френския Граждански кодекс въвежда за първи път определението за измама. Това е една новост в законодателството, тъй като съставителите на Гражданския кодекс от 1804 г. (Наполеоновия кодекс) не са предложили никакво определение за измама, въпреки че Потие в своето „Учение за облигациите“ е възприел известната дефиниция за *dolus malus* на римския юрист Лабенон. Тя е била оформена и в правната доктрина и съдебна практика от XIX в., като за тази цел са анализирани римските правни източници.

**Ключови думи:** договор; *dolus malus*; определение; Лабенон.

---

\* Статията е публикувана на френски език под заглавие „*Quelques réflexions diachroniques sur la définition du dol contractuel en droit romain*“ в *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Coriat*, Paris, 2019, p. 109-123 и е предоставена за превод на български език с изричното съгласие на автора и на издателя.

## SOME DIACHRONIC REFLECTIONS ON THE DEFINITION OF CONTRACTUAL FRAUD IN ROMAN LAW (BULGARIAN LANGUAGE)

**Prof. Emmanuelle Chevreaux, PhD**

Pantheon-Assas University, Paris, France

**Abstract:** The French reform of contract law, and in particular the publication of the Ordinance of 10 February 2016 on the reform of contract law, offers an opportunity to make some remarks on the subject of the Roman definitions of *dolus malus*. In fact, the new Article 1137 of the French Civil Code introduces for the first time the definition of fraud. This is a novelty in the legislation, as the drafters of the Civil Code of 1804 (Napoleon's Code) did not propose any definition of fraud, although Pottier in his "The Doctrine of Bonds" adopted the famous definition of *dolus malus* by the Roman jurist Labeon. It was formed in the legal doctrine and case law of the XIX century, and for this purpose the Roman legal sources are analyzed.

**Keywords:** contract; *dolus malus*; definition; Labeon.

Френската реформа в областта на договорното право, и по-специално публикуването на Наредбата от 10 февруари 2016 г. за реформиране на договорното право, предлага възможност да се направят някои бележки по темата за римските дефиниции за *dolus malus*. Всъщност новият член 1137 от френския Граждански кодекс въвежда за първи път определението за измама: „Измамата е действие на една договаряща се страна, която получава съгласието на другата чрез маневри или лъжи. Като измама, също така се конституира умишленото укриване от една от договарящите страни на информация, която е определяща за другата страна. Въпреки това, ако дадена страна не разкрие стойността на престацията, то това не се счита за измама“.

Става въпрос за новост в законодателството, тъй като съставителите на Кодекса от 1804 г. не са предложили никакво определение за измама, въпреки че Потие в своето „Учение за облигациите“ е възприел известната дефиниция на *dolus malus*, измислена от Лабенон<sup>1</sup>. Следователно в правната доктрина и съдебна практика от XIX в. тя вече е била оформена, като за тази цел е почерпено вдъхновение директно от римските правни източници и по-специално от дефиницията, дадена от Лабенон<sup>2</sup>. В техните съчинения всъщност се възпроизвеждат предимно двете конкуриращи се определения, предложени съответно от Сервий и Лабенон. Впоследствие това на Сервий е отхвърлено като

---

<sup>1</sup> POTHIER, R.J. *Traité des obligations I*. Paris, 1768, 1.3.28-32: Измама наричаме всички видове средства, с които едно лице си служи, за да измами друго... Labeo definit dolum, omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumvenendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam L. I, § 2, ff. De Dol.

<sup>2</sup> Ulp. 11 ad ed. D. 4.3.1.2: *Dolum malum Servius quidem ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. Labeo autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniat: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deserviant et tuentur vel sua vel aliena: itaque ipse sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumvenendum fallendum decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est* (Разбира се, Сервий определя като измама всяко действие, целящо да заблуди другите, когато сте представили едно, а сте направили друго. От друга страна, Лабенон смята, че човек може да заблуди някого и без да се прикрива. И това бихме могли да направим и без да извършваме дадено действие или да симулираме друго, както правят онези, които прибегват към укриване, за да защитят своето или на други имущество. Ето защо той дава друга дефиниция на измамата: всяка хитрост, измама и маневра, целящи да уловят, заблудят и въведат в грешка другия. Определението на Лабенон е правилно).

твърде общо и се възприема дефиницията на Лабен, която среща подкрепа и у повечето римски юристи<sup>3</sup>.

Нека се върнем обаче към съвременната дефиниция на измамата, въведена в новия член 1137<sup>4</sup> от френския Граждански кодекс (по-долу наричан Кодекса или ГК), защото тя предизвика определени доктринерни спорове. Докато първата част от текста е съвсем традиционна, то това не важи за втората, което е истинско нововъведение. Измамата, която не е активно насочена, сега вече изглежда е част от определението за измама – всяко мълчание относно решаваща информация за другата страна съставлява измама, осъществена мълчаливо от единия от договарящите се по отношение стойността на престацията<sup>5</sup>. Прочитът на тази нова разпоредба предизвиква известно недоумение.

Първият въпрос, който изниква, е следният: дали знанието за стойността на престацията от един от договарящите (например на цената) представлява

---

<sup>3</sup> Напр. BÉDARRIDE, J. *Traité du dol et de la fraude commerciale*. 2e éd. T. I. Paris, 1867, p.11-13. Първо авторът разглежда въпроса за дефиницията на измама във френското право. Той взема като отправна точка римскоправните източници и по-специално прочутия фрагмент от Улпиан (D. 4.3.1.2). Той споменава определението на Сервий Сулпиций, което изключва поради твърде общия му характер, и след това представя това на Лабен. Това е запазеното в правото по неговото време, т.е. от средата на XIX в.: „По този въпрос нашият закон поема грешките на римското право. Следователно днес, както по онова време, трябва да считаме за наказуема измама, всякакъв вид маневри, действия и трикове, използвани за въвеждане на едно лице в заблуждение, което на свой ред го води до споразумение, накърняващо неговите интереси, или го отвлича от това да направи полезно нещо“. Свидетелството на Bédarride относно дефиницията на измама е интересно, доколкото не приема изцяло доктринерно измерение. Всъщност самият той е бил адвокат в Имперския съд на Екс.

<sup>4</sup> DESHAYES, V. O., T. GENICON, Y. M. LAITHIER. *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. 2<sup>e</sup> éd. Paris, 2018, p. 231-243.

<sup>5</sup> Тази граница на задължението за информиране намира отзвук и в чл. 1112-1 ГК „Тази от страните, която е наясно с информацията, чиято важност е определяща за съгласието на другата страна, трябва да я информира веднага щом тя законосъобразно пренебрегне тази информация или за сключването на договора се довери на своя контрагент. Въпреки това задължението за информиране не се отнася до оценка за стойността на престацията. От решаващо значение е информацията, която има пряка, неразривна връзка със съдържанието на договора и качествата на страните. Тежестта за доказване пада върху този, който твърди, че е било необходимо такава информация да му бъде представена, а насрещната страна следва да докаже, че я е предоставила. Страните не могат нито да ограничат, нито да изключат това задължение. Освен това в допълнение към отговорността на лицето, което е било длъжно да извърши това, неизпълнението на задължението би могло да доведе до разваляне на договора при условията на чл. 1130 и следващите“.



решаваща информация за другата страна?<sup>6</sup> Нещата се усложняват още повече, ако вземем предвид ал. 2 от чл. 1137 и чл. 1139 на Кодекса: „Грешката, произтичаща от измама, е винаги извинителна; тя е повод за нищожност, когато се отнася до стойността на престацията или е обикновен мотив за сключването на договора.“<sup>7</sup>

Другият въпрос, който възниква, е свързан с възможността за комбиниране на двете разпоредби. Всъщност първата част на чл. 1137 изглежда посветена на общото изискване за добросъвестност и се съсредоточава върху възстановяването ѝ в договора, което черпи своето вдъхновение, както в доктрината, наречена „солидарност“, така и в значимите европейски текстове като например в Общата референтна рамка (*Cadre commun de référence, Common Frame of Reference*)<sup>8</sup>.

Втората алинея на този член е своеобразно посвещение в съдебната практика на Балдус<sup>9</sup>. Това решение слага край на съдебния фейлетон за две последователни продажби (едната на търг, другата по взаимно съгласие) на снимки на известен фотограф от XIX век от жена, която пренебрегва истинската им стойност и така те биват продадени на цена, по-ниска от пазарната цена, тъй като купувачът съзнателно запазва мълчание. Апелативният съд на Версай се е произнесъл в полза на ищеца, като е установил нарушение на задължението за добросъвестно сключване на договор и е наредил на ответника да възстанови реалната стойност на тридесет и петте снимки, продадени по взаимно съгласие. Касационният съд, сезиран с жалбата, е следвало да реши следния проблем: мълчанието на купувача относно реалната стойност на снимките представлява ли случай на измамно въздържане? Съдът отговаря отрицателно въз основа на

---

<sup>6</sup> За естеството и обхвата на задължението за информация вж. напр. FABRE-MAGNAN, M. *Le devoir d'information dans les contrats: essai de tableau général après la réforme*. – In : *JCP G*, 2016, p.706; GRIMALDI, C. *Quand une obligation d'information en cache une autre : essai de tableau général après la réforme*. – In: *Recueil Dalloz, Dalloz*, 2016, p. 1009.

<sup>7</sup> Вж. DESHAYES, GENICON, LAITHIER. *Réforme du droit des contrats, cit.*, p. 244-245.

<sup>8</sup> Вж. *Cadre commun de référence II. – 7: 205: Fraud (dol)*. Вж. по-специално BEALE, H., B. FAUVARQUE COSSON, J. RUTGERS, D. TALLON, S. VOGENAUER. *Cases, Materials and Text on Contract Law*. 2 ed. Oxford, 2010, série „lus commune Casebooks for the Common law of Europe“, 3e (à paraître en 2019), chapitre X; FAUVARQUE-COSSON, B., D. MAZEAUD. *European Contract Law. Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*. München, 2009.

<sup>9</sup> Cass. 1re civ., 3 mai 2000, № 98-11.381.

предишния член 1116 ГК<sup>10</sup> и като уточнява, че не е налице намерение за измама, стига да няма законово задължение за предоставяне на информация в полза на приобретателя. Някои учени тълкуват решението на Балдус като проява на либералния подход в полза на пазара. Това предизвика критики от страна на „солидарното“ течение, за което добросъвестността в договорните отношения и защитата на по-слабата страна трябва да имат предимство пред чисто материалните съображения, свързани с пазара.

Въпреки това, когато става въпрос за измамно въздържане, новата версия на кодекса изглежда не е насочена в полза на нито един от двата възгледа. Съдебната практика следва да вземе страна измежду тези две изглеждащи противоречиво разпоредби (членове 1137 и 1139). Вероятно се разчита на двете алтернативни основи, които се използват за разбирането на измамното въздържане, а именно общото изискване за добросъвестност, чието олицетворение би могло да се крие в представата за „разумен човек“<sup>11</sup> или в задължението за информиране.

Чл. 1137 поражда известна тревога сред част от доктрината и практиката, особено в областта на правната сигурност. Вярно е, че мълчанието по природа е неутрален акт, тъй като предполага въздържане от действие. Ето защо това изисква казуистичен анализ от страна на съдебната практика. Но следва ли да направим заключението, че законодателят през 2016 г. е дал приблизително определение за измама и за измамно въздържане? Допуснал ли е грешка от слабост, като не се е ангажирал по-задълбочено с традиционното противопоставяне солидарност/либерализъм, оставяйки на съдията казуистичната преценка за измамно поведение? Положителният отговор тук би бил ограничителен. По-подходящо изглежда да разгледаме проблема в обратна посока, като се запитаме дали всъщност законодателят не е постъпил предпазливо и реалистично, предпочитайки да установи „ползотворни последствия и принципи“, ако трябва да използваме

---

<sup>10</sup> Чл. 1116 ГК (версия преди 2016 г.): „Измамата е причина за нищожност на споразумението, когато действията, извършени от една от страните са такива, че без тях другата страна очевидно не би сключила договора. Тази хипотеза не се презумира, а следва да се докаже“.

<sup>11</sup> Чл. 1301-1, чл. 1188, чл. 1197 ГК.

думите не Порталис. Тази уредба не е предназначена и не може да изчерпи задоволително цялата сложност на човешките действия.

Изборът за формулиране на тези няколко бележки относно трудностите, породени от дефинициите на измама и измамно въздържане в настоящото законодателство, се корени във факта, че всички елементи на спора могат да бъдат открити в римското право след публикуването на едикта *De dolo malo* на претора Аквилей Гал около 70 г. или 66 г. пр. Хр.<sup>12</sup> След въвеждането на общата категория за измама чрез този едикт сред юристи, претори и съдии възниква въпросът за адекватността на т.нар. критерий за добросъвестност и този *na vir bonus* с интерпретацията за измамно поведение.

Ето защо предлагаме първо да си припомним колебанията, срещани сред римските юристи в опитите им да дадат удовлетворяваща дефиниция на *dolus malus*. На второ място следва да разгледаме връзката между мълчанието и измамното въздържане в етично-философския контекст на Доброто, Справедливото и Полезното чрез няколко пасажа от *De officiis* на Цицерон, в които несъмнено ще усетим античното ехо на модерното противопоставяне в договорното право между солидаризма и либералния подход.

Като предварителна уговорка е препоръчително да имаме предвид някои методологични особености, доколкото правният режим на измамата в римското право е напълно различен от този в съвременното право. В действителност в Рим *dolus malus* никога не е разглеждано като порок на съгласието, а неговият обхват далеч надхвърлял областта на договорното право.

Освен това в преторския едикт *dolus malus* е санкциониран с частен пенален иск; следователно попада в полето на деликта. Искът *de dolo malo* артикулира около една алтернативност, предложена на лицето, извършило измама: да се подчини на *iussum de restituendo*, обявен от *iudex*-ът, или ако не го направи, да бъде осъден на  *quanti ea res erit*, като санкцията бива придружена и с *infamia*<sup>13</sup>. Освен това вероятно

---

<sup>12</sup> *Infra*, n. 18.

<sup>13</sup> За възстановяване на формулата вж. LENEL, O. *Das Edictum perpetuum*, Leipzig. 1927, p.114-116.

по отношение на *in integrum restitutio*<sup>14</sup>, по принцип предназначен за малолетния *circumscriptus*, едиктът *de dolo malo* предвижда две процесуални средства за защита: искът *de dolo malo*, ако жертвата на измама е в качеството на ищец в процеса и *exceptio doli*, ако е в позицията на ответник<sup>15</sup>.

Това изследване няма за цел завръщане към добре познатите теми за измамата, *actio*<sup>16</sup> и *exceptio doli*<sup>17</sup>, нито да проследи постепенната трансформация на „деликтната“ измама в измамното съгласие, познато в съвременното право, а да представи някои размисления върху връзката между етиката и правото по отношение на измамата и измамното въздържане.

### I. Колебания, свързани с правната дефиниция на *dolus malus*

В римското право понятието за измама е изключително старо и далеч не се отнася единствено до областта на договорите. Откриваме го по-специално в наказателния закон на Нума, насочен към санкционирането на умишленото убийство. Фест дава следната дефиниция: *hominem liberum dolo sciens morti duit*<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> Изглежда е резултат от някои фрагменти, взети от D. 4.3. Вж. напр. Ulp. 11 ad ed. D. 4.3.7 pr.; 5 opin. D. 4.3.38

<sup>15</sup> Вж. IGai. 4.119 относно *verba* на *exceptio doli* и Ulp. 48 ad Sab. D. 45.1.36, което ги вписва в по-широка процесна перспектива.

<sup>16</sup> GAROFALO, L. (a cura di). *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*. Padova, 2006; FIORI, R. *Eccezione di dolo generale ed editto asiatico di Quinto Mucio: il problema delle origini, in L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*. Padova, 2006, p.49-89.

<sup>17</sup> Вж. още: LAMBRINI, P. *Studi sull'azione di dolo*. Napoli, 2013; Ead., *Dolo generale e regole di correttezza*. Padova, 2010; Ead., *Labeone, l'azione di dolo e l'inadempimento: per una rilettura critica di D. 4.3.7.3 (Ulp. 11 ad ed.)*. – In: *Iura*, 57, 2008-2009, p. 226-240; ELSENER, U. *Les racines romanistiques de l'interdiction de l'abus de droit*. Bâle-Bruxelles, 2004; MACCORMACK, G. „Dolus“ in Republican Law. – In: *BIDR*, 27, 1985, p.1-38; Id. „Dolus“ in the Law of the Early Classical Period (Labeo-Celsus). – In: *SDHI*, 52, 1986, p. 236-285; Id. *Roman Jurisprudence and Interpretation: on „dolus“ as Ground of the Classical „actio de dolo“*. – In: *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne*,. – In: *Scritti F. Gallo*, I, Napoli, 1997, p. 539-560; TER BEEK, L. J. *Dolus. Een semantisch-juridische studie*. Nijmegen, 1999; WACKE, A. *Sul concetto di „dolus“ nell' „actio de dolo“*. – In: *Iura*, 28, 1977, p. 10-39; Id. *Zum „dolus“ Begriff der „actio de dolo“*. – In: *RIDA*, 27, 1980, p. 349-386; BRUTTI, M. *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana I-II*. Milano, 1973; CARCATERRA, A. *Dolus bonus/Dolus malus, Esegesi di D. 4.3.1.2-3*. Napoli, 1970; CASAVOLA, F. s.v. *Dolo (diritto romano)*. – In: *NDI*, T. VI, Torino, 1957, p. 1147-1149.

<sup>18</sup> Fest. 247 L., s.v. *paricidi quaestores*.

Тя фигурира също и в Закона на XII-те таблици (VIII.9), който наказва измамата, извършена от настойника (*tuteur*), както и в *Lex Laetoria* от 200 г. пр. Хр., защитаващ непълнолетните лица, които са били измамени. Освен това измамата е и един от критериите за квалифициране на факти по деликтни въпроси, заедно с вината<sup>19</sup>.

Измамата обаче придобива особен мащаб, когато с оглед обобщаване на уредбата относно добросъвестността в правните отношения преторът Аквилей Гал, приятел на Цицерон, въвежда около 70 или 66 г. пр. Хр.<sup>20</sup> категорията на *dolus malus*. В „*De officiis*“ Цицерон разказва известен епизод, свързан с конника Каний, който се превръща в парадигма за договорната измама<sup>21</sup>. В края на пасажата той цитира първата дефиниция за измама, дадена от самия автор на едикта, назоваван *De dolo malo* - Аквилей Гал<sup>22</sup>. При един цялостен поглед върху фрагмента на Улпиан<sup>23</sup>, ще видим, че юристът цитира две други дефиниции на измамата – тази на Сервий Сулпиций и конкуриращата се с нея дефиниция на Лабейон.

Изглежда юриспруденцията от края на Републиката и началото на Принципата е срещала някои трудности, за да се обедини около удовлетворяваща дефиниция на *dolus malus*.

---

<sup>19</sup> Относно по-старите употреби на *dolus* по-специално в наказателното право, при деликтната отговорност и в договори: MACCORMACK. „*Dolus*“ in *Republican Law*, cit., 1-38.

<sup>20</sup> Това датироване се поддържа от BRUTTI. *La problematica del dolo processuale I*, cit., p.135.

<sup>21</sup> Cic., *De Off.* 3. 58-60.

<sup>22</sup> Cic., *De Off.* 3.60: *Stomachari Canius, sed quid faceret? Nondum enim C. Aquilius, collega et familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas; in quibus ipsis, cum ex eo quaereretur, quid esset dolus malus, respondebat, cum esset aliud simulatum, aliud actum. Hoc quidem sane luculente, ut ab homine perito definiendi. Ergo et Pythius et omnes aliud agentes, aliud simulant per fidi, improbi, malitiosi. Nullum igitur eorum factum potest utile esse, cum sit tot vitiis inquinatum* („Каний се възмути, но какво да се прави? Моят колега и приятел, С. Аквилей, все още не беше публикувал формулите относно измамата, а когато го попитах какво представлява измамата, той отговори: когато привидно сме направили едно, а всъщност сме извършили друго. Ярко определение, каквото би се очаквало от човек с опит в изкуството на дефинирането. Следователно Питий и всички, които се преструват, че вършат едно, а всъщност вършат друго, са коварни, непочтени и измамни. Следователно нито едно действие, извършено от тях, не може да бъде валидно, защото е опетнено с толкова много пороци.“ - преводът е по френския превод на M. Testard, Paris, Les Belles Lettres, 1965).

<sup>23</sup> Ulp. 11 ad ed. D. 4.3.1.2, cit., n. 2.

С цел да се изясни по-добре въпросът, е необходимо да прибегнем до етимологията<sup>24</sup>. Латинският термин *dolus* би могъл да произлиза от гръцкия *δέλεαρ/δόλος*<sup>25</sup>, който буквално означава „стръв, кука“. При Омир и Хезиод думата *δόλος* често е използвана, за да се опише трик, симулация с цел да се спечели известно предимство<sup>26</sup>. Терминът например е използван за действията, капаните или съветите, давани от гръцките богове (за Троянският кон<sup>27</sup> или на Пенелопа, съпругата на Одисей<sup>28</sup>, която изработва ръкоделието си през деня и го разваля през нощта). Подходът е двоен, тъй като включва както инструмент (куката и стръвта на рибаря), така и интелигентност и умения отстрана на онзи, който си служи с това. Съществува също така идеята героят да се пребори или триумфира в дадена ситуация, без да прибегва до насилие. Следователно на гръцки език *δόλος* не следва да бъде схващана с негативен или унизителен нюанс, а по-скоро трябва да се асоциира с определени качества, притежавани от бог или смъртен. Тя е оценена по отношение на човешкия характер винаги в зависимост от конкретния случай. С други думи, съществителното няма връзка с идеята за престъпване на общоприетия стандарт, който би довел до укоримост или дори наказание. Понякога може да се свърже с перфидност, в зависимост от разказвача или конкретната ситуация, в която е използван трикът, но по-често се възприема като превъзходство на онзи, който знае как да го използва добре, тъй като е най-доброто оръжие, което позволява да се печели, без да се извършва насилие. Наистина точният контекст и целта, преследвана от автора при *δόλος*, позволяват да се припише отрицателна или положителна конотация.

Тази двузначност на гръцкия термин се среща и в латинския език. По своя характер, терминът *dolus* е *vox media*, описващ, както машинации и измами с цел да

---

<sup>24</sup> В този смисъл вж. LAMBRINI. *Studi sull'azione di dolo, cit.*, 1-21.

<sup>25</sup> ERNOUT, A., A. MEILLET. *Dictionnaire étymologique de la langue latine*. 4<sup>e</sup> éd. Paris, 1967, s.v. *dolus*, 182.

<sup>26</sup> Вж. LAMBRINI. *Studi sull'azione di dolo, cit.*, 1-21; DETIENNE, M., J. P. VERNAND. *Les ruses de l'inételligence: la mêtis des Grecs*. Paris, 1974; GERNET, L. *Recherches sur le développement de la pensée juridique et morale en Grèce*. Paris, 1917 (réimpr. en 2001); ARNAUD, A. *Quelques aspects de la ruse et de la guerre dans le monde grec du VIII<sup>e</sup> au V<sup>e</sup> siècle*. Paris, 1971.

<sup>27</sup> Homerus, Od. 18.494.

<sup>28</sup> Homerus, Od. 24.128.141.

се нанесат вреди другиму, така и един положителен способ с цел защита. Когато терминът влиза в юридическия език като част от едикта *De dolo malo*, е лесно да се разбере добавянето на прилагателното *malus* към *dolus*. Наложително обаче би било да се уточни негативната конотация на визираното поведение. Преди това езикът на закона използва термините *fraus* и *malitia*, за да обозначи злонамерени измами, целящи да заблудят другите, за да получат предимство<sup>29</sup>. Наистина чрез едикта на Аквилей Гал измамата навлиза в юридическия език, а оттук и необходимостта да се прецизира нейното съдържание. Единствено с оглед на този етимологичен контекст бихме могли наистина да разберем колебанията, изразени от първите римски юристи, опитали се да дефинират измамата след публикуването на едикта.

Първото предложено определение е на Аквилей Гал, авторът на едикта. То достига до нас чрез Цицерон, негов съвременник, който нарича себе си колега и приятел на Аквилей: *cum esset aliud simulatum, aliud actum*<sup>30</sup> (*когато сме се престорили, че правим едно, а вършим друго*). В тази дефиниция юристът възпроизвежда неутралното значение, което обикновено е приписвано на *dolus*. Той открито разглежда двата типа поведение, приписвани на извършителя на *dolus*: било с негативна или с положителна конотация. В първия случай измамата се извършва с намерение да навреди; във втория случай трикът не вреди на другите, а се използва за самозащита, като такова поведение се приравнява на акт на храброст и интелигентност. Тук измамата очевидно не се отнася до виновно и осъдително поведение. Дефиницията на Аквилей показва контраста между външния вид и реалността, между екстериора и интериора, което е една от големите теми на стоическата философия<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> MACCORMACK, „*Dolus*“ in *Republican Law*, cit., 1-38.

<sup>30</sup> Cic., *De Off.* 3. 60.

<sup>31</sup> M. BRUTTI (*La problematica del dolo processuale I*, cit., 134-141) отбелязва, че *aliud agere / aliud simulare* е древен архетип, използван във връзка с гръцките етични и риторични въпроси. Цицерон се позовава на него и в други пасажии от своите произведения и е вероятно Аквилей да се е позовал на същите източници на вдъхновение, за да оформи дефиницията на *dolus malus*. Той също така настоява на факта, че дефиницията на Аквилей се отнася до област на приложение, много по-широка от тази на договорната измама. (*ibid.*, 149).

Бихме могли да се запитаме защо Аквилей дава определение, съответстващо с неутралния смисъл на *dolus* и така до известна степен е парализирана негативната конотация на *dolus*, което има за цел да определи същностния нюанс на *dolus*. Често се казва, че римското право е изключително казуистично, римските юристи не са склонни да дават общи определения на правните термини. В този случай аргументът не може да бъде приет, тъй като дефинирането на *dolus malus*, както се разбира в едикта на претора, е непреодолима необходимост поради неутралната стойност на термина *dolus* в общия език. Аквилей Гал вероятно е осъзнавал това. Освен това би било неправилно да се счита, че дефиницията му е приблизителна. Следва да допуснем, че той действа по този начин, тъй като счита, че магистратът трябва да бъде свободен при оценката на измамата в зависимост от обстоятелствата и обхвата на щетите, претърпени от жертвата<sup>32</sup>. Не трябва да забравяме, че *dolus malus* представлява частен деликт, водещ до увреждане, както наред с глобата се налага и санкцията *infamia*. Преторът признава единствено иска *causa cognita*.

Нека преминем и към другите две определения на измамата, споменати във фрагмента на Улпиан<sup>33</sup>. Той започва най-напред с това на юриста Сервий Сулпиций: *Dolum malum Servius quidem ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur* (Сервий определя измамата като всяка маневра, целяща да заблуди другите, когато някой е представил, че върши едно, а е направил друго).

Сервий Сулпиций също е съвременник на Аквилей Гал, както и приятел на Цицерон. Забелязваме, че той много точно предава дефиницията на Аквилей и реторичния архетип на *aliud agere/aliud simulare*. Той добавя и термина *machinatio*, подчертавайки умишления елемент на измамата, както и извършването на целенасочени действия от извършителя. Тук отново бихме могли да предположим, че Сервий оставя на магистрата или съдията грижата да определи целта, преследвана от извършителя на измамата.

---

<sup>32</sup> Относно необходимостта от адаптиране на съществено обективен стандарт към реалния казус вж. CORBINO, S. *Fides bona contraria est fraudi et dolo*. – In : *RIDA*, 60, 2013, 109-121.

<sup>33</sup> Ulp. 11 ad ed. D. 4.3.1.2.



С каква цел едно лице се е опитало да заблуди друго? Ако целта на поведението е неправомерно да се извлече предимство, то измамата има негативен аспект, но ако е с цел самозащита, то тя не следва да има негативен оттенък. В останалата част от текста Упlian представя корективната дефиниция на юриста Лабен, към която той заявява подкрепата си в края на пасажа. Лабен е юрист от поколението, което следва Сервий. Той подчертава границите на определението, предложено от Аквилей и възприето от Сервий, като започва с осъзнаването, че човек може да действа, за да заблуди някого, без да се прикрива, което означава, че самото прикриване не е отличителен белег на измамата. Тогава той се позовава на традиционния дебат, предизвикан от семантичната неутралност на *dolus*.

Определението, дадено от Аквилей и от Сервий, артикулиращо около скриване и действие, външен вид и реалност, е източник на неяснота и не уточнява задоволително квалификацията на *dolus malus*, търсена в едикта на претора. Ето защо той предлага следното определение: *esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam* (Всяка хитрост, измама и маневра, предназначени да предизвикат грешка или заблуда в другия). По този начин се дава конкретно съдържание на общия термин „прикриване“. То съответства на три типа поведение (хитрост, измама, маневра). И преди всичко, той включва в дефиницията на целта, преследвана от извършителя на измамата: да залъже, заблуди и подмами другите с оглед да се възползва от тях. Акцентът е върху умисъл и злонамерено намерение. В края на фрагмента Упlian посочва, че определението на Лабен е правилно. Което предполага, че през III в. сл. Хр. все още има известни колебания относно разбирането за *dolus malus*.

Друг важен елемент се появява на заден план в дефиницията на Лабен и има за цел допълнително да уточни *dolus malus*; Неговата идея е, че наред с последните, съществува и друг, макар и не толкова сериозен вид измама - *bonus dolus*. Всъщност веднага след като се приближава до дефиниционното измерение в единадесетата книга на своя коментар към едикта, посветен на темата *de dolo malo*, Упlian уточнява, че преторът е добавил прилагателното *malus*, тъй като по-старите юристи (*veteres*) са познавали и т.нар. положителна измама, а именно

триковете, които човек, използва за защита от врага или разбойниците<sup>34</sup>. Съответното добавяне на *bonus* или *malus* към *dolus* дава възможност да се сложи край на предишните колебания. По този начин *dolus bonus* също навлиза в юридическия език и постепенно се дистанцира от традиционната неутралност на термина *dolus*, за да придобие подходящо правно значение. Типичния пример за *bonus dolus*, даван от юридическите източници, е този за продавача, който надценява качествата на стоката си, за да я продаде по-добре. Този тип поведение, който е често срещан в практиката, разбира се, попада извън предписанията на едикта *De dolo malo*<sup>35</sup>.

Този стремеж към дефиниране в областта на измамата е още по-необходим, тъй като тя представлява деликт, а преторът и съдиите следва да открият точния баланс между запазването на определен етичен кодекс в правоотношенията и сигурността на сделките. Трябва да се отбележи, че определението за измама - възприето от Лабен - предполага положително поведение в смисъл, че авторът на измамата е замислил цяла сцена, за да заблуди насрещната страна. Но можем ли да квалифицираме като измама и въздържането, което би причинило вреда на насрещната страна по договора? Тук се появява проблемът с мълчанието.

## **II. *Dolus malus*, мълчание и измамно въздържане**

Ние няма да се фокусираме върху значението, отдавано на мълчането в римското право, нито върху факта дали става въпрос за *quaestio facti* или *quaestio iuris*<sup>36</sup>. Надяваме се да концентрираме своето внимание върху няколко известни

---

<sup>34</sup> Ulp. 11 ad ed. D. 4.3.1.3: *Non fuit autem contentus praetor dolum dicere, sed adiecit malum, quoniam veteres dolum etiam bonum dicebant et pro sollertia hoc nomen accipiebant, maxime si adversus hostem latronemve quis machinetur* (Преторът не се задоволява да каже просто измама, но добавя и „лоша“, тъй като древните говорят също и за „добра измама“, като под този термин разбират изобретателност, особено ако някой я прояви под формата на хитрост срещу врагове и разбойници.). За повече детайли вж. CARCATERRA. *Dolus bonus/Dolus malus*, cit.

<sup>35</sup> Ulp. 11 ad ed. D. 4.3.1.3; 44 ad Sab. D. 4.3.37.

<sup>36</sup> Този аспект е обект на дълги доктринални спорове, започнали още през XIX в. Вж. още трудовете на GORETTI, M. S. *Il problema giuridica del silenzio*. Milano, 1982, а също и SOLIDORO MARUOTTI, L. който прави един много добър историографично критичен анализ в *La rilevanza giuridica del silenzio in diritto romano*. –In: *Rivista SSEF*, 2010, p. 1-28. И накрая

фрагмента, извадени от *De officiis* на Цицерон<sup>37</sup>, в които авторът предлага анализ на мълчанието на продавача<sup>38</sup>. Той се занимава с въпроса в цялата му сложност, базирайки се на конкретни примери, като не пропуска да бъдат представени пред адвокати, магистрати и съдии.

Той си представя дебат между двама философи-стоици: Диоген от Вавилон (посланик в Рим през 156 г. пр. Хр. с Карнеад и Критолаос) и Антипатър от Тарс (негов ученик и господар на Панетий). Първият разработва утилитарен подход, основан единствено на зачитане на предписанията на *Ius Civile*. Вторият заема етико-философска позиция и защитава примата на Красотата, Честността и Общата полезност. Тук Цицерон оркестрира майсторска конфронтация между етика и закон, в която също така подчертава трудността да се артикулира единно в случай на мълчание на продавача.

Първият пасаж е свързан с известния епизод от александрийския пазар на пшеница. Там Цицерон се доближава до най-интересната хипотеза, защото за адвоката, магистрата или съдията е най-трудно да разбере, тъй като мълчанието на продавача е представено в най-неутралната си форма - тази на чисто въздържане, при което не е лесно да бъде разграничено едно злонамерено поведение. В този казус<sup>39</sup>, честен търговец пътува от Александрия до Родос с голяма пратка пшеница по времето, когато Родос е засегнат от недостиг на храна (особено пшеница), което е причинило глад.

Той знае, че няколко други търговци са напуснали Александрия и плават към Родос начело на кораби, натоварени с жито. Въпросът е следният: трябва ли той да

---

следва да посочим труда на VALLAR, S. *Le rôle de la volonté dans l'interprétation en droit romain, thèse dactylographiée*. Université Paris II, Paris, 2013, p. 150-272.

<sup>37</sup> Cic., *De Off.* 3.50-72.

<sup>38</sup> Относно тази гледна точка вж. още GORETTI, M. S. *Il problema del silenzio nell'esemplificazione Ciceroniana del "De Officiis": Ipotesi circa la giuridicità come storia e come reale*. – In: *Studi A. Biscardi III*, Milano, 1982, 75-99; CASTRESANA, A. *La relevancia jurídica del silencio (a propósito de ciertos deberes d'información del vendedor)*. – In: *Index*, 40, 2012, 695-744; SOLIDORO MARUOTTI, L. *La reticenza del venditore in CIC., DE OFF. 3.12-17*. – In: *Studi per Giovanni Nicosia VII*, Milano, 2007, 471-519; Id. *La violazione degli obblighi di informazione in compravendita: un difficile recupero della prospettiva storica*. – In: *Studi in onore di Remo Martini III*, Milano, 2009, 609-640; VALLAR, S. *Silence et contrats en droit romain*. – In: *Revue des contrats*, 2014, 288-294.

<sup>39</sup> Cic., *De Off.* 3.50-52.

информира родосците за това или да се задоволи да продаде стоките си на възможно най-високата цена? Цицерон приема, че търговецът е *vir bonus*<sup>40</sup>. Последният поради качеството си на добър човек - не се стреми да прикрива информация и не смята подобен избор за морално съмнителен<sup>41</sup>. Вероятно е Цицерон да прибегва до „стандарта“<sup>42</sup> на *vir bonus*, за да олицетворява обективната добросъвестност, която е в основата на договора за *emptio-venditio* и по-общо на *arbitrium iudicis* в *iudicia bonae fidei*.

Той нарочно избира да представи случай, в който мълчанието е напълно неутрално и е лишено от всякакъв нюанс (това е въздържане) и злонамерени скрити мотиви от страна на продавача. Тази допълнителна трудност има за цел да изобрази дилемата в цялата ѝ сложност, както обикновено се появява в процеса. Именно в този контекст той представя разликата в мненията на двамата стоици.

Антипатър от Тарс застъпва стриктно етико-философския принцип. Продавачът трябва да действа чисто и прозрачно и да доведе до знанието на купувача цялата информация, която той има за стоките. Като оправдание той се позовава на неизменните принципи на природата, които ръководят всички хора, включително и този за общото благо. И обратното - Диоген от Вавилон защитава идеята за частната полза. Преобладават две съображения: стриктното спазване на *Ius Civile* и търговският интерес на продавача<sup>43</sup>. С други думи, продавачът по никакъв начин не накърнява купувача, когато се стреми да продаде на най-добрата цена, нито нарушава задълженията за информация, наложени от гражданското

---

<sup>40</sup> Относно *vir bonus* виж още: GIANNOZZI, E. *Le bonus vir en droit romain, thèse dactylographiée, université Paris II*. Paris, 2015 (à paraître aux Presses universitaires de Liège en 2019); FIORI, R. *Il vir bonus tra filosofia greca e tradizioni romane nel de officiis di Cicerone*. – In: A. Lovato (a cura di), *Vir bonus. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica*. Bari, 2013, 19-38; ID. *Bonus vir. Politica, filosofia e retorica nel De Officiis di Cicerone*. Napoli, 2011; FALCONE, G. *L'attribuzione della qualifica „vir bonus“ nella prassi giudiziaria d'età repubblicana. Con un'appendice su „optimus“, „probus“, „fortis“*. – In: *Vir bonus. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica, cit.*, 39-90.

<sup>41</sup> Cic., *De Off.* 3.50: (...) *Sapientem et bonum virum fingimus; de eius deliberatione et consultatione quaerimus, qui celaturus Rhodios non sit, si id turpe iudicet, sed dubitet, an turpe non sit.*

<sup>42</sup> GIANNOZZI, E. *L'emploi des standards en droit romain*. – In: *Fundamina*, 22, 2016, 205-231.

<sup>43</sup> Относно конфликта между *vir bonus* и *homo oeconomicus*, вж. GORETTI. *Il problema del silenzio nell'esemplificazione Ciceroniana, cit.*

законодателство. Последните се отнасят само до такси, сервитути, обременяващи имота (Закон на XII-те таблици) и скрити недостатъци (според едикта на курулните едили). Това са единствените ограничения, които оформят договорната воля на търговеца на пшеница – нито повече, нито по-малко. Тогава Цицерон изковава максима, която поставя в устата на Диоген: *Aliud est celare, alius tacere* (Едно е да се скрие, друго е да се мълчи). Следва да обърнем внимание на симетрията в конструкцията с аквилевата дефиниция на *dolus malus*, която Цицерон цитира в следващите параграфи<sup>44</sup>. Използвайки тази аксиоматична формулировка, Цицерон означава *silentium*-а на продавача на александрийска пшеница, който попада в сферата на *tacere*.

Този глагол в буквален превод означава, че не се вдига шум, докато се мълчи и образно предполага липсата на позитивно поведение. Оценяваме контраста, който Цицерон иска да постави в перспектива, когато *tacere* се противопоставя на *celare*. В това последно условие се крие намерението на този, който мълчи. Той съзнателно избира и пресмята, че е по-добре да запази мълчание относно информацията.

Въздържането има за цел да маскира умишления елемент. Мълчанието вече не трябва да се анализира като отсъствие на факт, а като действие, осъществено посредством въздържане<sup>45</sup>. Това обаче не означава, че актът на *celare* съдържа измамна конотация. Коментарът на Цицерон не предполага нарушение на добросъвестността, извършено от продавача. Отговорът остава отворен и е оставен на преценката на всеки. Другите казуси, споменати по-късно от Цицерон, ни позволяват да оценим допълнително нюансите на мълчанието на продавача.

Друга хипотеза за мълчанието на продавача е представена в различен контекст. Вече не сме в контекста на търговията на едро с пшеница (тоест в хода на търговско предприятие), а в тази на *emptio-venditio*, сключена между две частни лица (*privatii*), чийто обект е продажбата на недвижим имот<sup>46</sup>. Изборът на купувача

---

<sup>44</sup> Cic., De Off. 3.60: (...) *quid esset dolus malus, respondebat, cum esset aliud simulatum, aliud actum* (...).

<sup>45</sup> В този смисъл вж. GORETTI. *Il problema del silenzio nell'esemplificazione Ciceroniana*, cit.

<sup>46</sup> Cic. De Off. 3.54-57.

пада върху къща, която е западнала – има дефект в гредите или в стаите има змии. Продавачът внимава да не информира купувача, който купува имота, без да обсъжда цената, определена именно от купувача. Ситуацията е различна от тази при търговеца с пшеница, доколкото тук е очевидно намерението да се задържи информация. Не става въпрос за просто въздържане, а за поведение, сравнимо с целенасочено действие<sup>47</sup>. Опозицията между моралистката позиция и тази на строгия гражданен закон става по-кристализирана. Двамата философи-стоици се намесват, като запазват ролята, възложена на всеки от автора.

Антипатър заклеява поведението на продавача, като прави сравнение с атинското законодателство, според което да не се покаже пътя на изгубен човек се санкционира като публично злодеяние. Премълчаването на дефектите на стока, която човек продава, представлява още по-сериозен казус, тъй като се свежда до оставяне на купувача да се ангажира с договора, като съзнателно бива подведен, следователно това не е нищо друго освен „измамно“ поведение<sup>48</sup>. Предварителното мълчание се приравнява на измамно укриване. Философът остава строго на нивото на морала и защитата на общата ползност. Цицерон би могъл да добави към аргумента изискването за добросъвестност, присъщо на *emptio-venditio*, което допълнително би засилило задължението на продавача да информира. Той оставя дебата на морално ниво.

От обратната гледна точка, Диоген подхранва строго легален анализ на проблема<sup>49</sup>. Продавачът не е декларирал нищо, но и не е обещал нищо (*Sin autem dictum non omne praestandum est, quod dictum non est, id praestandum putas?*). Тук той използва техническия речник на закона, който се намира по-специално в едикта на курулните едили, който предписва задължение за предоставяне на информация, различно от възможното предвиждане на гаранция срещу скритите недостатъци. Във всеки случай задължението за информиране по смисъла на едикта на курулните едили не се прилага при този тип продажба, тъй като то е ограничено до

---

<sup>47</sup> В този смисъл вж., GORETTI. *Il problema del silenzio nell'esemplificazione Ciceroniana, cit.*, p. 77.

<sup>48</sup> Cic., *De Off.* 3.54: [...] si hoc non est, emptorem pati ruere et per errorem in maximam fraudem incurrere. Plus etiam est quam viam non monstrare; nam est scientem in errorem alterum inducere.

<sup>49</sup> Cic., *De Off.* 3.55.

хипотезите на продажби на роби и товарни животни на пазарите. Освен това купувачът не е поискал от продавача никаква гаранция, която би била добавена към договора за покупко-продажба.

Въпреки това Диоген критикува преценката на купувача (*Ubi enim iudicium emptoris est.*). Философът счита, че е трябвало да бъде по-разумен и да се поинтересува за възможните качества и недостатъци на къщата. Презумира се, че купувачът не е разпитал продавача и се е съгласил да плати цената без да се договаря, смятайки, че купува на добра цена. Освен това продавачът не се е опитал да се похвали със собствеността си или да е определил прекомерна продажна цена. Диоген, за да подчертае икономическата цел на договора, която е да се продава на най-добрата цена, стига дотам, че с известен цинизъм възкликва, че той трябва да е глупав, за да обяви публично, че продава западнала къща. Философът защитава тезата, че в този случай не е налице *fraus venditoris*. Всъщност, тъй като купувачът вероятно не му е задавал никакви въпроси относно качеството на къщата, продавачът е мълчал и не е трябвало да лъже. Освен това би било твърде опасно да се изведе намерението за измама от чисто мълчание. Следователно, ако разгледаме ситуацията на процесуалното ниво на *iudicium bonae fidei*, то можем да си представим колко трудно би било на купувача да докаже измамно намерение у онзи, който е си е мълчал.

В параграфи 56 и 57 Цицерон се опитва да заеме позиция относно мълчанието на търговеца на жито и продавача на къщи в контекста на етично-правната опозиция, която предизвиква дилемата. Той представя природата на двойката *celare / reticere*. Запазването на информацията в тайна (*celare*) не отразява непременно умишленото желание да се заблуди насрещната страна (*reticere*). Но ако целта на мълчанието е да се спечели лична изгода от това, тогава продавачите на житото и къщата не се държат като хора на честта. Те трябва (*debet*) да предоставят информацията на тези, които имат интерес да я знаят. Критерият, който ще отличи *arbitrium* и *vir bonus*, е липсата на преследване на личен интерес или печалба.

В този аспект на разсъжденията може да се приеме, че Цицерон разглежда въпроса само на морално ниво<sup>50</sup>. Но в последният пасаж той хвърля светлина върху причините за позицията си. Той представя една сентенция на Марк Порций Катон, баща на Младия Катон<sup>51</sup>. В този казус авгурите са заповядали на Клавдий Центумалий да снижи височината на къщата си на хълма Целий, тъй като това пречело да наблюдават и да гадаят по полета на птиците. Без да има намерение да се съобрази, той побързал да продаде къщата си на Калпурний Ланарий, без да го информира за разпореждането, издадено му от авгурите. Цицерон разказва за решението на Катон, което вероятно е било представено като част от *actio empti*, тъй като изрично се отнася до *quicquid sibi dare facere oporteret ex fide bona*. Той отсъжда в полза на Калпурний, тъй като продавачът е действал недобросъвестно, като не е разкрил съществена информация. Цицерон одобрява правилността на решението. Случаят не представлява трудност. Не е налице двусмислие относно естеството на мълчанието. Продавачът съзнателно прикрива заповедта за събаряне, за да заблуди купувача. Доказването на неговото измамно отношение не създава проблем. Цицерон избира да даде този пример, за да подчертае допълнително дилемата, породена от етично-правния конфликт при други обстоятелства. Всъщност, веднага след като споменава този епизод, той се връща в следващия параграф на казуса с продавача на александрийска пшеница, както и на този за къщата, засегната от недостатъци<sup>52</sup>, заявявайки, че и те са имали задължението да предоставят информация от съществено значение за купувача.

В съзнанието на Цицерон това е по-скоро морален дълг, стандарт на поведение в съответствие с *arbitrium* и *vir bonus*. Това е съвет, който той дава на всеки добър човек, когато се сблъска с такъв тип ситуация. Цицерон изразява съжаление относно факта, че цивилното право е безсилно да обхване всички видове задържане на информация (*reticentiae*): *Sed huiusmodi reticentiae iure civili comprehendendi non possunt*.

---

<sup>50</sup> В този смисъл вж. SOLIDORO MARUOTTI. *La reticenza, cit.*

<sup>51</sup> Cic., De Off. 3.66-67. За случая се съобщава по подобен начин и от Валерий Максим (8.2)

<sup>52</sup> Cic., Off. 3.67.



Законът наистина не е в състояние напълно да идентифицира измамното намерение, тъй като не винаги е лесно да се дефинира умишленият елемент в мълчанието.

Ще се възхитим от изключителната прозорливост на Цицерон, който признава, че законът не може с единствените си императивни предписания да разграничи напълно мълчанието и евентуалната измамна съдържаност, която служи за оправдание. Той е напълно наясно, че философско-етичната перспектива е неделима от правното измерение. Речта му е обръщение към договарящи се страни, магистрати и съдии, които винаги трябва да имат предвид модела на *vir bonus*. Конфликтът между красивото, честното и полезното е наръчник, предназначен да бъде техния *arbitrium*.

Тези пасажии от *De officiis* са ценен ключ към разбирането на проблема – поради благоразумието, реализма и точността на анализа на Цицерон – трудностите, породени от мълчанието на продавача или купувача. Наблюдението на безсилието на закона да се намери напълно задоволително решение за това не се отнася само за закона от I в. преди нашата ера – въпросът, изобразен от автора, изглежда вечен и неделим от етично-философския дебат. В тази връзка следва да споменем още някои илюстрации в диахронична перспектива.

Нека започнем с пример, взет от казуистиката на римската юриспруденция. Класическите юристи налагат на страните по даден договор задължението да не извършват *dolus malus* в рамките на договорните си отношения. В определението за измама те включват умишленото укриване, извършено от една от страните. Един пасаж от Флорентин отразява това по отношение на *emptio-venditio*<sup>53</sup>. При някои обстоятелства обаче тълкуването на мълчанието на продавача може да бъде причина за колебание. Интересна илюстрация намираме във фрагмент на Помпоний<sup>54</sup>. По време на продажбата продавачът не споменава съществуването на

---

<sup>53</sup> *Flor. 8 Inst. D. 18.1.43.2: Dolum malum a se abesse praestare venditor debet, qui non tantum in eo est, qui fallendi causa obscure loquitur, sed etiam qui insidiose obscure dissimulat* (Продавачът трябва да гарантира, че няма измама, която включва не само използването на неясни думи с цел заблуда, но и преднамерено премълчаване.)

<sup>54</sup> *Pomp. 31 ad Q. Muc. D. 18.1.66.1: Si cum servitus venditis praediis deberetur nec commemoraverit venditor, sed sciens esse reticuerit et ob id per ignorantiam rei emptor non utendo per statutum tempus eam servitutem amiserit, quidam recte putant venditorem teneri ex*

сервитут в полза на имота. Тъй като купувачът не знае за това предимство, той не го използва и така го губи<sup>55</sup>. Юристът поддържа тезата, че е справедливо да се счита, че продавачът е извършил измама, като не е разкрил тази информация на своя съконтрагент.

Това, което привлича вниманието ни обаче е начинът, по който той формулира своето *opinio* чрез използването на „*quidam recte putant*“. Това предполага, че между юристите съществува *ius controversum* относно въпроса дали задължението за информиране има императивен характер. В този случай квалифицирането на измамното намерение в мълчанието на продавача далеч не е сигурно и поражда някои въпроси. Какъв е интересът му да премълчи за сервитутите, когато именно те увеличават стойността на имота? Дали мълчанието му не е просто вследствие на забравяне или обикновена небрежност<sup>56</sup>? Този фрагмент потвърждава, че класическото римско право не дава никакво определено решение по въпроса, оставяйки юристите и съдиите да решат делото според референта на обективната добросъвестност и нейното олицетворение чрез добрия човек.

Вторият пример несъмнено представлява скок във времето и се вписва в различна правна система, но въпреки това създава същия тип трудности при разбирането на конфликта, свързан с мълчанието и задължението за информиране.

---

*empto ob dolum* (Ако по време на продажбата на земя, продавачът не спомене съществуването на текущ сервитут, въпреки че знае за него, и купувачът поради своето незнание го губи, като не го използва определен период от време, някои основателно смятат, че продавачът ще носи отговорност за измама, въз основа на поведението си по време на покупката.)

<sup>55</sup> Цицерон (*De or.*, 1.178) споменава един донякъде подобен случай. Продавачът на един недвижим имот не споменава изрично наличието на сервитут в договор за продажба. Цицерон преразказва противоположните възгледи на двамата оратори по време на процеса. Крас, защитникът на купувача, се придържа към наличието на строго задължение на продавача да предостави информация и счита, че той носи отговорност въз основа на *actio auctoritatis*, произтичащ от манципацията. Антоний, защитникът на продавача, прави възражение за *aequitas*, за да избегне задължението за информиране, тъй като купувачът преди е бил собственик на същия недвижим имот и не е можел да не знае за съществуването на сервитута при покупката. Определянето на мълчанието като измама създава затруднения, тъй като и двете страни са били наясно с наличието на сервитута.

<sup>56</sup> В тази връзка вж. CARDILLI, R. *L'obbligazione di „praestare“ e la responsabilità contrattuale in diritto romano*. Milano, 1995, 162-168.

Това е едно от първите решения на Върховния съд на САЩ, Лейдлоу срещу Орган<sup>57</sup>. Казусът се разигра в контекста на войната за завладяване на британските колонии в Северна Америка (сега англоговоряща Канада) от колонистите и блокадата на пристанището на Ню Орлиънс от англичаните, която сваля цената на тютюна. Орган преговаря за закупуването на сто и единадесет барела тютюн с Жиро, агент на компанията Лайдлоу, като до края на 18 февруари 1815 г. така и не е постигнато споразумение.

През следващата нощ трима моряци от британските военноморски сили пристигат с новината за края на войната и за подписания на 24 декември 1814 г. договор от Гент, който слага край на блокадата на пристанището на Ню Орлиънс. Орган веднага научава за новината и още преди да се появи в сутрешния вестник, се среща с Жиро и купува тютюна на първоначално предложената цена от последния, без да го информира за края на войната. Няколко часа след публикуването на мирния договор в пресата цената на тютюна нараства значително. Следва правен спор между Орган и компанията Лайдлоу, които твърдят, че е извършена измама, вследствие на което е претърпяна финансова вреда. Делото стигна до Върховния съд, който трябва да реши дали купувачът има задължение да информира продавача.

Върховният съдия Маршал, автор на становището, постановява, че всяко премълчаване на информация, целящо да заблуди насрещната страна, може да предизвика недействителност на договора. В този случай обаче Орган няма задължение да предостави на Жиро информация за края на войната. (Съдът счита, че той не е бил длъжен да я съобщи) при условие, че и двете страни са имали равен достъп до информация. (Би било трудно да се застъпи противоположната доктринална теза в подходящи граници, когато средствата за информация са еднакво достъпни и за двете страни).

С други думи, продавачът теоретично е имал възможността за достъп до информацията. С мълчанието си купувачът не се е стремил да я запази в тайна, тъй като тя не е била запазена при пристигането на тримата английски моряци на брега. Следователно с мълчанието си той не е извършил измама. Този случай на

---

<sup>57</sup> 15 U.S. (2 Wheat.) 178 (1817).

американското Common law наистина е на кръстопът между двата казуса (този на продавача на пшеница и този на къщата, засегната от порок), поставени от Цицерон - въпросите, разгледани от него са сходни.

Трябва ли александрийският продавач на пшеница да информира родосците, че предстои да пристигнат други кораби, натоварени с жито, което би намалило цената, или трябва да се опита да продаде стоката си на по-висока цена? Симетрично, трябвало ли е Орган да информира продавача, че блокадата е приключила, или би могъл да се опита да купи на най-ниската цена, преди цената на тютюна да се повиши? Решението на Върховния съд напомня и за позицията на Диоген, който защитава липсата на задължение за информиране относно западналата къща. Съотношението *ratio decidendi* е аналогично. То е изградено около идеята за равен достъп до информация и за двете страни. Диоген смята, че задължението за предоставяне на информация не тежи на продавача, защото купувачът може и трябва да поиска повече, а ако не го направи – трябваше да се изправи срещу последиците от липсата си на любопитство и старание. Същото важи и за възгледа на главния съдия Маршал. Продавачът има същата възможност, както и купувача, за да чуе новината за края на войната. Той не се е възползвал от това – следователно от него зависи да поеме последствията. От решението може да се заключи, че спрямо делото може да се подходи последователно или въз основа на общото изискване за справедливост, или на задължението за информиране.

Тази съдебна практика обаче по никакъв начин не изчерпва съдебните спорове, свързани с мълчанието на продавача или купувача, а напротив - тя благоприятства разнообразието от съдебни решения. Така един от най-обсъжданите въпроси в американското договорно право остава при какви обстоятелства едно лице е длъжно да предостави важна информация, неизвестна на насрещната страна по време на фазата на договорните преговори. Освен това задачата става още по-деликатна при липсата на воля за измама.

Нека завършим там, откъдето започнахме, а именно въпроса за уредбата на измамното въздържане чрез договорната реформа от 2016 г. и очевидните противоречия между чл. 1137 и чл. 1139 от френския Граждански кодекс. Изглежда,

че законодателят не е взел страна между критерия на общото изискване за добросъвестност и този на задължението за предоставяне на информация, като преценката е оставена на съдията. Диахроничното четене на измамата и измамната съдържаност дава възможност в дългосрочен план да се измери трудността на правото и да се схванат етично-правните въпроси, които изискват по-казуистичен и подробен отговор, за да се разбере по-добре цялото творчество на човешкия ум в изкуството на измамата. Нещо повече – използването на стандарти като добросъвестност или разумен човек не винаги е лесно да бъде съгласувано с *utilitas* или казано с други думи – с изискванията на пазара.

## НАУЧНИ СУБСТАНЦИОННИ ЦЕННОСТИ КЪМ ПРАВНАТА ДОГМАТИКА И ТЕОРИЯТА НА ПРАВНАТА СДЕЛКА (НА АНГЛИЙСКИ ЕЗИК)

**Проф. д-р Хуан Мигел Албуркерке Сакристан**

Университет в Кордоба, Испания

**Резюме:** С критичен и обновяващ дух, авторът е твърдо убеден в стойността на теорията на правната сделка, както за нейната полезност при оформянето на съзнанието на съвременните юристи- както на романистите, така и на цивилистите и на специалистите по търговско право. Изследването се фокусира върху анализ и критичен преглед на доктриналните общи и специфични точки на романистична наука, включително някои разсъждения върху новите доктринални течения, които позволяват да извлечем най-забележителните научни профили на така наречената правна сделка. Ще направим кратък коментар в следния ред: I. Общи положения. II. Концепцията за правната сделка. III. Кратко изложение относно основните елементи на сделката. IV. Полезност, обосновка и признаване на научната ценност, присъщи на правната догматика и теорията на правната сделка. V. Доктринални постулати за правната сделка. VI. Матрици и заключителни обобщения. Историко-критичния метод. Историко-догматичния метод. От догмата за автономията на волята до догмата за задължителното волеизявление според Бети.

**Ключови думи:** Пандектистика; екзегетични методи; догматични методи; правна сделка; съществени елементи; автономия на волята; задължително волеизявление.

# SCIENTIFIC CONSUBSTANCIAL VALUES TO THE LEGAL DOGMATIC AND THE THEORY OF LEGAL BUSINESS (ENGLISH LANGUAGE)

**Prof. Juan Miguel Alburquerque Sacristán, PhD**

University of Córdoba, Spain

**Abstract:** With a critical and renovating spirit, the author is firmly convinced of the value of the theory of the legal business, both for its usefulness to form the mind of the new jurists, as well as that of the romanist as the mercantilist and the civilist. The study focuses on an analysis and a critical review of the doctrinal generalities and the specific points of our romanistic science, including some reflections on the new doctrinal currents that allow us to extract the most outstanding scientific profiles of the so-called legal business. We will make a brief commentary on the I. General presuppositions. II. Concept of Legal Business. III. Brief reference to the essential elements. IV. Utility, justifications, and recognition of the scientific values inherent to legal dogmatics and the Theory of the Legal Business. V. Doctrinal postulates on the legal business. VI. Nuances and conclusive convergences. Historical-critical method. Historical-dogmatic method. From the dogma of the autonomy of the will, to the dogma of Betti's prescriptive declaration.

**Keywords:** Pandecttics; exegetical methods; dogmatic methods; Legal Business; essential elements; autonomy of the will; mandatory declaration.

## **I. General budgets**

In the endless quarry of legal reflection, that almost always cuts conformity and the limited application of the scientific advances, the critical spirit of some studios has felt compromised and forced to give a more definite appearance to some doctrinal appreciations that were understood as firm and sure. In this sense, a point of particular prominence can represent, to my judgment, the attempt from Betti E., about the new orientations of the perceptive declaration, in the context of legal business. In my view, in topics such as this one - specially - one must address and point out many aspects for everything they possess as fundamental for a better understanding; and not so much about the proposed scheme by the systematic dogmatic, that may seem simple and easy, even more so for a didactic summary, if not for the background and content that is unveiled from the classical historical perspectives to the modern doctrinal trajectory methodologies for the making of this figure; what implies further knowing of romanistic methodologies, contrasts and complementary exclusivities of the diverse currents, new perspectives of reconstruction, elaboration and purpose on the new trends, doctrinal contrasts for its basis and foundation, evidence of reflection for legal science, etc.

## **II. Concept of legal business**

Close-fitted to the most modern legal elaboration, one could understand, not as a simple declaration of private will that must produce a legal effect, but rather, as something more complex and complete; what would come to entail a definition in which the idea that it is about an act, declaration or precept of private autonomy to thrive so that the individuals can establish it and regulate it by themselves - binding self regulation - the own interests, that receive legitimacy from the legal recognition, and, as consequence, it is the legal order that at in turn attributes a series of specific legal effects, in consonance with the own socio-economic regulatory sphere, that would have determined its own typicality of the set out business.



Act, declaration or precept, not as simple declarations of will, but rather characterized by its regulatory nature and not merely psychological - that also undoubtedly survives-: precept of the private autonomy in agreement of private autonomy in conformity with the essential and engaging regulation of its own interests. Acts of private autonomy that in Betti E.'s opinions are proven to be born spontaneously from the social initiatives, what is, in my opinion, a product of an intensive, real and sociological, to which also grants certain prosperity in the analysis of its theory of legal business.

BETTI, E.<sup>1</sup>, in his study *Teoría generale del negozio giuridico* reminds us that in the comments that configure his idea regarding legal business, was not only about placing

---

<sup>1</sup> BETTI, E. *Teoría generale del negozio giuridico*, p. 57 (Turín, 1943; trad. esp. A. MARTÍN PÉREZ. Madrid, 1949; 2ª ed., 1950; 3ª reimpr. 1960; reimpr. Corr., intr. De G. B. FERRI, Nápoles 1994; trad. esp. MARTÍN PÉREZ. Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho Público Romano*. 23ª ed. Madrid, 2020, p. 31 ss.; Id. *Derecho Privado Romano*. 10ª ed. Madrid, 2017, p. 275 ss.; ALBURQUERQUE, J. M., *De perspectivas exegeticas a perspectivas sistematicas y dogmaticas: Breves puntualizaciones en torno al siglo caracterizado por el esplendor de la jurisprudencia de la Escuela culta*. – RGDR 3, Madrid, 2004, p. 1 ss.; JIMÉNEZ, C. *Reflection about confusion as means of extinction of obligations*. - *Ius Romanum*, 2021, № 1, Sofía, p. 1 ss; FALK, U. *Bernard Windscheid, (1817-1892) - Juristas Universales* (Domingo. R. ed.), vol. 3, Madrid-Barcelona, 2004, p. 292-293 ss.; BETTI E. *Teoría generale del negozio giuridico* (Turín, 1943; trad. esp. A. MARTÍN PÉREZ. Madrid, 1949; 2ª ed., 1950; 3ª reimpr. 1960; reimpr. Corr., intr. De G. B. FERRI, Nápoles 1994; trad. esp. MARTÍN PÉREZ; MONEREO PÉREZ, J. L. Granada 2000, p. 60 ss.; SIERRA PÉREZ, I. *Las reglas de interpretación de los contratos en el Código Civil español*. Actas „La Interpretación del negocio jurídico en la historia“. Coord. Aranda Rodríguez. - *R. Univ. Carlos III*, 2015, ed. 2017, p. 156 ss.; ARANDA RODRÍGUEZ, R. *La interpretación de los contratos en el derecho europeo*. „La Interpretación del negocio jurídico en la historia“. Coord. Aranda Rodríguez. - *R. Univ. Carlos III*, 2015, ed. 2017, p. 170 ss.; JUÁREZ TORREJÓN, A. *Las reglas de interpretación de los contratos como reglas distribuidoras de la responsabilidad por las declaraciones*. Actas „La Interpretación del negocio jurídico en la historia“. Coord. Aranda Rodríguez. - *R. Univ. Carlos III*, 2015, ed. 2017 p. 190 ss., <http://hdl.handle.net/10016/24997>; SCHIAVONE, A. s.v. *Negozio giuridico (dir. rom)*. ED, p. 907 ss. Id. *Storiografia giuridica e apologia del diritto moderno*, en *Dem. dir.*, 1973, XIII, fasc. 2, p. 65 ss.; *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia e transactio da Labeone a Ulpiano*, Nápoles, 1971, p. 103 ss; Id. *Nascita della giurisprudenza. Cultura aristocratica e il pensiero giuridico nella Roma tardo-repubblicana*. Bari, 1976; Id. *Recensione a Bonini, I romanisti e il I libro del codice civile del 1942*. – En: *Quaderni fiorentini*, 1974-75, III-IV, p. 650 ss.; Id. *Diritto diseguale e formazione del blocco storico*. – En: *Dem. dir.*, (autori vari). Bari, 1975, II ss.; *Per una rilettura delle „formen“: teoria della storia, dominio del valor d'uso e funzione dell'ideologia*. – En: *Problemi teorici del marxismo* (autori vari). Roma, 1976, p. 189 ss.; RUÍZ PINO, S. *Studi of effects of patria potestas on the goods of filiifamilias - Ius Romanum*, 2019, № 1, Sofía, p. 349-362; Id. *Nuevas perspectivas en torno a la experiencia administrativa medioambiental romana*. – *Hacia un derecho administrativo, fiscal y medioambiental romano IV*. Dykinson, 2020, p. 683-711; SCIALOJA, V., *Negozi giuridici. Corso di diritto romano* (año académico 1892-1893; reimpr. Roma, 1933),

will in the second place, but rather, keeping into consideration the existence of the regulatory sphere about the interests and self regulation in our society that is of the individuals in the strip of the mentioned private autonomy, the real and sociological observation (the sociological hint, justified by its genesis and its function), entails a basis support for its conclusions.

### III. Brief reference to the essential elements

The distinction done by the pandectics about the elements that configure this notion, can be synthesized as this: *essentialia negotii*, essential elements (called as such because without the concurrence of themselves, as absolutely necessary, the business would not exist<sup>2</sup>, considering that they constitute its own essence and nature); *naturalia negotii*, natural elements (the objective right implies that this type of elements make up

---

trad. esp. por F. DE PELSMACKER Sevilla 1942, p. 23; ÁLVAREZ SUÁREZ, U. *El negocio jurídico en Derecho romano*. (Madrid 1954), p. 3 ss., WIEACKER. *Fundamentos de la formación del sistema en la jurisprudencia romana*. (Trad. Linares). Granada, 1998, p. 38; WOLF, J. G. *Franz Wieacker (1908-1994)*, Juristas Universales (Domingo, R., ed.). Vol. 4. Madrid-Barcelona 2004, p. 538 ss.; CUENA, F. *Sistema jurídico y Derecho Romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana*. Santander, 1998; CRIFÒ, G. *Emilio Betti (1890-1968)*, Juristas Universales. Madrid-Barcelona, 2004, vol. 4, p. 217 ss.; WINDSCHEID. *Diritto delle Pandette*. I, trad. it. a cura de FADDA y BENZA, rist. Torino, 1930, p. 202 ss.; FADDA. *La teoria del negozio giuridico. Lezioni di diritto romano*. Nápoles, 1898; Id. *Parte generale con speciale riguardo alla teoria del negozio giuridico*. Nápoles, 1900; SEGRE. „Studi sul concetto del negozio giuridico nel diritto romano e nel nuovo diritto germanico“. – En: *Scritti giuridici*, I, Catania, 1930, 193 ss.; LONGO, *Corso di diritto romano. Fatti giuridici. Negozi giuridici. Atti illeciti*. Milán, 1935; STOLFI. *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. Padova, 1961; GIORGIANNI. *La causa del negozio giuridico*. Milán, 1961; BARCELLONA. *Profilo della teoria dell'errore nel negozio giuridico*. Milán, 1962; FLUME. *Das Rechtsgeschäft un das rechtlich relevante Verhalten* (Arch. Civ. Prax.), 1962, p.53 ss.; FREZZA. „Il precetto della legge e il precetto della autonomia privata nell'ordinamento romano“. – En: *Studi in memoria de G. Zanobini*. V. Milán, 1965, p. 205 ss; BETTI, E. *Voz Astrazione (Negozio astratto); Autonomia privata, causa del negozio giuridico; Convalescenza del negozio giuridico; Convalida o Conferma del negozio giuridico*. – *NNDI*; ÁLVAREZ SUÁREZ, U. *El negocio jurídico en Derecho romano*. Madrid, 1954, p. 3 ss.; TORRENT. *El negocio jurídico*. Oviedo, 1984; DE LOS MOZOS. *El negocio jurídico*. (Estudio de Derecho Civil). Madrid, 1987; CAMACHO EVANGELISTA, F. *El negocio jurídico*. Granda, 1996; BIANCHI, E. *Fictio iuris: ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*. Padova, 1997; PETRELLI, G. *La condizione: „elemento essenziale“ del negozio giuridico*, 2000; SCHIAVONE, A. s.v. *Negozio giuridico, cit.*, p. 907 ss.

<sup>2</sup> Cfr. SCIALOJA, V. *Negocios jurídicos, cit.*, p.73 ss..

an integral part of the concrete and intended business model in all its parts: and, for this reason, if they do not determine its specific exclusion, their coexistence would be substantially understood, and with all its effects, in the content of business - p.e., with regards to the trade, we would point out guarantee by eviction-. As written by Arias Ramos, J.; Arias Bonet, J.A.<sup>3</sup>, "the detailed study of these groups of elements cannot be made in general, but rather referred to each particular type of business, because each of these require distinct, essential and natural elements, and within each case accidental are also diverse that the judgement of each of the individuals add". If among the essential elements as it is known, there are some that are common to all of the business, The classification of these elements that necessarily have to be present in each of the methods of intended legal businesses, we can then outline it the following way: way, content and cause. For BETTI, E., *Teoría generale del negozio giuridico*, (cit., p. 8), the way and the content, are subject of special preferred treatment in the structure's framework of legal business (Chapter 2), however, the cause for legal business introduces it into the analysis of the function of the legal business (Chapter 3), a difference of the most common proposed didactics, like the one we have outlined in this section<sup>4</sup>.

#### **IV. Utility, justification and recognition of the scientific consubstantial values to the legal dogmatic and the theory of legal business**

The legal business, as it is well known, is an authentic reflex of the civilized europe of pandecttics tradition the Pandecttics concept, is limited to make reference to the roman part of the civilized Germany of the XIX century<sup>5</sup>, and as it has always been said by the

---

<sup>3</sup> ARIAS RAMOS, J., J. A. ARIAS BONET. *Derecho romano*. I. 18<sup>a</sup> ed., Madrid, 1986, p. 124.

<sup>4</sup> Cfr. BETTI, E. *Teoría generale del negozio giuridico*, cit., p. 111 ss.; ALVAREZ SUÁREZ, U. *El negocio jurídico en Derecho romano*, cit., p. 15, n. 7; WIDSCHEID. *Pandette, trd. ital.*, cit., 1. 420; IGLESIAS, J. *Derecho Romano*, cit., p. 178; ARIAS RAMOS, J., J. A. ARIAS BONET. *Derecho romano*. I, cit., p. 129; CABEZUELO ARENAS, ANA L. *Negocio Jurídico*. Portal Derecho, www.iustel.com, Madrid 2001.

<sup>5</sup>Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho Publico Romano*. 23<sup>a</sup> ed. Madrid, 2020, p. 31 ss.; Id. *Derecho Privado Romano*. 10<sup>a</sup> ed. Madrid, 2017, p. 275 ss; ALBURQUERQUE, J. M. *De perspectivas exegeticas a perspectivas sistematicas y dogmaticas: Breves puntualizaciones en torno al siglo caracterizado por el esplendor de la jurisprudencia de la Escuela culta. – RGDR 3*,

doctrine, for example<sup>6</sup>, among others, by the way regarding this notion about the legal business, “it is completely strange to the legal roman world: both for the jurist’s thinking, as for the plot of its stratifications regulations”. If then, the extraction fundamentally comes from the roman sources in all its extension -a modern configuration with roman foundatio. Convinced of the search and the substantial encounter, and persuaded with a solid scientific justification by some orientations of the legal roman classicism with regulatory basis in the *Corpus Iuris Civilis* by Justiniano, specially the fifty books of the Pandects, the search for invariable, rational, permissive and applicable legal science and the proclivity to positivism, the Pandecttics inclinations saturated with originality tactfully faced a legal essay of very acceptable proportions for the adaptation of the new legal profiles from the recent past (Theory of legal business, among others). in this context, it would seem like talking about legal business as such would not be the most asserted from the purity of the roman jurisprudence and that never defined it and much less with this systematic perspective that is bestowed by the jointed study where the abstractions coincide, but it can be worth it to justify an analysis of the arsenal of the roman jurisprudence to delve into the long way, as advised by Wieacker<sup>7</sup>, in exchange for the inspiration that provides the coincidence of the ancient roman models with the methods of legal production that

---

Madrid, 2004, p. 1 ss; Id. *Negocio jurídico. Elementos esenciales*. – En: Portal Derecho, www.iustel.com, Madrid, 2004, p. 1 ss.; FALK, U. *Bernard Windscheid, (1817-1892)*, Juristas Universales (Domingo. R. ed.), vol. 3, Madrid-Barcelona, 2004, p. 292-293 ss. Cfr.; BETTI, E. *Teoría generale del negozio giuridico*. (Turín, 1943; trad. esp. A. MARTÍN PÉREZ, Madrid 1949; 2ª ed., 1950; 3ª reimpr. 1960; reimpr. Corr., intr. De G. B. FERRI, Nápoles 1994; trad. esp. MARTÍN PÉREZ, estudio MONEREO PÉREZ, J. L. Granada, 2000, p. 60 ss.); JUÁREZ TORREJÓN, A. *Las reglas de interpretación de los contratos como reglas distribuidoras de la responsabilidad por las declaraciones*. Actas „La Interpretación del negocio jurídico en la historia“, Coord. Aranda Rodriguez, R. Univ. Carlos III, 2015, ed. 2017, p. 190 ss.

<sup>6</sup> SCHIAVONE, A. s.v. *Negozio giuridico (dir. rom)*, ED, cit., p. 907 ss. Id. *Storiografia giuridica e apología*, cit, p. 65 ss.; Id. *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, cit. p. 103 ss ; Id. *Nascita della giurisprudenza*, cit., Bari 1976; Id. *Recensione a Bonini, I romanisti e il I libro del codice civile del 1942*, cit., p. 650 ss.; Id. *Diritto diseguale*, cit., Bari, 1975, II ss.; *Per una rilettura delle <<formen>>: teoria della storia, dominio del valor d’uso e funzione dell’ideologia* – En: *Problemi teorici del marxismo* (autori vari), Roma, 1976, p. 189 ss.

<sup>7</sup> WIEACKER. *Fundamentos de la formación del sistema en la jurisprudencia romana*, (trad. Linares), Granada, 1998, p. 38. Cfr. WOLF, J. G. *Franz Wieacker, (1908-1994)*, Juristas Universales (Domingo R. ed.), Vol. 4, Madrid-Barcelona, 2004, p. 538 ss. Cfr. CUENA. *Sistema jurídico y Derecho Romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana*, Santander 1998.

occupy the actual theory of right". Utility as well if they are considered both for its most common characteristics in the appreciation of the roman jurists adhered and sensibilized with the daily practice, probably coinciding or perceived by them, but keeping in mind that that never incurred in its theorization or abstraction. Nevertheless, resorting to its use, with all the connotations previously outlined cannot represent any harmful moment for a rigorous and historic malformation that must always choose the roman jurists. In this sense, the suggestion of a romanistic part, perhaps it would not stop in elaborating an authentic scientific discipline to the effect, not even a story from the dogmatic and from the institutions, but rather an exhibition of the proposed intellectuals, that is to say, a story of the scientific legal thought and its reconditioning and effects in the evolution and development of the legal grid of the states and societies<sup>8</sup>.

The opinions to this matter as it is well known, deeply diverges and the scarcity or absence of eloquent signals in the Roman Right Manuals, generally, about legal business, they appear to have performed more a restriction - with solid basis - to systematically excessive positions, that in the induction to analysis of the probabilities of the attempted to better understand the spirit of step provided in the discussion. We now refer to a Schiavone A.<sup>9</sup>, an example out of the numerous studies that have set out the problem and the debate between the romanistic regarding the essence of legal business, that can serve us as reference. After placid reflection our author writes *"Per prima cosa bisogna dire, in via generale, che la <<mancanza >> di un concetto all'Interno de uno specifico sistema di sapere (nel nostro caso, el pensiero giuridico romano), non è un motivo de per sè solo sufficiente per escludere ogni rapporto storiograficamente significativo fra quel concetto e quel sistema"*. Some of the ideas emitted from his study, we can briefly highlight some.

---

<sup>8</sup> Cfr. WOLF, J. G. *Franz Wieacker, cit.*, p. 538 ss.; CRIFÒ G. *Emilio Betti (1890-1968)*, *Juristas Universales*. Madrid-Barcelona, 2004, vol. 4, p. 217 ss.

<sup>9</sup> SCHIAVONE A. s.v. *Negozio giuridico, cit.*, p. 907 ss.; Cfr. del mismo autor, *Storiografia giuridica e apologia del diritto moderno*. – En: *Dem. dir.*, 1973, XIII, fasc. 2, p. 65 ss.; *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia e transactio da Labeone a Ulpiano*. Nápoles, 1971, p. 103 ss.; *Nascita della giurisprudenza. Cultura aristocratica e il pensiero giuridico nella Roma tardo-repubblicana*. Bari, 1976; *Recensione a Bonini, I romanisti e il I libro del codice civile del 1942*. – En: *Quaderni fiorentini*, 1974-75, III-IV, p. 650 ss.; Id. *Diritto diseguale e formazione del blocco storico*. – En: *Dem. dir.*, (autori vari). Bari, 1975, II ss.; *Per una rilettura delle <<formen>>: teoria della storia, dominio del valor d'uso e funzione dell'ideologia*, en *Problemi teorici del marxismo* (autori vari). Roma, 1976, p. 189 ss.

Provoke, perhaps, a motive of reflection that does not polarize the structuring based on the binding of the notion, exclusively in the originating headquarters in which they were elaborated by the ancient legal experience: *contractus*, *pacta*<sup>10</sup>, *testamenta*, etc., it can be one of them. In relation to the concept of business, our author points out how difficult it is to think about that existence, specifically the modern one can exclude all historiographically relations meaningful with the legal roman world. Rather one can say that this relation appears strongly characterized and rich in very determined contents. Out of our author's intellectual concern in search of sense to some doctrinal positions, in the analysis of the debate among the romanists (modern and primitive) -very insightful, to my judgement-, pointing out the historicity and critic from the present, the legal form and the economic cycle in the morphology of business, the business typology and subordinating functions of the changes in roman society and the legal figures of the circulation in the theoretical work and the roman jurisprudence, I would point out with him that, in these moments, one must still reflect and ponder. With attempts to take advantage of the intellectual and scientific reasoning that is followed by centuries of study which in it the majority of its participants have belonged, with recognition, prestige and authority, to the roman and civil society of its time. to say regarding some scholars, would take advantage of, extract and continue to feel the same usefulness, are aspects that could be preached in this part of the scientific movement, as we will have an opportunity to comment in forthcoming pages.

And all that, independently of the fact that we can share with Fernández de Buján A.<sup>11</sup>, among others, the importance of the historical-critical method "it is unquestionable that the historical-critical method has achieved the results that today represent the unquestionable patrimony of the roman science". The historical-critical method, is the most current and the most promising, whose approach we have shown preference<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Cfr. ALBURQUERQUE. *La protección jurídica de la palabra dada en Derecho Romano: Contribución al estudio de la evolución y vigencia del principio general romano „pacta sunt servanda“ en el Derecho europeo actual*,. Córdoba, 1995.

<sup>11</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho público romano. Recepción*, cit., p. 245.

<sup>12</sup> Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho público romano. Recepción*, cit., p. 55 ss., p. 243 ss. Rec. ALBURQUERQUE, J. M. *RGDR* 1 y 3, www.iustel.com – Madrid, 2004.

Without forgetting, however, that the distinct methodological directions that can be followed are not in definite always discriminatory from the rest. All of them could contribute in some form, in major or minor measure, to acquire the desired objective of investigation<sup>13</sup>.

## V. Doctrinal hypothesis about legal business

Of the excellence from the master jurist, Betti E<sup>14</sup>., one could talk much, if then the reinforced and renovated interest for this distinguished roman is sufficient enough as manifesto once again in the biographical sketch recently performed by one of the best experts of its work, Crifò G<sup>15</sup>. Ideas that are latent in all scientific observers and that transmitted to us by our author where he insistently corroborates that Betti E., is a prolific expert of the legal phenomenology, with the hermeneutic connotations that nurture his scientific personality and cleared the way towards a vision of the truth and the method that most closely approximated to the universalization of the interpreted phenomenon, in all its variants, but always from the concrete and personal historicity, and, as it is well known, he elaborated one of the most meaningful works of our recent past; specially to our purpose, of unavoidable consult to initiate our comments about legal business: *Teoría generale del negozio giuridico* (Turín 1943). The transcendence of this known life's work is excessively known for the majority of the legal thinking fields in general. Undoubtedly a

---

<sup>13</sup> Cfr. ALBURQUERQUE, J.M. *Negocio jurídico. Elementos esenciales*. – En: Portal Derecho, Base del conocimiento, www.iustel.com, cit, p. 1 ss.

<sup>14</sup> BETTI. *Teoría generale del negozio giuridico*, cit., y en *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica* (2ª ed., ampliada a cargo de G. CRIFÒ, Milán 1971 -1ªed., 1949-); trad. esp. y prólogo de J. L. DE LOS MOZOS, Madrid, 1975; *Teoria generale della interpretazione* I-II (Milán 1955; 2ª ed., ampliada a cargo de G. CRIFÒ, Milán 1990). CRIFÒ, G. – *BIDR*, 70, 1967, p. 309 ss., *IVRA*, 20, 1969, p. 697 ss. Cfr., en general, los Studi in onore di Emilio Betti I-V (Milán1962); *Dalla lege al diritto. Nuovi studi in onore di Emilio Betti*, a cura di Antonio Nasi e Francesco Zanchini. I. Milán, 1999; MARI, PAOLO. – *SDHI*, LXVII, 2001, 567 y ss.; Cfr. AA.VV., Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, en Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 7 (Milán 1978), en particular CRIFÒ, G. *Emilio Betti. Note per una ricerca*, p. 165 ss.; AA.VV. *Costituzione romana e crisi della repubblica*. Atti del convegno su Emilio Betti (Nápoles 1986); CRIFÒ, G. *Emilio Betti*, cit., p. 217 ss.; BETTI, E. s.v. *Negozio giuridico*, NNDI XI, p. 208 ss.

<sup>15</sup> Cfr. CRIFÒ, G. *Emilio Betti (1890-1968)*, *Juristas Universales*, cit., vol. 4, p. 221-222.

work of its characteristics has been object of all types of assessments by the prestigious doctrine in the diverse disciplines, with receptions both with brilliance, complete, partially supported, worthy contribution to the renovation of the contemporary roman era, necessity for the current systematic right, reform proposals, apparent risk by alteration or distancing from the primitive orientation, lack of internal cohesion of the concept, exclusion of the unity, “true creation of the legal science”, filled with enamelled embeddings with scientific brightness, homogeneity, differentiated maintenance from the social and the legal, only good for a modern and civil point of view, critics of political touch, etc., if then, the exceptional reception for other disciplines, specially civil, also knowing of the starting point of our author, prone to capture the unity of the legal phenomenon in the diverse disciplines and to point out the consubstantial scientific values to the legal dogmatic, have set out to highlight the concordance of a perspective that also makes an effort to find a profound conscience of the current right. Nevertheless, as reminded by Crifo<sup>16</sup>, Betti E., with a strong historical and philosophical dimension of its intellectual formation, “it conserves the contact with the history of the Right and the general history of the civilization and ideas”, in the same way, he points out “the modernness, and also the persistent and growing current affairs of his thinking, transformed in great measure in common patrimony...”; finally, with some words that seem very fitting to me: “it is the result of an approach that seems characterized by a cultural conception of history and a social conception of Right: a relation between History and Right as peak practice of the relation between culture and society”. Without cutting short the preceding assessments one could say that in our author “that the *Teoría generale del negozio giuridico*, is perhaps the most sharp from Betti (the legal business not as a declaration of will, but rather, a precept of private autonomy, binding self regulation of its own interests -the individual does not want, but acts, gets, directly extereorizes the binding relation of its interests-)”. That is to say, that clear opposition from Betti, E., to the known dogma of will, both in the recognition of this one as a true regulatory power, as in the most alleviated conception of legal business characterized by the reception in Right of an aimed will to the legal effects, acting through code. Willpower, upon characterizing the business, then goes to a second place in priority. Of the supports that configure its conception one can point out to itself the real and

---

<sup>16</sup> Cfr. CRIFÒ, G. *Emilio Betti (1890-1968)*, cit., vol. 4, p. 217 ss.



sociological observation, keeping into consideration the existence in our societies of the own regulatory sphere over the interests and the self regulation that is acquired by the individuals in the framework of the mentioned private autonomy. One can appreciate a decisive importance over private autonomy. The sociological shade is justified by its function and its genesis and the apparition of the need of the acts of private autonomy that in turn historically proves that are born spontaneously from the social initiatives. The nucleus of private autonomy, with a rigorous and exhaustive separation of the corresponding competences and attributions of the individual and the legal order, represent one of the central concepts over which the treatment over the doctrine from Betti, E. weigh on in regards to business. He does not hesitate to cover, subjecting him to a rigorous revision and reclaiming the practical benefit of this dogmatic creation.

Adhered therefore to a profound instrumental knowledge over the most refined concepts of the mind and historical development of right, Emilio Betti - one of the most relevant european jurists-, sent by Vasalli F., recognizer of his brilliant trajectory and of the merits reached, it spares no expense on the efforts to address other transcendental issues for legal science. Theory of the legal business, with some connotations worthy of remembering with Martin Perez A<sup>17</sup>., "his systematic and methodological presentations - sometimes deeply innovating- do not impede the most formed tend to the most tight-fitting of its legal elaboration".

Almost five preceding decades was that Vittorio Scialoja<sup>18</sup> published his work, "*Negozi giuridici. Corso di diritto romano* (año académico 1892-1893). Among the most highlighting aspects of this roman, we will now focus on Talamanca<sup>19</sup>, the following: Scialoja contributed in introducing the doctrines of german Pandecticts to Italy, facilitating in this way that in Italy at the beginning of the XX century a doctrinal elaboration of great prominence and originality was created (...) that permitted the elaboration of a body of doctrine that in turn distanced itself much from the legislative model; one of the major

---

<sup>17</sup> MARTIN PEREZ, A. Trad. Esp. BETTI, *Teoría general del negozio giuridico*. Turín, 1943, Madrid, 1949, p. XVII.

<sup>18</sup> SCIALOJA. *Negozi giuridici. Corso di diritto romano* (año académico 1892-1893; reimpr. Roma, 1933), trad. esp. por F. de Pelsmaeker (Sevilla 1942). Sobre la obra y bibliografía de Vittorio Scialoja, véase recientemente, TALAMANCA M. *Vittorio Scialoja (1856-1933)*, *Juristas Universales*, vol. 3, p. 672.

<sup>19</sup> TALAMANCA, M. *Vittorio Scialoja (1856-1933)*, *Juristas Universales, cit.*, vol. 3, p. 672.

artifices of the renaissance, not only from the roman right study, but from the legal science in general (...); it was nothing more than a jurist - civilized and a roman - with methodological security practically from all of the roman aspects; critical acuteness and that of institution of content; perfect expert of the nature of legal Right that had the legal Roman code; defender of the unity of the legal knowing above all specializations he was of utter importance for the renovation of the legal science in general. All in all, he took all roman jurists as his real masters. With a distinguished group of prestigious disciples in the universal legal science (p.e: Bonfante P., Riccobono S., Longo C.). In the opinion of Scialoja V., regarding the birth of the legal relation, "the only opinion that does not fights logic is this: none of these elements (those that say that the legal relation is born out of the fact, and those that say that it is not the fact, but rather determination of the legal order intertwined to this fact is what gives birth to legal relation), one can say that it might be the exclusive cause of the legal relation, but both at the same time". Scialoja V<sup>20</sup>., paraphrasing Windscheid<sup>21</sup>, he addresses the definition of legal business in a more general sense with a truly simplified feeling: Legal business is a declaration of private willpower that tends to produce a legal effect. Our author does not dismiss that in reality it is something more complex, pointing out the common note of all legal businesses focused on externalization of willpower. The doctrinal support that is provided to the writing by Windscheid seems to clear up the horizon from major complexities, as it is known, that generalized definition also represents, exactly, that of the master Windscheid. Even the doctrinal affirmation of this Pandectist provides us with a criteria that contributes even more to the purification of complexities, to begin with- I am referring to the comment from our author, an ample expert of the so controversial concept of legal business, when it says that "that this being a scientific concept created for the jurisprudence for its own ends, each author can shape what he believes to be more suitable, for which, instead of arguing what legal business must be, one must simple present what each one understands that it is". The concordance of Scialoja V., with the positions of this qualified agent of the

---

<sup>20</sup> SCIALOJA. *Negozi giuridici. Corso di diritto romano, cit.*, p. 24, n. 2.

<sup>21</sup> Cfr. FALK, U. *Bernard Windscheid, (1817-1892), Juristas Universales, cit.*, p. 292 ss.

Pandectists that contributed both to the modern legal dogmatic<sup>22</sup>, impregnate their work. In this sense, writes Windscheid B<sup>23</sup>, “<<negozio giuridico è una dichiarazione privata di volontà, che mira a produrre un effetto giuridico>>”.

As in the case of Betti, the response and reception of his exposition of the doctrine of legal transactions, where Scialoja, V.. The new studies and the doctrinal permeability in whose core always predominates the broad legal culture, and also criticisms - partially reconcilable with the Roman sources - which, without underestimating the scientific work of Scialoja, detracted from the vigor of the new current, although, in most cases, without placing the new orientations in one more gap in the legal literature, devoid of specific relevance.

The scientific training of Ursicino Álvarez Suárez, predominantly juridical, as written by A. D'Ors<sup>24</sup> also had an approach with analogous connotations to the previous ones, publishing one of his works with the title “El negocio jurídico en Derecho romano (Madrid 1954)”<sup>25</sup>. Although, as he himself indicates in the preliminary warning of his book, he did it with the purpose of dissemination, rather than research per se. And as far as systematics is concerned, always bearing in mind the results achieved in previous research, such as that of Scialoja, Longo and Betti, among others. The recognition of these previous initiatives of the doctrine led him to shape something more than a synthesis full of Roman solutions on which, as is well known, these positions are undoubtedly based. In line with his initial attitude, he defines the legal transaction "as an act of private autonomy by which private individuals regulate their own interests, in relation to the interests of other persons, and to whose act the objective law attributes precise legal effects, in accordance with the economic-social function characteristic of the type of transaction carried out"<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> Cfr. FALK, U. *Bernard Windscheid, (1817-1892)*, *Juristas Universales*, *cit.*, p. 292 ss., esto es, un sistema de conceptos, principios e institutos jurídicos perfectamente diferenciados e internamente coordinados entre sí.

<sup>23</sup> WINDSCHEID. *Diritto delle Pandette*. I. trad. ital. a cura de FADDA y BENZA, rist. Torino, 1930, p. 202.

<sup>24</sup> D'ORS, A. *Álvarez Suárez, Ursicino (1907-1980)*, *Juristas Universales*, vol. 4, p. 716.

<sup>25</sup> ÁLVAREZ SUÁREZ. *El negocio jurídico en Derecho romano*, (Madrid 1954). Cfr. TORRENT, *El negocio jurídico en derecho romano*. Oviedo, 1984.

<sup>26</sup> ÁLVAREZ SUÁREZ, *El negocio jurídico en Derecho romano*, *cit.*, p. 7 ss., n. 2. Así, p. ej., the contract of sale is a legal business. By means of it, the buyer, using his freedom of determination and resolution (private autonomy), regulates his own interest to acquire a thing, in

**VI. Nuances and conclusive convergences. Historical-critical method. Historical-dogmatic method. From the dogma of the autonomy of the will to the dogma of betti's prescriptive declaration**

From the examples referred to in previous pages (Scialoja V., Betti E., and Ursicino Álvarez), which are situated in a chronological arc that exceeds fifty years, we can extract some nuances and convergences: Scialoja V., as Talamanca M. reminds us, "contributed to introduce in Italy the doctrines of German Pandectistic", as Talamanca M. reminds us, "contributed to introduce in Italy the doctrines of German Pandectistics"; The application of the historical-dogmatic method in a whole series of works by Betti E., in the words of Crifò G., "came to signify a revolutionary overturning of the relationship between Roman Law and Positive Law and the clear overcoming of Pandectistics, as appears especially in the *Teoría generale del negozio giuridico*; Ursicino Álvarez, with humility and informative criteria, contributed and promoted the extension of this previous formulation, with renewed interest, in his book on the legal business in Roman Law, achieving a synthesis, which combined the introduction of the pandectistic doctrines of Scialoja V., and the overcoming of the same projected by Betti E., full of Roman solutions. This aspect converges in the other masters, together with the predominantly juridical scientific formation, the strong historical dimension and the knowledge of the nature of jurisprudential law that the Roman legal system had.

Starting from these premises, from the intensity of the most refined pandectistic, passing through the apparent overcoming of Betti E., to arrive at an expository synthesis also apparently full of Roman solutions, we could take as a reference some common notes, some homogeneous categories, and some data in which the transition from the dogma of the will to the dogma of the preceptive declaration of Betti E. is reaffirmed.

Betti E., in the light of the dogmatic categories elaborated by the pandectistic conditioned his research to the positive law and did so, as he himself acknowledges,

---

relation to the interest of the seller to acquire a sum of money as a price; and to this act, the objective law attributes certain effects, in accordance with the function of traffic and exchange of products that the purchase-sale performs.

without having to disregard or deny the work of the generations of jurists trained in the school of Roman law. Although, as we have already sketched, he dissociates himself from the most common definitions (e.g., from Savigny to Widscheid, Scialoja, etc. and most of the preceding ones), he does not have to disregard or deny the work of the generations of jurists trained in the school of Roman law.<sup>27</sup>), in which the legal transaction is characterized as a manifestation of the will - Willenserklärung - aimed at producing legal effects. What we emphasized when we said that this perspective was inspired by the famous dogma of the will. For Betti E<sup>28</sup>., This definition does not capture the essence, since the essence resides in autonomy, in the self-regulation of interests in private relations; self-regulation that the individual should not limit himself to wanting, to desire, but rather to dispose, that is to say, to act objectively. With the business, a criterion of conduct is established, a relationship of normative value is established. The key lies in the position to be assigned to the will in the structure of the business, i.e. Betti E., only rejects the idea that the will is, in the business, in the foreground and that the concordance of the legal effects with the function or reason (cause) of the business must also be willed, as is intended when a will directed to the legal effects is postulated. The will is the generating source but not the content of the act. Some appreciations of Betti E., which demystify the dogma of the will and which relativize the position of those who support it, by highlighting as a result of a somewhat arbitrary elaboration in the Roman sources, the individualistic conception - also inspired by the dogma of the will - which prevailed in the natural law of the 17th and 18th century - abstract and, in the opinion of our author, anti-historical -, which ultimately leads to exaggerating the contribution that this will makes to the verification of the effect and to recognizing in it its exclusive or principal cause. The corrections to this exaggerated conception of the will are clearly embedded in our author's statement when he simultaneously grants the will something objective, closer to what is

---

<sup>27</sup> Cfr., BETTI. *Teoría generale del negozio giuridico*, cit., p. 5 ss.; s.v. *Negozio giuridico*. – *NNDI*, XI, p. 208 ss. Cfr. SCIALOJA. *Negozi giuridici. Corso di diritto romano*, cit., p. 1 ss., ÁLVAREZ SUÁREZ. *El negocio jurídico en Derecho romano*, cit., p. 3 ss.; TALAMANCA, M. *Vittorio Scialoja (1856-1933)*, *Juristas Universales*, cit., vol. 3, p. 672; CRIFÒ, G. *Emilio Betti (1890-1968)*, cit., p. 217 ss.; SCHIAVONE, A. s.v. *Negozio giuridico*, cit., p. 907 ss.

<sup>28</sup> *Teoría generale del negozio giuridico*, Com. Ed. J.L. Monereo Pérez, cit Granada, 2000, p. 59.

understood as a disposition or precept of private autonomy. (It should be recalled that Scialoja V.<sup>29</sup>, recognized that the legal transaction is, on most occasions, a more complex thing than that mere declaration of private will that tends to produce a legal effect, so that this special nature should also be reflected in its definition. However, throughout his study he fixes his attention on what for him is the fundamental element and the common note of all legal transactions: the externalization of the will).

In fact, according to Betti E<sup>30</sup>., it seems that the will is exhausted with the declaration or the behavior, and is absorbed in them. On the other hand, Betti E.'s defended precept of private autonomy arises for the first time with the declaration and with the behavior, and, from this very moment it attains a lasting existence detached from the person of the author - living his own life -, even opposing the will that engendered it; in fact, Betti E., considers that the precept of business is, by its normative and not merely psychological nature, separable from the person, and therefore could even oppose it (also in unilateral business) and create an effective link to it. In this context, I find some of his appreciations very significant. Starting from the reaction to the dogma of the will - full of mythological and mythical connotations, in his opinion -, which should give way to a clear demonstration, because it is not able to explain sufficiently the configuration of certain businesses, which present an absolute separation between the will - as a psychic fact - and the precept of the business, our author turns to some examples such as (the contract, the conditional business, and the business *mortis causa*), it seems to us convenient to focus now on the example of the contract. In the contract, according to the followers of the dogma - among whom our author cites Windscheid, Planck and Staudinger - "from the meeting of the wills of the two contracting parties would arise a <<unitary will>>: the contractual will. Now, continues Betti E., it is evident that here there is confusion between the will as an internal psychic fact (that which is <<encountered>>) and the will as a precept of private autonomy (that which arises from the <<encounter>>). In reality, what engenders the contractual precept is not a hidden <<encounter>> or a mystical <<fusion of wills>>, but the exchange of the respective statements (offer and acceptance) and their conscious congruence (which is what is called agreement or consensus), or the intentional

---

<sup>29</sup> SCIALOJA. *Negozi giuridici*, cit., p. 24.

<sup>30</sup> BETTI. *Teoría generale del negozio giuridico*, cit., p. 62 ss.

reciprocity or adequacy of the respective behaviors. The agreement of intentions (<<common intention of the contracting parties>>) has no legal value but in function of such change or reciprocity and of such congruence."<sup>31</sup>.

Betti's attempt to highlight the usefulness of his theory, without ignoring that sometimes <<will>> is understood to mean the same thing as <<declare>>, which can lead to confusion due to the various meanings of the word will.<sup>32</sup>, and the danger of ambiguity, provokes a reflection of special consideration. Regarding the different senses of will, subtly analyzed in Betti E.'s theory, it could be said that it is a matter of the continuous conflict of the word will, in view of the different senses it has: sometimes it means the object, sometimes the content, sometimes the faculty or activity of will. Hence the difficulty in making the distinction between will -understood as the object or content of will- and will -understood as a psychic faculty or internal psychological fact-. It is also possible to incur in the erroneous opinion, as our author warns, that the declaration, instead of serving to constitute a precept of private autonomy, comes only to reveal a simple state of mind, that is to say, to evidence an internal psychic fact -the fact of willing-, and that, in this psychic fact, uncontrollable by itself, our author affirms, consists and exhausts the essence of the legal transaction.

At this point, I am referring particularly to the way of dealing with what is known as the <<normal behavior>> expedient. A form of referral - to what is understood by normal behavior (unhappy recourse offered to us by current dogmatics, in the words of our author) -, which seems very usual to free oneself from risks or try to remove or attenuate equivocalities, in which it is considered as normal in the legal business that what is declared is also what is wanted, and, as far as the subjective right is concerned, that the holder of the same is also capable of wanting; and, as Betti E. adds, that it must be presumed in the business that what is declared is <<wanted>>, in the specific case, without the need for proof. To conclude this section we will highlight in synthesis the constructive proclivity of Betti E., in his general theory on the legal business, distancing himself from the perspectives of the preceding dogmatic, which, as a good connoisseur of the same, he was able to refine and reflect on until he nourished his work with an

---

<sup>31</sup> BETTI. *Teoría general del negocio jurídico*, cit., p. 64.

<sup>32</sup> BETTI, E. *Teoría general del negocio jurídico*, cit., p. 60 ss.

approach, perhaps too incisive, but full of probable added solutions, and with a personal predisposition to demystify the well-known <<dogma of the will -declaration of the will- >>, leaving the use of the same in all his work trimmed, to qualify the legal business not as a declaration of will, but simply as <<declaration>>, understood as a prescriptive declaration, regulating private relations: a configuration of the legal business whose axis is constituted by the precept of private autonomy. In his opinion<sup>33</sup>, the precept is conceptually something established, expressed externally in the social environment, and consequently controllable without possibility of equivocation. The precept of the business is not only and not so much the normal result of a will (this is only one of its aspects, the author tells us), but, especially, the exercise of a power in the circle of the social members. Exercise - disciplined by rules of validity and competence - of that power of autonomy that receives its legitimacy from juridical recognition. Another consequence, to delimit self-responsibility with these assumptions of Betti E., would be one more possibility (in the words of Betti E., "the exercise of self-responsibility").<sup>34</sup>, "It is sufficient that the author of the business was aware of the social significance of his own attitude and, consequently, could see its objective significance in the social environment in which he maintained it". The methodological current that permeates most of the works of our author, especially this one, *Teoria generale del negozio giuridico* (1943), as reiterated by Crifò G<sup>35</sup>, "is the application of the historical-dogmatic method -Roman Law (1929, 1930, 1935, 1942), Civil procedural law (1933, 1936), civil Right (1943)--, which meant a revolutionary change in the relationship between Roman Law and positive law and the clear overcoming of the pandectistics", as we emphasized in previous paragraphs.

As we have already outlined, one of the greatest advocates of the historical-critical method can be said to have been Betti. Taking into account the well-known German Pandectistic, this author assumes that the investigation of the history of Law cannot dispense with the mental system of the thinking subject and concludes that the Romanist must apply to the investigation of Roman Law the modern dogmatic schemes,

---

<sup>33</sup> BETTI. *Teoría generale del negozio giuridico*, cit., p. 70, p. 72.

<sup>34</sup> BETTI. *Teoría generale del negozio giuridico*, cit., p. 71.

<sup>35</sup> CRIFÒ, G. *Emilio Betti*, cit., p. 220.



although not understood as something rigid, and exempt from historical sensibility.<sup>36</sup> Betti's main merit, as pointed out by the doctrine, has been the attempt of dogmatic reconstruction of classical law, and therefore his work can be a valuable contribution to the renewal of contemporary romanistics<sup>37</sup>. Fernández De Buján, A.<sup>38</sup>, reminds us of the following statement by Biscardi, "the methodological knowledge of any legal system in its reduction to a system constitutes in itself a scientific activity. The dogmatic reconstruction of legal institutions is a task full of difficulties in Romanistic research, although it is possible to start from the existence of some basic legal concepts.

Álvarez Suárez understands dogmatics as the fundamental principles and concepts that allow the unitary and systematic construction of a given legal order, as a result of an abstraction carried out on its legal institutions. The dogmatic method proposed by Betti seems to consist in the use of modern legal categories in the research work, although not in transplanting the so-called modern dogmatics to the Roman world, which would certainly imply a distortion. In Betti's opinion, dogmatics is configured around the set of concepts and principles that the cultivators of modern private and public law adopt in the study of these... and their own legal mentality, that is, the preparation that a jurist of our time carries out as such, with respect to the knowledge of the legal phenomenon in the abstract. Álvarez Suárez observes that this method supposes the possibility of acting on historical realities in search of facts that confirm the dogmatic lines foreseen, in conformity with a system that is supposed to gather those realities that are to be found. As Biscardi states, the methodological knowledge of any legal system in its reduction to a system constitutes in itself a scientific activity. The dogmatic reconstruction of legal institutions is a task full of difficulties in Romanistic research, although it is possible to start from the existence of some basic legal concepts. Possibly it was De Francisci, our author continues, who in a special way opposed Betti's conception. De Francisci, in search of greater precision of ideas, has formulated his distinction between Dogmatics and Legal History. The former, according to him, is an art that looks at the practical application of the

---

<sup>36</sup> BETTI, E. *Diritto Romano e dogmatica*. A. G. 99, 1928, p. 129 ss.; Id. *Educazione giuridica odierna e ricostruzione del Diritto Romano*. - *BIDR*, 39, 1931, p. 33 ss.

<sup>37</sup> Véase, ORESTANO. *Introduzione allo studio storico del Diritto Romano*, cit., p. 62 ss.; GUARINO. *L'ordinamento giuridico romano*. 4<sup>o</sup> ed., Nápoles, 1980, p. 320 ss.

<sup>38</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN. *Derecho público romano*. 7<sup>a</sup> ed. cit., p. 55 ss.

Law. On the other hand, the history of law is the only way of scientific knowledge of law: only the history of law is a true science. For this reason, according to De Francisci, it is not possible to speak of dogmatic research of a historical law. This research is also historical and cannot be called a dogmatic method. Orestano, referring to the method of Betti, E., points out that any study we wish to make of a past experience can only be carried out through our concepts, and this, moreover, because ancient concepts, while they must be the object of historical research, cannot at the same time serve as instruments for research on themselves. However, the dogmatic attitude adopted with extreme rigor, that is, forgetting the historical data, can lead to unacceptable extremes. The doctrine generally recognizes that the different methodological directions that can be followed are not in the end exclusive of the others; it is well known the plurality of methods that the current doctrine uses with great freedom (comparative, naturalistic, Wieacker's Textsufenforschung, historical-dogmatic -to which we have already referred, Marxist, casuistic and Dogmengeschichte), and which have been highlighted throughout the centuries. They have not limited themselves to excluding - in general - any historiographically significant relationship with the Roman legal world, but more often to highlighting them as aspects that can become complementary for the whole of legal knowledge and science in general.

To conclude, it should be said, in my opinion, that many of the issues analyzed above continue to induce, undoubtedly and in a special way, timely reflection and questioning. For example: It would be a matter of undoing what has been done by modern systematists, to walk the reverse path in order to detect and distill the authentic and true Roman foundation, which tries to permeate the most recent systematic theoretical constructions; or to evaluate and grasp its usefulness starting from the possibilities and probabilities -in a Roman perspective- of the jurisprudential influence on the new theories, without having to reach the justifying extreme of Windscheid ("since this -the legal business- is a scientific concept created by jurisprudence for its own purposes, each author can give it the form he thinks most appropriate, so that, instead of discussing what the legal business should be, we should simply state what each one understands it to be"); or to question the dogmatism of Betti, E. , -in the sense of conclusive and overcoming rigidity-; or limit ourselves to disenchanting the panorama of modern systematics, because

of the substantial differences with the Roman jurisprudential vision, without remembering what Wieacker rightly says (but it may be worthwhile to justify an analysis of the arsenal of Roman jurisprudence to go deeper into the long road, as Wieacker warns (108) "in exchange for the encouragement provided by the coincidence of the ancient Roman models with the methods of legal production that occupy the current theory of law"); or the supporters of the historical-critical methodology (the best methodological guideline, the most followed by the doctrine and the safest), who do not exclude the possible complementarity of other doctrinal and methodological currents, have to make an additional effort to purify the modern theoretical model - in its totality, or partially - when the followers of this historical-critical methodological current, already have behind them many centuries of progress in the studies and contributions that have known and managed to clarify in depth the Roman jurisprudential institutions from the most classical and pure perspective; or one should -at least partially-, for the sake of an apparent prolongation, sometimes give way to possible contributions in the field of scientific knowledge - apparently more adapted to the new social needs- to the elaborations of the recent pandectistic past; which, as is well known, have been built from the Roman factor as prevalent, that is to say, using the incomparable treasure of legal wisdom that the Roman jurisprudential sources provide us with, which has been able to provoke and allow an inertia that has also left a great mark on the prestigious romanists and civilists - for more than two centuries-; and who have also belonged to the essential sector of the discipline and who have tried to shape and highlight the most outstanding profiles of the modern theories; or should it be understood as a simple parenthesis for inhibition.

It seems evident that the path of legal science is vast, and allows us to make all kinds of assessments, without ever forgetting its most relevant, authentic and extraordinary origin, the classical conscience of Roman jurisprudence, which in so many cases continues to be the source of scientific inspiration, and could be said to be "the most perfect". Although the cyclical oscillations of the scientific journey do not seem to walk along the same paths -although legally speaking, it seems that always in the same direction and sense-, to raise Roman law to the category of legal science; for which they have always had to resort to the nourishing bread that represents the Roman jurisprudential wisdom. This source or indispensable element to quench the scientific

thirst, and enhance, -in the framework of legal science-, could represent the wealth of legal knowledge emanating from the jurisprudential sources. And it can be said that the different perspectives share an element that never changes, nor can it change, it is the source of knowledge referred to, absolutely essential and vital for the development of science aimed at the same end: that the law would rise more firmly to the dignity of science, as stated by one of the most renowned jurisconsults of the XVI century, Donellus<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> ALBURQUERQUE, J. M. „HUGES DONEAU (Hugo Donellus) (1527-1591)“. *Juristas Universales* (Ed. Domingo, R.), vol. II, *Juristas Modernos*, Marcial-Pons (Madrid-Barcelona, 2004), p.22 ss.; *Id. De perspectivas exegéticas a perspectivas sistemáticas y dogmáticas: Breves puntualizaciones en torno al siglo caracterizado por el esplendor de la jurisprudencia de la Escuela culta*, *cit.*, p. 1 ss.; *Id. Negocio Jurídico: Introducción, revisión científica y doctrinal. Especial referencia a Emilio Betti*, (Bulgarian Language). - *IUS ROMANUM*, 2016, № 1, Sofía, p. 1 ss.; ARANDA RODRÍGUEZ, R. *La interpretación de los contratos en el derecho europeo*. „La Interpretación del negocio jurídico en la historia“, *cit.*, 170 ss.

ERROR, FRAUS, METUS. ВЛИЯНИЕТО НА РИМСКОТО ПРАВО И НА РОМАНИСТИЧНАТА ТРАДИЦИЯ ВЪРХУ ЕВРОПЕЙСКИТЕ ПРИНЦИПИ НА ОБЛИГАЦИОННОТО И ДОГОВОРНОТО ПРАВО, ОТНАСЯЩИ СЕ ДО ПОРОЦИТЕ НА СЪГЛАСИЕТО\* (НА БЪЛГАРСКИ ЕЗИК)

Проф. д-р Мария Луиса Лопес Угет

Университет в Ла Риоха, Испания

**Резюме:** Предстоящото напускане на ЕС от Великобритания, а заедно с нея и на common law, изискват да се обърнем отново към основните моменти от историческата рецепция на римското право в континенталните правни системи и да анализираме отново тласъка, който ѝ дават европейските кодификатори най-вече чрез общите каталози на принципите, да анализираме влиянието на римското право върху тях, в частност във връзка с опорочаването на договорното съгласие – грешка, умисъл и заплаха.

**Ключови думи:** римско право; правна традиция; европейски принципи; пороци на съгласието.

---

\* Тази статия е обобщение на глава от книгата *La influencia del derecho romano y de la tradición romanística en los principios del derecho europeo relativos a los vicios de la voluntad*, публикувана в: ALISTE SANTOS, T., LOPEZ HUGUET, M. L. (Coord.). *La globalización jurídica: Líneas de manifestación en el derecho contemporáneo*. Barcelona: Atelier, 2017, p. 77-102.

# ERROR, FRAUS, METUS. THE INFLUENCE OF ROMAN LAW AND ROMANISTIC TRADITION ON EUROPEAN PRINCIPLES OF OBLIGATION AND CONTRACT LAW RELATING TO VICES OF CONSENT (BULGARIAN LANGUAGE)

**Prof. Maria Luisa López Huguet, PhD**

University of La Rioja (UNIR), Logroño, La Rioja, Spain

**Abstract:** The future imminent departure of the United Kingdom from the EU and, with it, from Common law, require re-exposing the main milestones of the historical reception of Roman law in continental court systems and re-analyzing the European codifying impulses, fundamentally through general catalogs of principles, examining the influence of Roman law on them, specifically, in relation to the vices of contractual consent: error, fraud and intimidation.

**Keywords:** Roman Law; legal tradition; European principles; vices of consent.

## 1. Римско право и романистична традиция

Професор Antonio Fernández de Buján пише, че правото е исторически продукт и че „само възприемайки правото като логично историческо натрупване на колективен опит, може да бъдат оценени и интерпретирани по-адекватно правните норми и да бъде разбран отколешният непрестанен стремеж към изграждане на една наднационална наука за правото“. Според него, асептичното изучаване на позитивното право, без да се прави историческа и философска оценка, би довело до изграждането на фигурата на експерта по действащите норми, „който не би се различавал много от презрения образ на самозвания юрист“<sup>1</sup>. В този дух се произнася и Rodríguez Ennes като отбелязва, че „Правото като всяко друго човешко явление е неразривно свързано с въздействието на времето“. То е променливо доколкото се променят отношенията, които урежда, но от своя страна изисква определена стабилност, за да не бъде лишено от смисъл. Затова утилитарният прагматизъм не трябва да забравя научното развитие на правото, което изисква то да бъде изучавано на теоретично ниво, за да се избегнат проблемите на вулгаризма<sup>2</sup>.

От тази гледна точка изучаването на римското право се очертава като абсолютно необходимо в общото европейско правно обучение, тъй като – както сочи Burillo Loshuertos, разкрива пред нас широко поле от жизнен опит, в който са важни не толкова решенията, колкото юриспруденцията, която формулира блестящо догматичните проблеми, която ни учи да действаме с логични средства, водещи до удовлетворителни и удовлетворяващи резултати за житейските протребности, като оказва силно въздействие върху правната мисъл и прецизира правния критерий<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho público romano*. 21<sup>a</sup> ed. Madrid: Thomson-Reuter, 2018, и бележките му към първото издание.

<sup>2</sup> RODRÍGUEZ ENNES, L. *Qué y cómo se debe estudiar el derecho?* – REDU, № 12 (3), 2014, p. 11-13.

<sup>3</sup> BURILLO LOSHUERTOS, J. *Valor formativo del derecho romano*. - *Anales de la Universidad de Murcia*, vol. XIII, № 1-2, 1965, p. 23-37. En este sentido, vid., también SAIZ-EZQUERRA FOCES, J. M<sup>a</sup>. *Tradición romanística y decisión justa*. - *AHDE*, № 68, 1998, p. 383-466; NÚÑEZ PAZ, M<sup>a</sup> I. *Derecho Romano. Derecho Común y Contratación en el marco de la Unión Europea*. Universidad de Oviedo, 2000, p. 19 ss.; LÓPEZ ROSA, R. *El derecho romano hoy: cupidae legum iuventuti*. - *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, vol., 1, 2001, p. 91-110.

Според Köschaker, Европа е преди всичко културно явление, истински синтез на германски и класически, особено римски културни елементи<sup>4</sup>. Основателно също Robles Velasco твърди, че римското право е било общото европейско право от XII до XX век, но на практика то е било такова винаги – както по времето на Юстиниан, така и при Карл Велики през XII век, доколкото е *ratio scripta* през Възраждането и дори по времето на създаването на кодификациите<sup>5</sup>. В същия дух се произнася и Redondo Trigo, като посочва, че *ius commune*, основаващо се на *Corpus Iuris Civilis* на император Юстиниан, може да се смята за първото наднационално право *par excellence*<sup>6</sup>.

Убедена в истинността на тези думи, в следващите страници ще се опитам да опиша влиянието на римското право и на романистичната традиция в европейския процес на унифициране на частното право и по-конкретно на договорното право. Ненапразно – както посочва Oliver, Съдът на европейските общности признава в свое решение от 25 февруари 1969 г. романистичния дух на европейското право<sup>7</sup>. Изхождайки от понятията „римско право“ и „правна традиция“ ще изложа накратко основните моменти в историческата рецепция на римското право и след това ще се съсредоточа върху тласъците на европейската кодификация – най-вече чрез общи каталози на принципите, и ще анализирам влиянието на римското право върху тях, по-конкретно по отношение на пороците на съгласието в договорните отношения.

Съгласно тази структура, по традиция романистиката обозначава с израза „Римско право“ съвкупността от правни норми, от които се ръководи римският народ от основаването на града Рим през VIII век пр.Хр. до смъртта на император Юстиниан през VI век сл.Хр. По мнението на Zimmermann, римското право е специфичен клон на познанието, чиято висока степен на развитие се дължи на обстоятелството, че прави ясно разграничение между правото и религията, морала,

---

<sup>4</sup> KÖSCHAKER, P. *Europa und das römischen Recht*. Munich-Berlin, 1947.

<sup>5</sup> ROBLES VELASCO, L. M. *El futuro Código europeo de contratos, una nueva recepción*. en *RIDROM*, октомври 2010, pp. 57-58.

<sup>6</sup> REDONDO TRIGO, F. De los principios Lando al marco común de referencia del Derecho Privado Europeo. Hacia un nuevo *ius commune*. - *ADC*, t. LXIII, fasc. IV, 2009, p. 1648.

<sup>7</sup> OLIVER, L. E. *Principios de Derecho Europeo de los contratos y códigos civiles español y francés. Análisis etimológico comparado*. - *Revista de Llengua i Dreit*, № 42, 2004, p. 111.



политиката и икономиката (между юридическото и неюридическото); съставлява едно несистематизирано в съответствие с един общ закон право, което му придава висока еластичност и реализъм в разрешаването на проблемите; представлява едно динамично право, развивано постоянно чрез юриспруденциалните спорове; едно завършено право, опиращо се на разрешаването на конкретни казуси, без да се заплита в мрежа от непонятни детайли и е обект на плодотворен правен анализ, защото за разрешаването на конкретни казуси често не се излагат или само бегло се споменават мотиви<sup>8</sup>.

Това според А. Fernández de Buján позволява на римското право да да се запазва „като правен референт или Общо право на правната уредба на германските народи, които завладяват Европа, до институционализирането му като основен елемент на европейското *ius commune* след XII век и основа на правото на европейските нации, конституирали се от XVI век насетне“<sup>9</sup>. Действително, през 476 г. Западната част на Империята пада в ръцете на германските народи, като някои от техните крале нареждат да бъдат направени компилации на римското право, което според тях в общи линии превъзхожда по съдържание и техники собственото им право<sup>10</sup>. Така римската традиция се запазва в практиката, нравите и правните школи, макар – както посочва Torrent, да няма особена научна стойност<sup>11</sup>. В Източната част на империята голямата Юстинианова компилация бележи – според Betancourt – началото на византийското право и макар Юстиниан да забранява модифицирането му, не липсват последващи екзегези, адаптации, преводи или обобщения, което предопределя действието на римското право и след падането на

---

<sup>8</sup> ZIMMERMANN, R. *Derecho Romano y Cultura European - Revista de Derecho Privado*, № 18, 2010, Universidad de Externado, Colombia, p. 5-35. Al respecto, WACKE, A. *La recepción del derecho romano en Europa Central: una visión introductoria*. - *REHJ*, Valparaíso (Chile), № 17, 1995, p. 385-395.

<sup>9</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho público romano, op. cit.*, p. 31.

<sup>10</sup> Според доктрината, в Западната част господства вулгаризираното право чрез *Edictum Theodorici*; *Lex romana Wisigothorum*; и *lex Romana Burgundiorum*. TORRENT, A. *La recepción del derecho justiniano en España en la baja Edad Media (siglos XII-XV)*. - *RIDROM*, април, 2013, p. 35 ss.; GARCÍA GARRIDO, M. *Tradición romanística medieval en los principios contractuales visigóticos*. - *Revista de Derecho*, UNED, № 12, 2013, p. 245-256.

<sup>11</sup> TORRENT, A. *Problemas romanísticos de aplicación forense*. Zaragoza, 1992, p. 22 ss.; BERNARD MAINAR, R. *Curso de Derecho Privado Romano*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2006, p. 109; PANERO, R. *Derecho Romano*. 5<sup>a</sup> ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 82.

Константинопол през 1453 г., че и до съвременната епоха, тъй като – макар и право на победените, то е било зачитано от турците<sup>12</sup>.

Според Vinogradoff, откриването в Амафалди през 1035 г. на *Corpus Iuris* на Юстиниан е началото на „втория живот на римското право“<sup>13</sup>. С изследванията на Болонската школа започва процес на рецепция, интегриране и непрестанно влияние, достигащо до съвременните кодификации и дори до наши дни. Това е процес, който доктрината нарича „романистична традиция“ и в който според Zimmerrman, римското право става основа на „едно развито по научен начин право, основано на академичното изследване; право, което се върти около единни етични ценности, въплътени в един хомогенен литературен корпус в Европа и опиращо се на едно също така единно преподаване в европейските университети“<sup>14</sup> до степен, че – както сочи Wacke, *Corpus Iuris Civilis* на Юстиниан се смята за най-значимата книга в историята на човечеството след Библията<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> BETANCOURT, F. *Derecho romano clásico*. 3. изд. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2007, p. 119-123; LÓPEZ HUGUET, M<sup>a</sup>. L. *Conceptos fundamentales de derecho romano*. - UNIR, Logroño-Madrid, 2015, p. 29-30, посочват, че Юстиниановата компилация е заместена от нови законодателни творби, написани на гръцки и публикувани от византийските императори след Юстиниан: Еклогата (VIII в.), Прохирионът (IX в.), Василиките (IX в.), Шестокнижието на Арменопул (XIV в.). За тези и други компилации след Юстиниан: BERNARD MAINAR. *Curso...*, *op. cit.*, p. 107, твърди, че нуждите на обучението и практиката принуждават да се наруши забраната на Юстиниан за промени в творбата му.

<sup>13</sup> VINOGRADOFF, P. *Roman Law in medieval Europe*. 3<sup>a</sup> ed. Oxford, 1922, p. 11 ss. Има множество публикации, изследващи тази правна традиция. Сред тях са: MARGADANT, G. *La segunda vida del derecho romano*. México, 1986; PARICIO, J. - FERNÁNDEZ BARREIRO, A. *Historia del derecho romano y su recepción europea*. - Centro de Estudios Ramón Areces, 1995; CANNATA, C.A. *Historia de la ciencia jurídica europea*. Tecnos, Madrid, 1996; PANERO FERNÁNDEZ, R. *El derecho romano y su recepción en Europa*. – En: AA.VV. (Ricardo Panero, Coordinador). *El derecho romano en la universidad del siglo XXI: catorce siglos de historia y catorce de tradición*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 115-245; ZIMMERMANN. *Derecho...*, *op. cit.*, p. 25 ss.

<sup>14</sup> ZIMMERMANN. *Derecho...*, *op. cit.*, p. 25 ss. В същия дух, DUPLÁ MARÍN, M<sup>a</sup> T. *La recepción del derecho romano en el movimiento de unificación del derecho privado y la Constitución europea*. - *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, № 7, 2003, p. 271.

<sup>15</sup> WACKE. *La recepción...*, *op. cit.*, p. 319 откликва на казаното в този смисъл от Heinrich Mitteis. От своя страна, LÓPEZ ROSA. *El derecho...*, *op. cit.*, p. 93, посочва, че Юстиниан не е можел да предвиди, че през XXI век ще е необходимо да се говори за оцеляването на римското право и да се обосновава необходимостта то да бъде изучавано в наши дни.

Обаче в хода на тази романистична традиция юристите не са имали еднакъв подход в изследването на римското право и то е имало различно въздействие върху правната мисъл в различните исторически периоди. Затова в следващите редове ще изложим основните течения в тази правна култура, като ще обърнем особено внимание на подхода в изследването на римските текстове.

### 1.1. Болонската школа: глосаторите

Откриването през XI век на един ръкопис на Дигестите полага началото, както сочи А. Fernández de Buján, на окончателното развитие на европейската правна наука чрез комуникацията между независими европейски нации, сплотявани от римското право, а по-късно от каноническото право, което възниква с претенции за универсалност и морална власт. Римското и каноническото право заедно (*utrumque ius*) съставляват така нареченото Общо право (*ius commune*)<sup>16</sup>. За това развитие според Betancourt допринася университетската институция в качеството на траен и постоянен инструмент за запазване, предаване, разпространение и създаване на човешко знание. В Болонския университет, основан през 1088 г., а по-късно и в основните европейски университети римското право започва да се изучава като самостоятелна материя<sup>17</sup>. Смята се, че Ирнерий е основател на школата на глосаторите, които – както сочи Панеро, подхождат към дословното изучаване на Дигестите със средствата на екзегетиката, като анализират текстовете в установения от *Corpus Iuris* ред и изясняват значението на думите чрез глоси, прекланяйки се пред него и смятайки го за истинското научно право<sup>18</sup>. Римското право, казва Zimmernann, се поддава като никоя друга съвременна правна уредба на

---

<sup>16</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN. *Derecho público romano, op. cit.*, p. 361-362, посочва, че не трябва да се твърди, че европейската правна наука е възникнала през XI век доколкото, както казва AGUDO RUIZ, A. *La enseñanza del derecho en Roma. Universidad de La Rioja. Zaragoza: Logroño, 1999*, още в школите в Бейрут и Константинопол римското право се изучава по утвърден учебен план.

<sup>17</sup> BETANCOURT. *Derecho Romano Clásico, op. cit.*, p. 124 ss.

<sup>18</sup> PANERO. *Derecho Romano, op. cit.*, p. 87 ss. Cfr. SAIZ-EZQUERRA FOCES. *Tradición romanística y decisión justa, op. cit.*, p. 401, който уточнява, че още преди Ирнерий Болоня е важен център на обучението по право, създаден от графиня Матилда Тосканска, която получава по-късно от Хайнрих V викариат за Италия през 1111 г.

аналитично-схоластична интерпретация и става предмет на университетските лекции. Така римските източници стават център на вниманието в светското право<sup>19</sup>. Това почтително отношение на учениците на Ирнерий (Bulgarus, Hugus, Jacobus, Martinus Gosius) към римските източници не им позволява да ги критикуват, да ги подлагат на съмнение или да предлагат изменения и те се ограничават да дават кратки обяснения било в полето на текста (маргинални глоси), било между редовете (интерлинеални глоси) на параграфите. Първата компилация на тези пояснения е направена през XII век от Акурсий в творбата му *Glossa Magna* или *Glossa Ordinaria*, смятана за най-авторитетната в доктрината и най-прилагана в съдебната практика в Средновековието, за начална точка и основа на европейското *ius commune* и един от най-значимите приноси за конфигурирането на съвременната държава<sup>20</sup>.

## 1.2. *Mos italicus*: постглосаторите или коментаторите

В течение на XIII и XIV век изучаването на римското право приема по-свободни и по-гъвкави методологически измерения като тълкуване и аргументация предвид необходимостта да бъде адаптирано към новите реалности. Затова, както казва Duplá, италианските юристи изоставят отчасти преклонението си пред римските текстове и започват да подхождат към тях критично, с по-широки коментари, като се стремят да доловят духа на закона или *ratio legis*, и да излагат становища, които въвеждат рационални и креативни елементи чрез *interpretatio*, за да могат да интегрират, допълнят и приложат текста към новата практика<sup>21</sup>. Затова, както обобщава Zamora Manzano, ако глосаторите спомагат за изясняването на смисъла на юстиниановите правни разпоредби, то постглосаторите се опитват да разрешат трудностите в прилагането на тези норми на практика<sup>22</sup>. Едни от най-

---

<sup>19</sup> ZIMMERMANN. *Derecho...*, *op. cit.*, p. 24.

<sup>20</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN. *Derecho público romano*, *op. cit.*, p. 369 ss. За метода на глосаторите вж. SAIZ-EZQUERRA FOCES. *Tradición romanística y decisión justa*, *op. cit.*, p. 389 ss.

<sup>21</sup> DUPLÁ MARÍN. *La recepción...*, *op. cit.*, 276.

<sup>22</sup> ZAMORA MANZANO, J. L. *Algunas consideraciones sobre la recepción del derecho romano en el common law*. - *Revista de Ciencias Jurídicas*. Las Palmas de Gran Canaria, № 5, 2000, p. 420.

изтъкнатите коментатори са Bartolus de Sassoferrato, Baldus de Ubaldis и Cinius de Pistoia, които според A. Fernández de Buján обобщават функциите по отношение на текста както следва: „След *lectio litterae*, т.е. буквата на законодателния текст, трябва да се следва най-вече *divisio legis*, чрез което се отличава същият текст в различните му логически съставни части; *expositio*, което обобщава и изглажда съдържанието като цяло; *positio casum*, онагледяване с примери на конкретни фактически казуси с диалектическа цел; *collectio notabilium* – най-значимите забележки, за които законът дава основание; *oppositiones*, т.е. евентуални възражения; и *quaestiones* или спорни въпроси, които може да възникнат“<sup>23</sup>.

### 1.3. Правен хуманизъм

През XV и XVI век възниква нова школа, наречена хуманистична, критико-историческа или културна и елегантна, чиито юристи се връщат към изучаването на класическите модели на Гърция и Рим. Както посочва Bernard, римските текстове, в които се откриват изменения, се подлагат на съмнение и заедно с това се оспорва абсолютният догматичен смисъл на Юстиниановата компилация<sup>24</sup>. Хуманистите, казва Ранеро, изследват римското право в историческите му измерения, без непременно прагматична или утилитаристична цел. Интересува ги повече разсъждението, логиката или системата, отколкото самото решение в конкретния случай. Това ново отношение към римския текст има изтъкнати представители най-вече във Франция като Cujacius, Donellius и Faber<sup>25</sup>. Този синтетичен метод, пояснява Duplá, наречен *mos Gallicus* или елегантна юриспруденция, спомага да се преодолее екзегетиката на *mos Italicus* и реформаторските му изисквания пораждаат нов стил в правната наука през следващите векове (*usus modernus pandectarum*)<sup>26</sup>.

### 1.4 Юснатурализмът и кодификацията

---

<sup>23</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN. *Derecho público romano, op. cit.*, p. 369-370.

<sup>24</sup> BERNARD MAINAR. *Curso...*, *op. cit.*, p. 112.

<sup>25</sup> PANERO. *Derecho romano, op. cit.*, p. 92.

<sup>26</sup> DUPLÁ MARÍN. *La recepción...*, *op. cit.*, p. 277-278.

XVIII век е век на рационализма на школата на естественото право, което – както казва А. Fernández de Buján, застъпва изработването на едно универсално, рационално и независимо от времето право, опиращо се на човешката природа. Това кара защитниците му да се задълбочат в изследването на римското право и да се опитат да извлекат от текстовете всяко нещо, което предполага сближаване между природата, систематиката и разума<sup>27</sup>. Школата на естественото право, казва Zimmermann, признава, че в римското право има бели полета и че понякога е трудно да се прецизира основата, на която да се определи кое е справедливо, поради което се стреми да извлече основополагащи истини чрез философски анализ на текстовете<sup>28</sup>. Според Panero, в Германия възниква *ius modernus pandectarum*, което приема за основа Юстиниановата компилация, отдалечава се от схоластично-екзегетичния метод на *mos italicus*, възползва се от тенденцията към т. нар. елегантна юриспруденция и се опитва да създаде едно ново практическо национално право чрез историко-критично-философско изследване на *Corpus Iuris*, за да асимилира и адаптира правото към актуалните потребности. В този смисъл са релевантни Пандектите на Glück<sup>29</sup>.

През XX век се появява движението към кодификация. Според Betancourt, големите европейски кодификации са две – френският Граждански кодекс от 1804 г., с романистична и обичайно-правна основа, чийто основен автор е Portalis, и германският Граждански кодекс от 1900 г., който съдържа решения, присъщи на германската правна традиция, но продължава да има здрава романистична основа, тъй като основният вдъхновител и съставител на този кодекс е романистът-пандектист Windscheid<sup>30</sup>. Публикуването на германския Граждански кодекс води, според Waske, до загуба на всеобщата валидност на римското право като позитивно право в смисъла му на Общо европейско право. Остават обаче малки територии,

---

<sup>27</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN. *Derecho público romano*, op. cit., p. 371-375.

<sup>28</sup> ZIMMERMANN. *Derecho...*, op. cit., p. 24.

<sup>29</sup> PANERO. *Derecho Romano*, op. cit., p. 93.

<sup>30</sup> BETANCOURT. *Derecho romano clásico*, op. cit., p. 132-136. По повод френския Граждански кодекс ROBLES VELASCO. *El futuro...*, op. cit., p. 60, p. 66-67, изтъква парадокса, че той е повлиян от германското право и от феодалното обичайно право, а по повод германския Граждански кодекс (p. 61, p. 65-66), подчертава, че е белязан дълбоко от римското, а не от германското право.

където в съдилищата продължава да се прилага пряко Юстиниановият *Corpus* - Република Сан Марино, Княжество Андора, Южноафриканската република<sup>31</sup>.

### 1.5. Историческата правна школа и пандектистиката

Реакцията на рационалния юснатурализъм и неговото схващане за правото като съставено от абстрактни, рационални, независими от времето и съответни на човешката природа норми се проявява в Германия през XVIII и XIX век първо в лицето на Историческата правна школа, а по-късно и на Пандектистиката<sup>32</sup>. Основател на Историческата правна школа е Savigny, а неин предшественик е Hugo. За членовете на Историческата правна школа историята на всяка нация е истинската основа на правото като проявление на духа на всеки народ (*Volgeist*). Правото е жив и постоянно променящ се организъм, съставен както от закони, така и от обичаи и традиции, които може да бъдат разбрани само изхождайки от историята. Затова, казва Zimmermann, Историческата правна школа възприема подхода към римското право най-вече от гледна точка на съвременното право, като историческият анализ се подчинява на потребностите и действащото право<sup>33</sup>. Както посочват Wacke и Redondo Trigo, в отговор на манифеста на Thibaut – влиятелен юрист от Хайделберг, който твърди, че е необходим един единен граждански кодекс за цялата германска територия, в съзвучие с постулатите на юснатуралистичния рационализъм, Savigny твърди, че този проект е неосъществим, ако преди това не бъде изследвано кое право е залегнало в съзнанието на германския народ. Затова според него в Германия кодификацията трябва да се извърши в съответствие с постулатите на римското право, защото то повече от всяко друго право е част от културата и традициите на германския народ.

---

<sup>31</sup> WACKE. *La recepción...*, *op. cit.*, p. 332.

<sup>32</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN. *Derecho público romano*, *op. cit.*, p. 376 ss.

<sup>33</sup> ZIMMERMANN. *Derecho...*, *op. cit.*, p. 25.

Savigny иска и успява да осъвремени римското право и неговото приложение като действащо право в Германия<sup>34</sup>. Работата на Savigny<sup>35</sup> поражда културна рецепция на римското право, която кулминира в пандектистиката, наследница на Историческата правна школа. Някои от нейните основни представители са Ihering, Dernburg, Glück, Puchta и Windscheid. Fernández de Buján посочва, че тя получава това наименование предвид обстоятелството, че смята Дигестите или Пандектите на Юстиниан за творбата *par excellence* на правната мисъл на всички времена<sup>36</sup>. Въз основа на проучването на римските източници, пандектистите създават нова наука за правото, характеризираща се, както казва Ranieri, с въвеждане на един нов логически и дедуктивен аргументационен стил и създаване на цял един технически дефиниционен език, който е съвършено новаторски спрямо традиционния правен език<sup>37</sup>. В резултат на значението, което се отдава на понятията, се говори за юриспруденция на понятията и рисковете тя да дегенерира във формализъм и откъснати от действителността абстракции<sup>38</sup>. На тази тенденция обаче, в рамките на самото пандектистко течение, се противопоставя, Rudolff von Ihering, който подчертава социалния елемент на правото и конфликтите на интереси в обществото<sup>39</sup>.

### 1.6. Рецепцията на римското право в Испания

Според Calogne, под „рецепция“ трябва да разбираме „доброволното и без насилие приемане от един народ или една държава на цялата римска правна

---

<sup>34</sup> WACKE. *La recepción...*, *op. cit.*, p. 329-330; REDONDO TRIGO. *De los principios...*, *op. cit.*, p. 1646-1647.

<sup>35</sup> RANIERI, F. *Hacia los orígenes del derecho civil europeo. Algunas observaciones entre pandectística alemana y doctrina civilista italiana en materia de negocio jurídico*. - *Revista de Derecho Privado*. Universidad Externado de Colombia, № 28, януари-юли, 2015, p. 13-43.

<sup>36</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN. *Derecho público romano*, *op. cit.*, p. 376 ss.

<sup>37</sup> RANIERI. *Hacia los orígenes...*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>38</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN. *Derecho público romano*, *op. cit.*, p. 376 ss., твърди, че пандектистиката може да се смята за историческо проявление на течението, наречено правен позитивизъм, което признава като единствено право позитивното право.

<sup>39</sup> В това отношение е знаменателна творбата му *El espíritu del derecho romano*. Аз съм направила справка в превода на F. Vela, публикуван през 2005 г. от Marcial Pons.



уредба или на част от нея<sup>40</sup>. Етапът на доминиране, влияние и приобщаване на територията на полуострова към Републиката, а по-късно и към Римската империя, продължава, както сочи Duplá, от II в. пр.Хр. до IV в. сл.Хр.. През този период се прилага предимно вулгарното римско право, наречено така защото е опростен вариант на класическото право със значително влияние на народни и провинциални компоненти. За дълбоката романизация на Испания е доказателство творбата *Etymologie* на Св. Исидор Севилски<sup>41</sup>.

Падането на Римската империя води до установяване на европейския континент на германски монархии. Torrent уточнява, че на Иберийския полуостров пристигат вестготите – най-културният и романизиран народ, смятан до голяма степен на продължител на римските императори. Тяхното законодателство съчетава германски елементи с местни традиции и римско право, като последното преобладава, и това дава възможност за развитие на римската правна традиция<sup>42</sup>.

Средните векове, казва А. Fernández de Buján, се характеризират със сборниците закони, наречени Fueros, (с германска и римска основа) и Партидите на Алфонсо X Мъдри (1265 г.), с римска и каноническа основа. Влиянието на римското право след XIII век в Университетите, в законодателството (Законника от Алкала *Ordenamiento de Alcalá*, Законника от Монталво *Ordenamiento de Montalvo*, Законите от Торо *Leyes de Toro* или Новата рекопиляция *Nueva Recopilación*) в търговската практика и в правораздаването се дължи отчасти на притока на ученици от Кастиля и Леон, а по-късно и от други територии към Болонския и други европейски университети, в които се преподава *Corpus Iuris*<sup>43</sup>. До XVIII век *ius commune* е преобладаващо в Испания, заедно с вещното право и просъществуването на институти от германски характер, макар че тяхното влияние е по-силно в Каталуния, Валенсия, Майорка, Кастиля и Навара. През XVIII и XIX век се наблюдава превес на

---

<sup>40</sup> CALOGNE MATELLANE, A. *Recepción del derecho romano en materia de obligaciones y contratos. - Actas del II Congreso Iberoamericano de Derecho romano*. Universidad de Murcia-Universidad de Oviedo, 1998, p. 1.

<sup>41</sup> DUPLÁ MARÍN. *La recepción...*, op. cit., p. 280.

<sup>42</sup> TORRENT. *La recepción...*, op. cit., p. 34.: „Вестготите заварват в Испания едно дълбоко романизирано население, което не оказва никаква съпротива на рецепцията на вулгарното римско право, донесено с вестготските компилации, дава възможност за самостоятелно развитие на римската правна традиция“.

<sup>43</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN. *Derecho público romano*, op. cit., p. 374.

националното право, което понякога се противопоставя на римското право. XIX век е векът на либерализма и кодификациите. Основополагащата творба на испанската правна традиция е Гражданският кодекс от 1889 г., който след множество изменения продължава да бъде действащ и се характеризира със силно романистична основа<sup>44</sup>.

## **2. Основни прецеденти на унифицирането на европейското договорно право**

Характерни особености на европейската правна традиция са противоборството между разнообразие и единство и способността за развитие.

И до днес европейското право се колебае между единството и разнообразието. Пример в това отношение е класифицирането на западните правни уредби като принадлежащи към римското правно семейство или към германското правно семейство. Както сочи Zimmermann обаче, „трудно е да отречем наличието на собствен характер във всички правни уредби, което може би оправдава обединяването им по някои основни точки в една еднородна традиция“<sup>45</sup>, която в контекста на това изследване е съставена според Casinos Mora, от един общ *lex mercatoria* от съществено значение за създаването на европейското частно право<sup>46</sup>. Съвременното европейско право, казва Núñez Paz, се представя не като начин на мислене, а като съвкупност от норми, ясно отразяваща духа на просветения деспотизъм, израз на най-обострения правен позитивизъм чрез договори, споразумения, конвенции, директиви и регламенти, които разкриват желанието да се организира животът на държавите членки в количествени измерения и в зависимост от материални критерии. Според тази авторка

---

<sup>44</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN. *Derecho público romano*, op. cit., p. 374.

<sup>45</sup> Вж. основно ZIMMERMANN. *Derecho...*, op. cit., p. 28, p. 30. В същия дух, ALONSO GARCÍA, R. *Derecho comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo*. Madrid, 1989, p. 258.

<sup>46</sup> CASINOS MORA, J. *De Boloña a Bruselas? El Derecho romano ante la unificación del Derecho contractual europeo*. Notas críticas, en AA.VV. *Derecho patrimonial europeo*. Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2003, p. 71.

европейското право се възприема като инструмент за икономическа и социална промяна, чиито върховни цели се определят от пазарната икономика<sup>47</sup>.

В този контекст, според Jiménez Buedía, тенденцията към денационализиране и усилията да се намерят общи точки в частноправната материя и най-вече в договарянето между държавите и частните предприятия са константа дори преди Римския договор от 1957 г.<sup>48</sup>. Действително, както посочва Fernández Rozas, след като ЕС се конфигурира като една все по-хомогенна „правна общност“, в която съществуват съвместно и самостоятелно правата на всяка държава и общностното право, развитието на европейското частно право се извършва посредством множество директиви за унифициране на конкретни проблеми, които в повечето случаи целят да защитят потребителите и да унифицират условията за конкуренция между бизнесмените, при което са налице важни постижения в някои области, но няма консенсус относно архитектурата на едно европейско частно право, предполагащо премахване на националните правни уредби в тази материя<sup>49</sup>.

Обаче след Виенската конвенция относно договорите за международна продажба на стоки от 1980 г. необходимостта да се преодолее законодателното разнообразие чрез по-широки инструменти за уеднаквяване се засилва с Резолюция Първа на Европейския парламент от 26 май 1989 г. относно „усилие за сближаване на частното право на държавите членки“. С нея, казва Campuzano Díaz, Европейският парламент поставя въпроса да се пристъпи към подготвителна работа за изготвяне на един Европейски кодекс на частното право, приканя държавите членки да обмислят този въпрос и предлага да се създаде Комисия със

---

<sup>47</sup> NÚÑEZ PAZ. *Derecho Romano...*, op. cit., p. 48-49.

<sup>48</sup> JIMÉNEZ BUENDÍA, J. A. *Utilización de los principios de Derecho Europeo de contratos por los tribunales españoles*. Bellaterra, 2014, p. 27 ss.

<sup>49</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. *El derecho de los contratos en el marco de la unificación jurídica del derecho privado de la Unión Europea*. En AA.VV. *Homenaje al profesor Didier Opperti Badán*. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2005, p. 3-4, p. 13. Сред приетите директиви посочва: Директива относно защитата на потребителите в случай на договори, договорени извън търговски обекти (85/577/CEE); Директива относно отговорността за вреди, причинени от дефект на стока (85/374/CEE); Директива относно неравноправните клаузи в потребителските договори (93/13/CEE); Директива относно някои аспекти на продажбата на потребителски стоки и свързаните с тях гаранции (1999/44/CE); Директива относно електронната търговия на вътрешния пазар (2000/31/CE); Директива за борба със забавяне на плащането в търговските сделки (2000/35/CE).

задачата да приоритезира и организира необходимите дейности за това унифициране<sup>50</sup>. На основата на тази резолюция се очертават две линии на действие за уеднаквяване на европейското частно право – унифициране чрез един глобален Европейски кодекс за договорите и хармонизиране чрез общи принципи.

Сред най-значимите опити за кодификация трябва да споменем<sup>51</sup>:

- El *Study Group on European Civil Code*, създадена по повод на Международната конференция в Хага (1997) *Към един европейски Граждански кодекс*, председателствана от професор С. Von Bar, комуто с Решение на Правната комисия на Европейския парламент от 6 май 1994 г. е възложено да направи разработка относно необходимостта да се хармонизира тази материя, за да се премахнат пречките пред упражняването на основните свободи, включени в Договора за Европейската общност и който представи своя труд през 1999 г., озаглавен *Изследване на частноправните системи по отношение на дискриминациите и изработката на Европейски граждански кодекс*; и

- Предварителен проект за Европейски кодекс за договорите, изготвен от Академията в Павиа, основана през 1992 г. с координатор професор Gandolfi, която към днешна дата е изготвила 173 статии (Книга I) по обща теория на договора, изхождайки от два принципа – автономността на волята и признаването на романистичното влияние.

---

<sup>50</sup> CAMPUZANO DÍAZ, B. *Hacia un derecho contractual europeo?* - *Anuario de Derecho Europeo*, 2002, p. 43-65, посочва, че искането да се изработи Общ европейски кодекс за частното право не беше надлежно прието, както доказва Решение на Европейския парламент от 6 май 1994 г., с което приканва комисията да продължи напредъка в това начинание. От своя страна, FERNÁNDEZ ROZAS. *El derecho...*, *op. cit.*, p. 4., добавя, че с решението се иска също така да се поощрят Центровете за изследвания в сравнителното право и изобщо усилията за кодификация.

<sup>51</sup> По този въпрос споделям разсъжденията на FERNÁNDEZ ROZAS. *El derecho...*, *op. cit.*, p. 9 ss., който споменава също така работата на Групата за изследвания за изработване на Европейски граждански кодекс, ръководена от професор E. Hondius. По темата, CAMPUZANO DÍAZ. *Hacia un derecho contractual europeo?*, *op. cit.*, 43-65; ROBLES VELASCO. *El futuro...*, *op. cit.*, p. 83 ss.; LARROUMET, CH. *La unificación del Derecho de las obligaciones en Europa*. - *Revista de Derecho Privado*, № 13-14, 2006, p. 211-221; REDONDO TRIGO. *De los principios...*, *op. cit.*, p. 1643 ss.; MOMBERG URIBE, R. *Análisis crítico del proceso de armonización del derecho contractual en la Unión Europea*. - *Revista de Derecho*, vol. XXII, № 1, julio, 2009, p. 9-3; JIMÉNEZ BUENDÍA. *Utilización de los principios de Derecho Europeo de contratos por los tribunales españoles*, *op. cit.*, p. 34 ss.; MURILLO, A. *El Brexit: Todo un reto para el Derecho Romano*. - *RIDROM*, octubre 2019, p. 1-45.

Обаче приемането на общ европейски кодекс има не малко опоненти – като например Sánchez Lorenzo в испанската доктрина, който подчертава липсата на конкуренция в общността, която да даде правна основа за това начинание, както и пространствените граници на европейското частно право, което позволява само да се унифицират националните частни права, включително вътрешните отношения, „когато разнообразието на законодателствата засегне чувствително условията за конкуренция на пазара“<sup>52</sup>. Предвид тези пречки, към които трябва да добавим и английската недоверчивост към всякаква кодификация, алтернативата за хармонизация чрез принципите изглежда е по-добрата опция, постигнала по-голям успех благодарение най-вече на изготвянето на два значими научни текста от общ характер в договорната материя:

- Принципите за международните търговски договори, разработени от Международния институт за унификация на частното право (UNIDROIT, Рим, 1995) и

- *Principles of European Contract law (PECL)*, на „Комисията Ландо“ („Lando Commission“), натоварена да изработи документ, който да съдържа общите принципи, от които трябва да се ръководят субекти, принадлежащи към различни държави. Вече са публикувани две части от този документ (1995 и 2001).

---

<sup>52</sup> SÁNCHEZ LORENZO, S. *Hacia un Código civil europeo*. – In: *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*. Madrid, 2003, p. 338-399, за който един Европейски граждански кодекс „би бил по дефиниция не само противен на постулатите за конкуренцията на общностното право, но и на пространствените предели на неговото приложение“. Към това трябва да добавим вродената английска аверзия към кодифицирането. Тази теза приема напълно FERNÁNDEZ ROZAS. *El derecho...*, op. cit., p. 21-22. За други позиции за и против единния кодекс, CAMPUZANO DÍAZ. *Hacia un derecho contractual europeo?*, op. cit., p. 56 ss.; ROBLES VELASCO. *El futuro...*, op. cit., p. 73 ss.; LARROUMET. *La unificación del Derecho de las obligaciones en Europa*, op. cit., p. 211-221; MOMBERG URIBE. *Análisis crítico del proceso de armonización del derecho contractual en la Unión Europea*, op. cit., p. 9-33; REDONDO TRIGO. *De los principios...*, op. cit., p. 1643 ss.; REDING, V. *Por qué necesita Europa un derecho contractual europeo opcional*. - *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, abril, 2011, p. 1-8, смята, че посредством едно самостоятелно и опционално европейско договорно право би се постигнала една комплексна съвкупност от договорни разпоредби, които договарящите се биха могли да изберат като приложимо право – алтернатива, която би спестила разходи и засилила конкурентостта на предприятията.

Към тях трябва да добавим Общата референтна рамка (*Draft Comon Frame of Reference*, DCFR). Тя има за цел да дефинира прецизно правните термини, да изрази основните принципи и да формулира правилата на договорното право, отразяващи спецификата на различните правни уредби на държавите членки, за да се подобри законодателството на общността и в една последваща фаза да послужи като основа за изготвяне на един опционален инструмент<sup>53</sup>. Принципите UNIDROIT и PECL (съдържащи се до голяма степен в Общата референтна рамка) по същество не се различават много тъй като, както посочва Duplá Marín, членовете на „Комисията Lando“ не са други, а участниците в UNIDROIT<sup>54</sup>. Нека видим по-подробно кои са тези принципи.

## 2.1. Принципите UNIDROIT за международните търговски договори

Тези принципи се появяват като алтернатива на класическия процес на международна кодификация. Проектът, наречен първоначално през 1971 г. „Постепенна кодификация на международното търговско право“, по-късно е

---

<sup>53</sup> За тези и други документи, *vid.*, CAMPUZANO DÍAZ. *Hacia un derecho contractual europeo?*, *op. cit.*, p. 49 ss.; RODRÍGUEZ PINTO, M<sup>a</sup> S. *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos y el conflicto de intereses en la representación*. - ADC, t. LV, fasc. IV, 2002, p. 1751-1765; ARROYO I AMAYUELAS, E. *Los principios del Derecho contractual comunitario*. - ADC, t. LXI, 2008, fasc. I, p. 211-239, relativo a los Acquis Principles; MARTÍN CASALS, M. *El European Group on Tort Law y la elaboración de unos «Principios europeos del Derecho de la responsabilidad civil»*. - Grupo de Tilburg/Viena. – En: *Derecho Privado Europeo (Cámara Lafuente S., Coord.)*, Colex, 2003, p. 1-20, con referencia a los principios europeos en materia de responsabilidad civil; ROBLES VELASCO, L. M. *El futuro...*, *op. cit.*, p. 73 ss., който споменава и най-новия Проект за обща референтна рамка (ПрОПР) от 29 декември 2007 г. на основата на ПЕДП; LABARIEGA VILLANUEVA, P. A. *Los principios de Derecho europeo de los contratos y el favor contractus*. En AA.VV. (Quintano Adriano, E.A., Coord.). *Panorama internacional de Derecho mercantil, Culturas y Sistemas jurídicos comparados. Universidad Nacional Autónoma de México*, 2007, p. 381-408; MOMBERG URIBE. *Análisis crítico del proceso de armonización del derecho contractual en la Unión Europea*, *op. cit.*, p. 9-33, който споменава и CoPECL; REDONDO TRIGO. *De los principios...*, *op. cit.*, p. 1643 ss., който споменава версията от 2009 г. на Общата референтна рамка (*Draft Comon Frame of Reference*); OLIVA BLÁZQUEZ, F. *El Anteproyecto de Código mercantil en el contextos del proceso internacional de unificación del derecho privado de los contratos*. - *Revista de Derecho Civil*, vol. I, № 3, julio-septiembre, 2014, p. 37-66; JIMÉNEZ BUENDÍA. *Utilización de los principios de Derecho Europeo de contratos por los tribunales españoles*, *op. cit.*, p. 34 ss.

<sup>54</sup> DUPLÁ MARÍN. *La recepción...*, *op. cit.*, p. 282-283. Това сходство е отбелязано също така от LABARIEGA VILLANUEVA. *Los principios...*, *op. cit.*, p. 388 ss.

наречен „Принципи за международните търговски договори“. Работната група, натоварена да ги разработи, е създадена през 1980 г и е съставена от експерти по международно търговско и сравнително право – представители на основните правни и социалноикономически системи в света<sup>55</sup>. В първата си версия текстът се състои от преамбюл и 119 члена, разделени в 7 глави – общи разпоредби, формиране, валидност, тълкуване, съдържание, изпълнение и неизпълнение. Към всяка глава има коментари, в които са приведени примери<sup>56</sup>.

Според Fernández Rozas, „принципите оформят система от правила на договорното право, които се адаптират към специфичните потребности на съвременната търговска практика. Може да бъдат избирани от страните като приложимо право, да служат за справка на съдии и арбитри, да тълкуват или да допълват други инструменти на унифицираното международно право като Виенската конвенция от 1980 г. за договорите за международна продажба на стоки и да служат като модел за националните и международните законодатели“. Въпреки, че са само препоръки, сравними с американските *Restatements*, те съставляват пълен набор от юридически правила, които не може да бъдат приравнени към един образец закон, но са своеобразен унифициран кодекс в областта на международните договори, най-вече под влиянието на Виенската конвенция<sup>57</sup>.

## **2.2 Принципи на европейското договорно право (ПЕДП) (на английски - PECL)**

Международната комисия за договорното право или Комисията Ландо, наричана така в чест на нейния председател Ole Lando, е съставена от двадесетина експерти, натоварени да напишат документ, който – както обобщава Labariega Villanueva, да съдържа общите принципи на едно бъдещо европейско облигационно право, от което да се ръководят отношенията между субекти от различни държави

---

<sup>55</sup> FERNÁNDEZ ROZAS. *El derecho...*, *op. cit.*, p. 16.

<sup>56</sup> Версията на текста от 2010 г. може да се види на: <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>.

<sup>57</sup> FERNÁNDEZ ROZAS. *El derecho...*, *op. cit.*, p. 16.

членки на Европейския съюз. За целта в комисията са представени различните правни системи с цел членовете ѝ да се опитат да хармонизират разликите между *common law* и континенталните системи<sup>58</sup>.

Пълната версия на ПЕДП съдържа 191 члена, структурирани в три части. Първата е публикувана през 1995 г. Втората ѝ версия и първото изложение на Част II са разпространени през 1999 г, а третата част – през 2003 г. Първите две части уреждат дисциплината на договора и на задължаващото отношение като цяло, докато Част III интегрира и допълва първите две с общи аспекти на договора и на задълженията, включително дисциплината на давността. Според Oiva Blázquez този документ има претенции да се превърне в Общо право за всички европейски частни договори<sup>59</sup>. Според Fernández Rozas, текстът е написан широко и затова трябва да се тълкува и развие с оглед да послужи като чернова за един бъдещ Европейски граждански кодекс с различен обхват – може да се прилага, когато страните изберат тези принципи като приложимо право (чл. 1.101.2; когато не подчинят договора на определен национален закон или когато страните решат договорът да се ръководи от общите принципи на правото или от *lex mercatoria*, формиран от международните практики и обичаи в търговията (art. 1.101.3); също така може да послужи като модел за бъдещи национални закони или за попълване на някои бели полета в приложимото право (art. 1.101.4). За разлика от принципите UNIDROIT, ПЕДП се изграждат като право за търговци и нетърговци и нямат всеобщ и универсален характер, а са приложими само в сферата на договорните отношения, установени в европейското пространство<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> LABARIEGA VILLANUEVA. *Los principios...*, *op. cit.*, p. 383 ss.; OLIVER. *Principios...*, *op. cit.*, p. 91-93, посочва като лингвистични характеристики на текста: предпочитанието към генерически вместо специфични термини, въвеждането на описателни перифрази, за да се дефинират институциите с по-голяма конотативна тежест; тенденция да се избягват термините с латинска етимология, тясно свързани със социални или правни явления от римската епоха; употреба на един дидактически стил на повторение, който използва прости граматически структури и жертва еlegantността в името на яснотата; JIMÉNEZ BUENDÍA. *Utilización de los principios de Derecho Europeo de contratos por los tribunales españoles*, *op. cit.*, p. 34 ss.

<sup>59</sup> OLIVA BLÁZQUEZ, F. *El Anteproyecto...*, *op. cit.*, p. 47. En este sentido, LABARIEGA VILLANUEVA. *Los principios...*, *op. cit.*, p. 393. Може да се види версията на ПЕДП от 2001 на: <http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf> .

<sup>60</sup> FERNÁNDEZ ROZAS. *El derecho...*, *op. cit.*, pp. 14-15.



### 3. Влиянието на римското право върху принципите на европейското облигационно и договорно право

Двата споменати документа показват тенденцията към денационализация и усилията на Европа да намери общото в оборота между държавите и частните предприятия, при което - както посочва Núñez Paz, принципът за „ефикасност“, опиращ се на либералната идеология, се интегрира с други критерии, действащи в ЕС, като критерия за защита<sup>61</sup>. В този анализ ще се съсредоточим върху влиянието на римското право в членовете, отнасящи се до пороците на волята, в които ще открием, както казва Robles Velasco, пряка рецепция на някои понятия, изковани още през римската епоха<sup>62</sup>. По-конкретно, като се придържаме към традиционното систематизиране на пороците на волята на договарящите се, свързани с незнанието и свободата, ще ограничим това изследване до грешката, умисъла и заплахата<sup>63</sup>, за които се отнасят съответно член 3<sup>a</sup> на принципите Principios UNIDROIT (чл. 3.4 а 3.7; 3.8; у 3.9) и чл. 4<sup>a</sup> на PECL (чл. 4.103 до 4.106; 4.107; и 4.108), и поради ограниченията, присъщи на това изследване, ще оставим настрана други влияния по отношение на договорната добра воля, перфектността на договора, волята или намерението, прякото и непрякото представителство, симулирането или плащането или изпълнението, които изреждам тук само като пример, без претенции за изчерпателност.<sup>64</sup>

Както посочва Lacruz Berdejo, съгласно общата теория на правната сделка, реконструирана от пандектистиката на основата на казуистиката в римските текстове, съществени елементи са онези, които правната уредба счита за

---

<sup>61</sup> NÚÑEZ PAZ. *Derecho Romano...*, *op. cit.*, p. 40.

<sup>62</sup> ROBLES VELASCO, L. M. *El futuro...*, *op. cit.*, p. 73.

<sup>63</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. ET ALT. *Derecho de obligaciones*. Vol. I. *Parte General, Teoría general del contrato*. 3<sup>a</sup> ed. Barcelona: Bosch, 1994, p. 377, уточнява, че тъй като грешката може да бъде предизвикана или породена от умисъла, пороците на съгласието може в действителност да се сведат до две категории – грешка и страх.

<sup>64</sup> OLIVER. *Principios...*, *op. cit.*, p. 91-116 и LABARIEGA VILLANUEVA. *Los principios...*, *op. cit.*, p. 397 ss., за ПЕДП.

необходимими, за да бъде валидна правната сделка (воля, предмет, кауза и – според случая - форма)<sup>65</sup>. Според Bernard, волята се отъждествява вътрешно с намерението и желанието да бъдат поети последиците, произтичащи от сделката, като се има предвид, че е достатъчно да се желае непосредствено действие, при което от външна гледна точка е достатъчно да се декларира вътрешно - желаното<sup>66</sup>. Talamanca уточнява, че тази вътрешна воля трябва да се формира свободно, т.е. да не е опорочена от насилие (*vis absoluta*), заплахата (*vis impulsiva*) или умисъл (измамни машинации); наличието на някой от тези пороци води до нищожност на сделката<sup>67</sup>. От друга страна, вътрешната воля трябва да съвпада с декларираната, като понякога може да се получат желани несъответствия между двете (декларации *docendi* или *iocandi causa*, симулиране и мислените резерви или нежелани несъответствия (грешка)<sup>68</sup>.

В следващите страници ще се спра на три от споменатите пороци – грешка, умисъл и заплахата, както са формулирани в Принципите UNIDROIT и ПЕДП и в римските източници.

### 3.1. Грешката

---

<sup>65</sup> LACRUZ BERDEJO ET ALT. *Derecho de obligaciones*. Vol. I. *Parte General, Teoría general del contrato*, op. cit., p. 370 ss.

<sup>66</sup> BERNARD MAINAR. *Curso...*, op. cit., p. 183; TALAMANCA, M. *Elementi di diritto privato romano*. Milán: Giuffrè, 2001, p. 119 ss.; REVUELTA GARCÍA, J. *El contrato*. En CAPILLA RONCERO, F. (Coord.). *Introducción al Derecho patrimonial privado*. 7ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 246 ss.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho privado romano*. 8ª ed. 2015, p. 283; *idem*, *Derecho Romano*. 2ª ed. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor, 2018, p. 116 ss.

<sup>67</sup> TALAMANCA. *Elementi...*, op. cit., p. 119 ss.; LACRUZ BERDEJO ET ALT. *Derecho de obligaciones*. Vol. I. *Parte General, Teoría general del contrato*, op. cit., p. 377 ss.; BERNARD MAINAR. *Curso...*, op. cit., p. 183 ss.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN. *Derecho privado romano*, op. cit., p. 283-28; *idem*, *Derecho Romano*, op. cit., p. 125, посочва, че насилието води до нищожност от край време, докато сплешването и умисълът са признати като пороци на волята от преторската юриспруденция; REVUELTA GARCÍA. *El contrato*, op. cit., p. 246 ss.

<sup>68</sup> TALAMANCA. *Elementi...*, op. cit., p. 119 ss.; LACRUZ BERDEJO ET ALT. *Derecho de obligaciones*. Vol. I. *Parte General, Teoría general del contrato*, op. cit., p. 377 ss.; BERNARD MAINAR. *Curso...*, op. cit., p. 183 ss.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN. *Derecho privado romano*, op. cit., p. 285-288; *idem*, *Derecho Romano*, op. cit., p. 126 ss.; REVUELTA GARCÍA. *El contrato*, op. cit., p. 246 ss.

Чл. 3.4 на Принципите UNIDROIT определя грешката като „погрешно схващане за фактите или правото, което е трябвало да съществува към момента на сключване на договора“<sup>69</sup>. От своя страна ПЕДП не дават определение за грешка, но в член 4.103 указват директно последствията от фактическа или правна съществена грешка. И в двата случая се наблюдава римското разграничаване между грешка относно даден факт или фактическо обстоятелство (*error facti*), която в различните случаи може да доведе до нищожност или унищожаемост на правната сделка, и грешката относно дадена правна норма, нейния обхват или тълкуване, която според A. Fernández de Buján не носи правни последствия (*error iuris*), както е определил и римският юрист Паул:

D. 22.6.9 pr. (*Paulus, libro singulari de iuris et facti ignorantia*): *Regula este, iuris quidem ignorantia cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere*<sup>70</sup>.

В този дух се произнасят и императорите Валентиниан, Теодосий и Аркадий, които определят, че не е позволено никой да пренебрегва или да се преструва, че пренебрегва императорските конституции:

D. 1.18.12 (*Imppp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius, AAA. Flaviano P.P. Illyrici et Italiae*): *Constitutionem principum nec, ignorare quemquam nec dissimulare permittimus*<sup>71</sup>.

Във всички случаи става дума за грешка към момента на сключване на договора, т.е. за порок, засягащ вътрешната воля, който според Duplá Marín се

---

<sup>69</sup> Вж. <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf> (дата на последната справка: 15-06-2016).

<sup>70</sup> Само по изключение на някои лица, като ненавършилите 25 години, войниците или жените, е позволено да се позовават на правна грешка. Вж. също така, D. 22.6.9.5; C. 1.18.12. FERNÁNDEZ DE BUJÁN. *Derecho privado romano, op. cit.*, p. 286; *idem, Derecho Romano, op. cit.*, p. 127-130; DUPLÁ MARÍN. *La recepción...*, *op. cit.*, p. 285.

<sup>71</sup> Вж. също D. 22.6.9.5; C. 1. 18.12. FERNÁNDEZ DE BUJÁN. *Derecho privado romano, op. cit.*, p. 286-288; *idem, Derecho Romano, op. cit.*, p. 127-130.

състои „в невярно изобразяване на действителността в момента, което кара субекта да декларира воля, която в противен случай не би декларирал“<sup>72</sup>.

Последствията от такава грешка са изложени в чл. 3.5 на Принципите UNIDROIT:

„1. Страната може да унищожи даден договор въз основа на грешка само ако към момента на сключването му грешката е била от такава величина, че един разумен човек, поставен при същите условия като нея, не би сключил договора или би го сторил при съществено различни условия, ако е бил запознат с действителното състояние на нещата, ако: а) другата страна е изпаднала в същата грешка или я е причинила, или е знаела или е трябвало да знае за нея, когато да остави другата страна в тази грешка би било противно на разумните търговски критерии за лоялност в сделките; или б) към момента на унищожаване на договора другата страна все още не е действала в съответствие с него. 2. Страната обаче не може да унищожи договора когато: а) е изпаднала в тежка вина, допускайки грешката; или б) грешката е по въпрос, по който сгрешилата страна е поела риска или, предвид съответните обстоятелства, трябва да поеме този риск“<sup>73</sup>.

Подобна е разпоредбата на чл. 4.103 на ПЕДП, който определя:

„(1) Страната може да унищожи поради налична към момента на сключването му грешка във факт или в правото, ако: (а) (i) грешката е породена от сведения, дадени от другата страна, (ii) другата страна е знаела или е трябвало да знае за грешката и е било противно на добросъвестността и почтеността в оборота да остави сгрешилата страна в заблуждение, или (iii) другата страна е изпаднала в същата грешка, и (b) другата страна е знаела или е трябвало да знае, че ако заблудената страна е знаела истината, тя е нямало да сключи договора или е щяла да го направи само при значително различни условия. (2) Страната обаче не може да унищожи договора, ако: (а) с оглед на обстоятелствата грешката ѝ не може да

---

<sup>72</sup> DUPLÁ MARÍN. *La recepción...*, *op. cit.*, p. 285.

<sup>73</sup> Преводът е от испански, цитиран от автора от <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf> (б.ред.)

бъде извинена, или (b) рискът от грешката е бил поет или с оглед на обстоятелствата е следвало да се поеме от нея<sup>74</sup>.

При собствена грешка или погрешни вътрешни представи на действителността за дадено фактическо обстоятелство, което води до опорочаване на волята за сключване на договора, следващите членове на двата документа посочват последствията от *error improprio* (неприсъща грешка), основаваща се на обикновен *lapsus* в декларацията<sup>75</sup>, като определят, че всяка неточност в декларирането или предаването ще е грешка на самия декларатор; тенденцията в текстовете е да се запази валидността на договора в съответствие с декларираното. Обаче ако грешката се дължи на неправилна информация, предоставена от другата страна, грешката може да се смята за съществена и да се поиска от другата страна обезщетение за щети и вреди<sup>76</sup>.

Според Oliver, в това отношение ПЕДП следват схемата на римската традиция като противопоставят *error* като невярно знание за нещо на факт, който в областта на договорите предизвиква несъответствие между действителната и заявената воля; - *dolus* като грешка, предизвикана вследствие на машинация или

---

<sup>74</sup> <http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegObiContr/PECL%20I+II.pdf>.

<sup>75</sup> REVUELTA GARCÍA. *El contrato, op. cit.*, p. 246 ss.; TALAMANCA. *Elementi...*, *op. cit.*, p. 121-124, смята, че в двустранните сделки грешката може да възникне поради изразеното изявление и полученото такова от другата страна.

<sup>76</sup> Arts. 3.6 y 3.7. Principios UNIDROIT: „Una equivocación en la expresión o en la transmisión de una declaración será considerada como un error de la parte de quien emanó dicha declaración“; „La parte equivocada no puede dar por anulado el contrato invocando error, si los hechos en los que se basa su pretensión le otorgan o le podrían haber otorgado derechos y acciones por incumplimiento del contrato“. Чл. 4.104, 4.105 и 4. 106 ПЕДП: „Неточността в израза или предаването на изявление се смята за грешка на лицето, което е направило или изпратило изявлението, като при това се прилага член 4:103“. „(1) Ако едната страна може да унищожи договора поради грешка, но другата страна заяви, че желае да изпълни или направо изпълни договора така, както той е бил разбран от страната, която може да го унищожи, договорът се смята, че е бил сключен така, както последната страна го е разбрала. Другата страна трябва да заяви желанието си да изпълни или да осъществи изпълнение веднага след като е уведомена, как страната, която може да унищожи договора, го е разбрала, и то преди тази страна да е извършила действие, осланяйки се на известието за унищожаване. (2) След такова заявление или изпълнение правото на унищожение се губи и всяко предходно известие за унищожение не поражда действие. (3) Ако и двете страни са изпаднали в една и съща грешка, по искане на всяка една от тях съдът може да приспособи договора към онова, за което страните разумно са щели да се споразумеят, ако не бяха изпаднали в грешка“; „Страната, която е сключила договор, осланяйки се на неверни сведения, дадени ѝ от другата страна, може да търси обезщетение...“.

уловка, с които си служи една от договарящите се страни, за да измами другата<sup>77</sup>. Както посочва Redondo Trigo, Проектът за обща референтна рамка (ПрОРР (2009)) също урежда невалидността на договора, в който една от договарящите се страни е дала съгласието си чрез умисъл или грешка, като трябва да кажем, че жалбите, които предвижда в случай на умисъл, не може да бъдат изключени от страните (II-7: 215 -1-), за разлика от случаите на грешка (II-7: 215 -2-). Освен това, поради наличието на различия в уредбата на пороците на волята в законодателствата на страните членки, ПрОРР налагат на страните по договора задължението да си предоставят цялата информация, за да могат да формират правилно своята преценка и воля и да сключат договора<sup>78</sup>.

Ето защо трябва да се има предвид естеството на грешката във всеки конкретен случай, за да се определят конкретните ѝ правни последствия, както е било в римското право, където решенията относно валидността на сделката са различни според типологията на грешката, възприета и от съвременната догматика. Така например, както посочва A. Fernández de Buján, били от съществено значение *error in negotio* (D. 12.1.18 pr), *error in persona* – когато се отнасяла до облагодетелствалото се от сделката лице (D. 28.5. 9 pr), *error in corpore* (D. 18.1.9 pr) и *error in substantia* (D. 18.1.9.2). Обратно – не била от съществено значение *error in qualitate* (D. 19.1.21.29, докато *error in quantitate* (D. 45.1.1.4; 19, 2,5) можело да бъде от съществено значение в зависимост от обстоятелствата<sup>79</sup>.

### 3.2. Умисъл

Член 3.8 на Принципите UNIDROIT определя:

„Страната може да унищожи договора, ако е била подведена да го сключи чрез преднамерени действия от другата страна, включително думи или практики,

---

<sup>77</sup> OLIVER. *Principios...*, *op. cit.*, p. 96.

<sup>78</sup> REDONDO TRIGO. *De los principios...*, *op. cit.*, p. 1669-1670, посочва например, че някои законодателства изискват грешката да бъде съществена като основание за унищожаване на договора.

<sup>79</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN. *Derecho privado romano*, *op. cit.*, p. 285-286; *idem*, *Derecho Romano*, *op. cit.*, p. 127-130.

или когато тази страна е пропуснала да разкрие информация, която е трябвало да бъде разкрита съгласно търговските критерии за лоялност в оборота“.

По-широко и подробно е определението в чл. 4.107, съгласно който:

„(1) Страната може да унищожи договора, ако е била подведена да го сключи от другата страна чрез измамливо представяне – било чрез думи или поведение, било чрез измамливо премълчаване на каквито и да са сведения, които в съответствие с добросъвестността и почтеността в оборота е трябвало да разкрие. (2) Представянето или премълчаването са измамливи, ако са целели въвеждане в заблуждение. (3) При определянето дали добросъвестността и почтеността в оборота са изисквали страната да разкрие определени сведения, се вземат предвид всички обстоятелства, включително: (а) дали страната има специални знания в материята; (б) какво ѝ е струвало набавянето на съответните сведения; (с) дали другата страна би могла разумно сама да си набави сведенията, както и (д) явната значимост на информацията за другата страна“.

В никой от документите на се дефинира умисълът, но се посочва едно противоречащо на лоялността и добросъвестността поведение с цел заблуждение в две насоки – от една страна сключването на договора чрез измамливи или злонамерени действия, чрез думи или поведение, а от друга – укриване на релевантна за другата страна информация. По мнение на Duplá Marín, първият случай напомня изкованото от глосаторите понятие *dolus causam dans*, т.е. умисъл, който води до сключването на сделка, която иначе не би се осъществила, докато второто се доближава до така наречения *dolus incidens*, който води до сключването на сделка при условия, различни от тези, при които страната би я сключила, ако нямаше умисъл<sup>80</sup>.

Както посочва Oliver, римските юристи правят разлика между *dolus bonus* и *dolus malus*, като само вторият е незаконосъобразен, тъй като добрият умисъл се отъждествява с хитростта или умението, присъщи на сделките, при които страните се стремят да получат най-голяма полза и който не поражда правни последствия, като преувеличенията относно качествата на продуктите, стига тези преувеличения да не въвеждат в грешка. Така според Улпиан:

---

<sup>80</sup> DUPLÁ MARÍN. *La recepción...*, op. cit., p. 287.

D. 4.3.37 (*Ulpianus libro XLIV. Ad Sabinum*): *Quod venditor, ut commendet, dicit, sic habendum, quasi neque dictum, neque promissum est. Si vero decipiendi emtoris causa dictum est, aequè sic habendum est, ut non nascatur adversus dictum promissumve actio, sed de dolo actio*<sup>81</sup>.

Според Сервий, *dolus malus* се състои в машинация с цел другият да бъде заблуден и също така се наблюдава, когато се симулира едно нещо, а се върши друго. По мнението на Лабейон, което споделя и Улпиан, *dolus malus* е всяка хитрост, мошеничество или машинация с цел изненада, измама или заблуда на другите:

D. 4.3.1.2 (*Ulpianus libro XI. ad Edictum*): *Dolum malum Servius quidem ita definiit, machinationem quandam alterius decipiendi causa, quon simulatur, et aliud agitur... Labeo itaque ipse sic definiit: omnem callidatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam... Labeonis definitio vera est*<sup>82</sup>.

Следователно както в римското право, така и в европейските принципи се наблюдава ясно необходимостта да е налице съзнателно, волево и определящо намерение другата страна да бъде измамена да даде своето съгласие, за да се постигне собствена полза или облага, както посочва Revuelta García<sup>83</sup>. В древното *ius civile* умисълът в договарянето не поражда последствия при тържествените сделки, които се считат за валидни и ефективни, ако е спазена надлежната форма. Различно е отношението към малкото нетържествени сделки като *traditio* и *мутуум*. Умисълът се санкционира чрез *actio doli* и *exceptio doli*. В класическата епоха измамената страна можело да поиска *restitutio in integrum*, за да избегне

---

<sup>81</sup> D. 4.3.1.3; D. 4.4.16.4. OLIVER. *Principios...*, op. cit., p. 95.

<sup>82</sup> OLIVER. *Principios...*, op. cit., p. 95.

<sup>83</sup> REVUELTA GARCÍA. *El contrato*, op. cit., p. 246 ss.



икономическите вреди от измамата. В последващите периоди не настъпват дълбоки промени в това отношение и умисълът е включен в пороците на волята<sup>84</sup>.

### 3.3. Заплаха

Чл. 3.9 на принципите UNIDROIT определя:

„Страната може да унищожи договора, ако е била подтикната от другата страна да го сключи чрез неоправдана заплаха, която предвид обстоятелствата е била толкова непосредствена и сериозна, че не ѝ е оставила друга разумна възможност. В частност една заплаха се смята за неоправдана ако действието или бездействието, с което обещателят е бил заплашен, е било по същество неправомерно, или е било незаконно да се използва тази заплаха като средство да се постигне сключването на договора“

По много подобен начин чл. 4.108 на Принципите на европейското договорно право ПЕДП определя:

„Страната може да унищожи договора, когато е била принудена да го сключи от другата страна чрез непосредствено и сериозно заплашване с действие (а) което е неправомерно само по себе си (b) или чието използване като средство да бъде сключен договор е неправомерно, освен ако с оглед на обстоятелствата първата страна е разполагала с друга разумна възможност“.

От двата члена произтича възможността да бъде унищожен договорът при наличие на непосредствена сериозна заплаха, чиято неправомерност може да се състои в неправомерно действие *per se* или в използването му за постигане на сключването на договора<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> TALAMANCA. *Elementi...*, *op. cit.*, p. 125, че защита срещу умисъла чрез *exceptio* е предвидена още в провинциалния едикт на Квинт Муций Сцевола, проконсул за Азия през 94 г. пр.Хр. (Cicerón, *Att.* 6.1.15) и че механизми от този род трябва да са действали в практиката на метрополията преди въвеждането около 70 г. пр.Хр. на *formulae de dolo*, които Цицерон приписва на Гай Аквила Гал (Cicerón, *off.* 3.60). По този въпрос, DUPLÁ MARÍN. *La recepción...*, *op. cit.*, p. 287, уточнява, че такива мерки се прилагали за умисъла, даващ основание за унищожение на договора и че в Юстиниановото право умисълът можел да предизвика нищожност или унищожаемост в зависимост от това дали става дума за добросъвестен или недобросъвестен договор.

<sup>85</sup> Тук се придържам към DUPLÁ MARÍN. *La recepción...*, *op. cit.*, p. 288, чиито преценки за принципите Unidroit са приложими и за ПЕДП.

Както посочва Lacruz Berdejo, волята за договора трябва да се формира вътрешно и свободно. Всяко обстоятелство, което пречи за това формиране, опорочава волята и унищожава договора. Това може да се дължи на външни фактори, при което говорим за физическо насилие (*vis absoluta* или *vis impulsiva*) или да е следствие от вътрешни фактори като страх или сплашване (*vis relativa* или *vis compulsiva*)<sup>86</sup>. Обаче римските юристи, казва Duplá, като говорят за сплашване предпочитат да използват термина *metus*, поставяйки ударението върху последствието, а не върху причината. Под насилие римските юристи разбират груба, външна и абсолютна сила, която пречи да се формира волята, докато страхът или сплашването са психологическото състояние, в което се намира дадено лице при заплахата от неминуема вреда, което го кара да извърши действие, което не би извършило при свободна воля. Това излага Паул в един пасаж, който говори за приемането на наследство от страх, което наследство не би било прието, ако нямало заплаха:

D. 4.2.21.5 (*Paulus libro XI ad Edictum*): *Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia, quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui; sed per Praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur*<sup>87</sup>.

Относно регламентирането, A. Fernández de Buján твърди, че в римското право се смята, че насилието поражда нищожност на договора, но че нещата са различни при *metus*, който подобно на умисъла се признава от преторското право за порок на волята чрез *actio metus causa*, *exceptio metus* и *restitutio in integrum propter metum*. В крайна сметка става дума за една валидна, но унищожаема сделка<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> LACRUZ BERDEJO ET ALT. *Derecho de obligaciones*. Vol. I. *Parte General, Teoría general del contrato*, op. cit., p. 377, pp. 389 ss.; REVUELTA GARCÍA. *El contrato*, op. cit., p. 249.

<sup>87</sup> DUPLÁ MARÍN. *La recepción...*, op. cit., p. 288.

<sup>88</sup> FERNANDEZ DE BUJAN. *Derecho privado romano*, op. cit., p. 283-284; *idem*, *Derecho Romano*, op. cit., p. 125.

#### 4. Заключение: новият сценарий на унифицирането на правото след Брекзит

В предходните страници обобщих накратко рецепцията на римското право до наши дни и ролята на европейското унифициране на договорното право. Съсредоточих се върху пороците на волята (грешка, умисъл, сплашване) и констатирах тяхното влияние върху принципите UNIDROIT и ПЕДП, във връзка с които Oliver твърди, че „Въпреки неизбежните разлики във формулировката, може да се намери за всеки член еквивалентна разпоредба като съдържанието и правна култура, която изразява“ предвид множеството принципи, дефинирани от римското право<sup>89</sup>. Ненапрасно, както посочва Sáinz-Ezquerria Foces, римското право е формирано от „хармонична съвкупност от принципи, съставляващи *generalis ratio* на правната уредба“, от която може да се извлече един „методологически алгоритъм с универсална *извънисторическа* стойност“<sup>90</sup>.

Очевидно е, че – както казва A. Fernández de Buján, A., римското право може да послужи като хармонизиращ елемент на различните национални законодателства като привнесе чертите, терминологиите, договорните клаузи, юриспруденциалната формулировка на основните догматични проблеми и на общите принципи, присъщи на споделената историческа традиция, за да бъдат извлечени най-адекватните на съвременните потребности заключения, като изхожда от една обща референтна рамка<sup>91</sup>. Това твърдение придоби още по-голяма сила след референдума на 23 юни 2016 година, чрез който Обединеното кралство одобри напускането на ЕС – така наречения Брекзит, който – както казва Murillo, генерира непредвидими последствия, но също така открива нова възможност за европейското правно унифициране, доколкото *common law* беше един изкривяващ елемент, не особено склонен към унифициране и противен на кодифицирането, който понякога отслабваше амбициите за хармонизация и кодификация, които сега

---

<sup>89</sup> OLIVER. *Principios...*, *op. cit.*, p. 111.

<sup>90</sup> SÁINZ-EZQUERRA FOCES. *Tradición romanística y decisión justa*, *op. cit.*, p. 385-386.

<sup>91</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN. *Derecho Público Romano*, *op. cit.*, p. 378-279. ROBLES VELASCO. „*El futuro...*“, *op. cit.*, p. 88-89; SIMÓN MORENO, H. *El proceso de armonización de los derechos reales en Europa* Tirant lo Blanch Valencia, 2013, p. 109.

може да наберат нова сила предвид обстоятелството, че общата основа на правните уредби на останалите страни от ЕС е римското право. Затова сега е моментът романистите да констатират огромното му значение за конфигурирането на една бъдеща „обща европейска правна уредба“<sup>92</sup>.

---

<sup>92</sup> MURILLO. *El Brexit...*, op. cit., p 1 ss. Al respecto MUÑÍZ, J.C. *Brexit y la fractura del statu quo*. - *Revista de Pensamiento Estratégico y Seguridad CISDE*, vol. 5, № 2, 2020, p. 63-79.

## SOCIETAS, SOCIETAS PUBLICANORUM И PECULIUM В КОНТЕКСТА НА СЪВРЕМЕННИТЕ КОРПОРАТИВНИ ОРГАНИЗАЦИИ (НА АНГЛИЙСКИ ЕЗИК)

**Проф. д-р Александар Климовски**

**Ас. д-р Тимчо Муцунски**

Университет „Св. св. Кирил и Методий“, Скопие, Република Северна Македония

**Резюме:** Трите института, които ще анализираме в тази статия, са: *societas*, *societas publicanorum* и *peculium*. Това са тези институти, които в римската правна система са били първичните организационно-структурни форми в търговските отношения. Има множество теоретични и емпирични анализи по въпроса дали са съществували юридически лица от корпоративен тип в Древния Рим, но липсва исторически анализ по тези въпроси.

**Ключови думи:** Римско право; търговски отношения; *societas*; *societas publicanorum*; *peculium*.

## SOCIETAS, SOCIETAS PUBLICANORUM AND PECULIUM IN THE CONTEXT OF CONTEMPORARY CORPORATE ENTITIES (ENGLISH LANGUAGE)

**Prof. Aleksandar Klimovski, PhD**

**Assist. prof. Timco Mucunski, PhD**

Ss. Cyril and Methodius University, Skopije, Republic of North Macedonia

**Abstract:** The three institutes which we will analyze in this paper are: *societas*, *societas publicanorum* and *peculium*. It is these institutes. which in the roman legal system were the primary organizational-status forms in trade relations. There is an abundant amount of theoretical and empirical analysis surrounding the issue of whether corporate type entities existed in Ancient Rome, the issue of an abundance of historical analysis is lacking.

**Keywords:** Roman Law; trade relations; *societas*; *societas publicanorum*; *peculium*.

## 1. Introduction: Roman Law and Corporate Entities

There is an abundant amount of theoretical analysis surrounding the issue of whether corporate type entities existed during the roman legal period and whether there were institutes which could be categorized within such a framework. From the sphere of interest of corporate law there is a vast array of literature which can be analyzed with the aim of solving the dilemma related to the issue of the existence of structural frameworks of so called capital structures with historical roots in the roman period. Much of this theoretical framework, and analysis which arises from it, looks over the issue of a minimal set of regulation necessary for the existence of corporate entities, with the aim of not just pinpointing their existence as forms within the legal system, but also as legal forms which allow for economic success. Still, we can conclude that even though this issue has seen much theoretical and empirical analysis, the issue of an abundance of historical analysis is lacking.

In the establishment of the basic hypothesis of this research we can ascertain that roman law certainly had a restrictive approach towards business undertakings, and in this sense towards larger corporate-like entities. In this sense, we must at the forefront, establish that this paper will consider, above all, this conclusion within its entire content. Furthermore, the attempt at establishing this thesis can be proven by following the entire development of the legal system which continually foreshadowed the reservations which existed in the political, economic and social surroundings. This means that we are not concluding the existence of an atypical roman legal doctrine, especially considering the wide and all-encompassing development of many other areas of law during the same historical periods.

The case and issue of how romans financed the development of roads, trade of goods and services outside of the borders of Rome and other capital heavy business undertakings is an issue which must be the subject of analysis of contemporary legal and economic scholars. Sources which we have at our disposal when facing the established hypothesis will not give us a direct answer to the functions of corporate law an its role in the larger economic, social and political ambient. They will also not help us to directly

answer predicaments which might arise in relation to the growth and structural positioning of corporate type legal structures in roman law. Yet, this is so as a result of the fact that historical-legal development is widely differentiated from the conditions which exist in contemporary corporate-legal systems.

Still the past, and the sources at our disposal, can help us in finding answers to established questions and/or dilemmas. Generally, from research and analysis of sources at our disposal we can come to three key hypothesis' that can be subject to further analysis. Firstly, there is no evidence of the existence of joint-stock companies in the form which we know them today. Hence, what is often pointed out, almost always in the study of roman law, is that the (in)existence of evidence and sources can not totally eliminate the existence, but can ascertain that to date there are no known sources pointing us to an affirmative conclusion of the existence of such a form of entity. Secondly, individuals who chose to undertake business activities generally use three institutes, or legal forms, of business undertakings. Thirdly, especially while analyzing the social dimensions, we can conclude that public opinion related to the accumulation of massive private capital for business activities was "frowned upon", or in other words perceived in a negative manner.

The three institutes which we will further analyze in this paper are: *societas*, *societas publicanorum* and *peculium*. It is these institutes. which in the roman legal system were the primary organizational-status forms in trade relations.

## **2. The (in)existence of typical corporate legal forms/entities**

For a longer period in the past we are witnesses to various research undertaken by historians, lawyers, romanists and economists who from their perspective have speculated that during the Roman Republic businessman founded large companies with publicly tradable stocks which were extremely similar to contemporary joint-stock companies. Yet two of the most recent notable researches done on this topic, published in the form of a monograph, within their content prove that the situation was quite to the contrary<sup>1</sup>. According to Radin, independently of that fact that the fiction or reality of the

---

<sup>1</sup> DUFOUR, G. *Les Societates Publicanorum de la Republique Romaine: Ancetres Des Societes Par Actions*. Montreal: Editions Themis/Schulthess, 2012; FLECKNER, A. *Antike*



existence of the corporate legal entity in its content became an issue of discussion after the fifteenth century, the existence of the corporate entity is wholly a roman-legal concept<sup>2</sup>. Terminologically and conceptually the birth of the corporate entity finds its roots in roman law, but the content of the legal-organizational aspects of the existence of roman capital structures have noticeable differences from the later application of corporate entities in middle age Europe<sup>3</sup>.

In his analysis Fleckner considers all latin and greek legal and linguistics sources which he has at his disposal, including the works of: Polybius (2nd century BC), Cicero (1st century BC), Livy, Pliny the Elder (1st century AD), Plutarch (2nd century AD), The New Testament (1st/2nd century AD), The Digest (6th century AD). Not a single one of these sources within its content can point to proof of the existence of a large form of capital structure, or in other words a form of legal entity which aided in the finance of projects on the basis of its organizational depth, timely existence or risk that went beyond the capacity of individuals. We must again reiterate that the (in)existence of evidence and proof does not mean that such evidence or proof does not exist, and as so, at least theoretically, the proof of large scale corporate-like structures can still be uncovered. As so, as previously stated, within the content of this paper we will attempt to give, at times alternative viewpoints based on legal logic and legal assumptions based on a wider knowledge of roman law as well as legal practice in the various periods of societal-legal development.

In a 2009 paper Malmandier makes certain brave assumptions in which it is pointed out that apart from wider beliefs the earliest precursor of contemporary business corporations wasn't the English East-India Company, nor the middle age commenda, but rather the Roman *Societas Publicanorum*. This paper points out that at the height of its development the *societas publicanorum* was similar to a contemporary join-stock company, especially pertaining to a few of its dimensions: its existence wasn't under the influence of the change of partners (owners) and it could emit and trade with limited stocks. The paper adds that it is known that the stocks were trade and had fluctuating

---

*Kapitalvereinigungen: Ein Beitrag zu den konzeptionellen und historischen Grundlagen der Aktiengesellschaft*, Köln/Weimar/Wien: Böhlau. 2010.

<sup>2</sup> RADIN, 1925.

<sup>3</sup> BADIAN, E. *Publicans and Sinners: Private Enterprise in the Service of the Roman Republic*. Ithica: Cornell University Pressp 1983.

prices, and points to a statement by Cicero who wrote about 'stocks who had a high price at that time'. According to Malmandier this statement implies that stocks could be bought from other stockholders or directly from the corporate-like entity, thus proving the existence of secondary offers.

Still, legal science does not provide an absolute unanimity around the issue of which institute had the most similarities with contemporary corporate entities. According to Zwolve, slaves were those who undertook the highest number of business undertakings through the peculium, and this was thus the Roman equivalent of contemporary companies, especially when one could consider that one of their characteristics was the possibility of a slave cum peculio to be in ownership of a group of investors<sup>4</sup>.

Fleckner, for the first time in 2010 establishes the necessity, in this field of Roman legal study, to differentiate between the term company (trade company), corporation and business firm from capital structure, as it is necessary for the historical analysis to be removed and protected from contemporary terms which within themselves, knowingly or unknowingly, bear a certain difficulty in the research of development. As so, according to his research, a smaller depth into the structural attributes which could support capital structures and analysis of the basic economic, social, political and legal preconditions point to the conclusion that the inexistence of proof doesn't represent irony of the fate, but rather more of a reflection of the fact that Rome was never witness to something extremely similar to a contemporary corporation based on a widespread exchange of stocks.

In the later part of this paper these thesis's will be proven through examples and arguments which will be supported by the uses of various sources. Still, the basic conclusion of Fleckner is that the best reason for doubt that there were no large scale corporate like entities in Rome isn't the lack of sources, but rather the wide-scale existence of sources of other types of smaller business entities.

### **3. Three institutes of business activities**

---

<sup>4</sup> ZWALVE, W. *Callistus's Case Some Legal Aspects of Roman Business Entities. The Transformation of Economic Life under the Roman Empire*. Leyden University, 2002.

Roman “businessmen” and traders had at their disposal three legal institutes for joint business undertakings: *societas*, *societas publicanorum* and *peculium*.

*Societas* represented an association for the realization of some aim or purpose, and allowed for two or more individuals to associate themselves for personal reasons or for overseas trade. Examples of business undertakings organized through a *societas* are the securing of financial services (*argentarius*), sea trade (*exercitor*), working with livestock (*pecus*), working with land (*ager*), the construction and sale of tombstones (*monumentu*), working with trade stores (*taberna*), and many other examples which can ascertain of this special role within the business environment that the institute *societas* enjoyed. Within the wide array of research that exists when it comes to the *societas* there is always one surprise that comes up, and that is the fact that independently of the striking difference in the business aims and activities that were utilized through this institute, there was never a *societas* that encompassed a very large number of partners, with most sources pointing to evidence that can lead us to conclude that the most common practice was of a *societas* made of only two partners<sup>5</sup>.

*Societas publicanorum* represented an association for the undertaking of state contracts and/or activities. In essence, it represented a modification of the institute *societas* aimed solely for executing the needs of the state. Contracts which were subject to its content most commonly covered a wide spectrum of activities of the state including: the collection of taxes (*vectigalia*); the renting of mines for gold, silver, salt, chalk and other resources (*aurum, argentum, ferrum, sal, creta*); the construction and maintenance of public infrastructure (*templum, lacus, aqua, rivus, cloaca, forica, via, pons, murus, porticus, flumen, portus, theatrum, taberna, macellum*); support for the army (*exercitus*); or the import of wheat (*frumentum*). From all the institutes of Roman law which are known by contemporary scientific research, which as we mentioned in this field is of an interdisciplinary nature, *societas publicanorum* was most likely, from a status and business aspect, adaptable for financing capital intensive and capital heavy projects, and thus was likely the earliest and oldest precursor to the contemporary joint-stock company.

---

<sup>5</sup> FLECKNER, A. *Antike Kapitalvereinigungen: Ein Beitrag zu den konzeptionellen und historischen Grundlagen der Aktiengesellschaft*, Köln/Weimar/Wien: Böhlau. 2010.

What is again necessary to point out and note is the specific fact that nowhere can we find the existence of any proof of a *societas publicanorum* which has a large number of members who gave capital towards uniting capital<sup>6</sup>. From the many sources which refer to the *societas publicanorum* only one mentions a specific and concrete number and can thus be cited and referred to. Writing about the time of the birth of Jesus, Livy mentions a group of nineteen contractual sides who associated, together or individually, three associations to support the Roman army in the Second Punic War which took place in the third century BC. Apart from these exceptions, from the available sources, there still isn't a large availability of evidence which points to the practice that *societas publicanorum* was that much larger the standard and typical *societas*.

*Peculium* represented a common business undertaking organized through mutual slaves. The *peculium* was the specific property of slaves and other individuals who were subject to authority by another individual, in most cases the *pater familias*. According to the views of certain theorists<sup>7</sup>, there was no institute with as many similarities to contemporary corporate entities such as those held and encompassed by the *peculium*<sup>8</sup>. The institute *peculium* has two specific characteristic aspects. Firstly, for those who were subject to the authority of a third person, the granting of the *peculium* represented a certain degree of financial independence and autonomy. For those who relayed the authority the granting of the *peculium* offered a possibility for indirect participation with a lower level of risk in business undertakings which the authorized individual would undertake. When more *patres familias* combined their funds and gave them to a mutual slave with capital they could in this manner soften and/or avoid certain structural deficiencies of the typical *societas*. Even though there are certain speculative findings which state the contrary, available sources do not support the assumption that *peculium* of mutual slaves was truly used to finance large-scale business undertakings. Firstly, there are now known traces of large scale business activities financed by association through *peculium*. Secondly,

---

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> It is necessary to point out that this view isn't held in consensus when it comes to Roman legal scientific study.

<sup>8</sup> ZWALVE, W. *Callistus's Case Some Legal Aspects of Roman Business Entities. The Transformation of Economic Life under the Roman Empire*. Leyden University, 2002.

sources which have been found<sup>9</sup> point to a legal regime and functionality of a *peculium* not adequately prepared for financing such business undertakings<sup>10</sup>. As so, according to Fleckner, the role of the *peculium*, even if it was large, in Roman society still represents a puzzle<sup>11</sup>.

Still, we can note that when it comes to corporate-like entities *societas publicanorum* and *peculium* are the closest institutes that roman legal surrounding had. This is so because their status and legal physiognomic attributes are the closest to contemporary corporate entities, and thus allow us to have a credible basis for comparison and conclusions when analyzing contemporary corporate law and its historical development, or in other words what we can characterize as a corporation from today's viewpoint.

#### 4. Conclusion: Challenges in the political and social surroundings

In the research related to the hypothesis of this paper the issue of challenges in the social surroundings can at first seem incompatible with some of the stances established to this point. This is especially important considering the fact that the Romans obviously could through the *societas*, *societas publicanorum* and *peculium* bring together capital and share certain risks associated with this process. From what we have concluded to this point it is obvious that the Romans had at least a basic understanding of the structural characteristics which we later in history view as fundamental necessities for contemporary corporate entities. The Romans also obviously had a developed awareness that for certain business undertakings it was necessary to accumulate and bring together larger sums of capital. From today's point of view the dilemma once again raising itself is why those who undertook business activities in Rome avoided forming large-scale joint-stock companies, or at least entity structures which had transmissible stocks.

---

<sup>9</sup> Liv. 23.49.1: *ubi ea dies venit, ad conducendum tres societates aderant hominum undeviginti.*

<sup>10</sup> FLECKNER, A. *Antike Kapitalvereinigungen: Ein Beitrag zu den konzeptionellen und historischen Grundlagen der Aktiengesellschaft*, Köln/Weimar/Wien: Böhlau. 2010.

<sup>11</sup> FLECKNER, A. (2014). *Roman Business Associations*. Max Planck Private Law Research Papers. Max Planck Institute of Law, 2014.

A detailed analysis<sup>12</sup> on this issue points to the conclusion that the answer can be found in the socio-political surroundings to a certain extent more than the legal-economic surroundings. Roman society was witness to a serious growth of capital intensive business undertakings, including, for example, overseas trade as well as state-sponsored contracts. Such capital intensive undertakings overreached at times the financial possibilities of individuals and as so in practical terms most likely required larger forms of corporate-like entities. How much of these corporate-like entities were necessary and how much of these business undertakings were truly capital intensive also depends on the dilemmas related to the conditions in the Roman economy. Still, there is no doubt that there was an economic need and justification for the existence of larger corporate-like entities, even when considering the most pessimistic views on the Roman economy. As so, there is an overwhelming view that large scale capital structures could not be found in the economic conditions and relations<sup>13</sup>.

At the same time another dilemma comes up: whether or not the legal regime and conditions in the legal system were far too restrictive and prevented this natural development within the structure of status law. Could Roman law have maybe made corporate-like entities more attractive to “entrepreneurs” from that historical period if it had offered statutory protective of their private wealth and capital, which we today know as limited liability. Or, could Roman law have made corporate-like entities more attractive for third-persons by securing common funds for business creditors, through the institute of entity shielding, such as it exists in contemporary corporate law systems.

The existence of a wide abundance of rules in commercial and trade relations such as *merx peculiaris*, *institor*, or *magister navis* point us to the fact the Roman law was incapable of having a reactive role and function in accordance with business surroundings as well as wider societal needs that occurred on a regular basis in the context of wider societal changes in various fields. Especially considering the complexity of the *peculium*, there is no need to believe that certain rules, such as rules related to the division of property and funds, were far too advanced for that period of legal development. We must

---

<sup>12</sup> FLECKNER, A. *Antike Kapitalvereinigungen: Ein Beitrag zu den konzeptionellen und historischen Grundlagen der Aktiengesellschaft*, Köln/Weimar/Wien: Böhlau. 2010.

<sup>13</sup> *Ibid.*

consider that to the contrary certain such rules were not found that could lead us to the conclusions that barriers in the social and political surroundings were so huge that they could have suffocated the economic demand for corporate-like entities.

When we conduct a more detailed analysis of the works of some of the most influential authors from this period such as Homer, Plato, Cicero, Livy, Plani, Plutarch, etc., we arrive at the conclusion that certain undertakers of business activities, especially those who undertook public contracts through a *societas publicanorum*, were not in good social standing<sup>14</sup>. Arts and military and political activities were considered as more prestigious and brought wider acclaim, unlike business activities (especially those that were more wide-scale). The low level of public support towards commercial activities went hand in hand with the unkind political surroundings. In accordance with social stances, the members of the higher class (who had in their hands funds and capital) were in many cases banned from directly participating in what were considered capital intensive business undertakings, such as state contracts or overseas trade.

An additional barrier was the wider input of the state in the gross domestic product, to the extent that the state itself primarily decided to undertake capital heavy projects for itself, thus not leaving space for private corporate-like entities. This can also be considered one of the basic reasons for the slow growth of the *societas publicanorum*, and for its disappearance as an institute in the legal surroundings. Even though those who governed had an interest of the economic system being alive and fruitful, they either didn't value or didn't have an awareness of the benefits which bigger corporate-like entities could bring. Maybe in the view of some theorists, on the other hand, there was a fear that that the bigger accumulation of private capital could bring certain individuals outside of established social groups unwanted political power<sup>15</sup> stemming from their heightened financial input.

As so, we arrive to a conclusion that the blame of roman law and the development of the roman legal system for the small number of roman corporate-like structures is inadequate. At the same time we can arrive to the conclusion that if the legal framework was different then Rome would most like have had adequate forms of corporate-like legal entities that would have allowed wide-scale capital coming together. This historical -legal

---

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> *Ibid.*

viewpoint is just one grain in the sand for those who from today's perspective always give a bigger emphasis on the effects of economic and legal factors, thus ignoring the bigger influence of the social and political surroundings over contemporary corporate law. While contemporary conditions are strongly differentiated from those in the Roman historical period, Rome does provide certain important pieces of evidence according to which the social and political surroundings can prove themselves to be crucial towards the creation of good conditions for the business surroundings and the development of structural and applicable effects for bringing together capital.

### **Works Cited:**

1. BADIAN, E. (1983). *Publicans and Sinners: Private Enterprise in the Service of the Roman Republic*. Ithica: Cornell University Press.
2. DUFOUR, G. (2012). *Les Societates Publicanorum de la Republique Romaine: Ancetres Des Societes Par Actions*. Montreal: Editions Themis/Schulthess.
3. FLECKNER, A. (2010). *Antike Kapitalvereinigungen: Ein Beitrag zu den konzeptionellen und historischen Grundlagen der Aktiengesellschaft*, Köln/Weimar/Wien: Böhlau.
4. FLECKNER, A. (2014). "Roman Business Associations". Max Planck Private Law Research Papers. Max Planck Institute of Law.
5. ZWALVE, W. (2002). *Callistus's Case Some Legal Aspects of Roman Business Entities. The Transformation of Economic Life under the Roman Empire*. Leyden University.



## DATIO IN SOLUTUM NECESSARIA В РИМСКОТО ПРАВО. РАЗВИТИЕ И НАСТОЯЩЕ – СРАВНИЕЛЕН АНАЛИЗ\* (НА БЪЛГАРСКИ ЕЗИК)

**Ас. Вероника Даниела Диаз Сасо**

Университет в Ла Лагуна, Тенерифе, Испания

**Резюме:** Това изследване разглежда фигурата на принудителното даване вместо изпълнение от възникването ѝ до наши дни, като тръгва от терминологичния и практически произход на *datio in solutum* и се спира по-конкретно върху *datio in solutum necessaria*. Правната фигура на „даване вместо изпълнение“ според преобладаващото мнение в доктрината възниква след Юстиниан и затова ще се опитам да систематизирам развитието ѝ до наши дни. Понастоящем *datio in solutum necessaria* не е предвидено в повечето правни системи, като опцията, която регламентират повечето съвременни действащи граждански кодекси, е доброволното даване вместо изпълнение. Ще се опитам да покажа обаче, че има правни системи, които остават верни на Юстиниановото римско право и предвиждат изрично принудителното даване вместо изпълнение в своята правна уредба.

**Ключови думи:** *datio in solutum*; *aliud pro alio*; *beneficium dationis in solutum*.

---

\* Статията със заглавие „La *datio in solutum necessaria* en el derecho romano. Desarrollo y actualidad comparada“ е публикувана в *Revista General de Derecho Romano* (online) на [https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=422689&texto=](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=422689&texto=) и е предоставена за превод и публикуване на български език с изричното съгласие на автора и издателя.

**DATIO IN SOLUTUM NECESSARIA IN ROMAN LAW.  
DEVELOPMENT AND COMPARATIVE LAW PERSPECTIVE  
(BULGARIAN LANGUAGE)**

**Asst. prof. Verónica Daniela Díaz Sazo**

University of La Laguna, Santa Cruz de Tenerife, Spain

**Abstract:** This research aims to analyze the figure of the datio in solutum necessaria from its origins to the present. All this, from the terminological and practical origin of the datio in solutum, but focusing specifically on the datio in solutum necessaria. The legal figure of datio in solutum necessaria finds its origin, according to the majority doctrine, after Justinian, so it is intended to systematize its evolution until today. In modern times, the datio in solutum necessaria is not estipulated in most legal systems, with voluntary payment being the option regulated by most of the current Civil Codes. However, it is intended to demonstrate that there are legal systems that remain faithful to Justinian Roman law when it comes to providing the datio in solutum necessaria in an express manner in their legal systems.

**Keywords:** datio in solutum; aliud pro alio; beneficium dationis in solutum.

## 1. Увод

След икономическата криза от последните години даването вместо изпълнение като правна фигура набира сила като средство, приложимо в нашето общество от XXI век. Затова има големи дебати относно доброволното или принудителното ѝ приложение. Въпреки, че изглежда нещо ново, корените на тази правна фигура са в римското право.

Корените на даването вместо изпълнение, и по-конкретно на принудителното даване вместо изпълнение или *datio in solutum necessaria* според преобладаващата доктрина са в Новелите на Юстиниан, тъй като той въвежда процесуална система, като развива приложението на това правно понятие и генерира един правно конфигуриран механизъм, за да намали икономическия дисбаланс в обществото по онова време. Някои юристи оспорват това, като смятат, че понятието е възникнало още в архаичния период в Рим поради съществуващата практика на прилагане на даването вместо изпълнение, макар и все още неразвито като правна фигура, но все пак използвано със същата цел като замисъла на Юстиниан. По-нататък ще видим как тази правна фигура продължава да се използва в романистичната традиция и как средновековните юристи разглеждат нейното приложение. Едва с рационалистичния юснатурализъм, и по-късно, през XVIII и XIX век, с Просвещението и създаването на Наполеоновия кодекс през 1804 г. тази правна фигура престава да присъства в гражданските кодекси и да влияе върху развитието на законодателството.

В наши дни, поради логичните прецеденти от последните години, се води дебат дали държавите трябва да прилагат принудителното даване вместо изпълнение, при това не произволно и във всички случаи, а при настъпването на някои вредни за обществото събития, пораждащи неликвидност и следователно неспособност за издължаване към кредиторите (икономически кризи, безработица, девалвиране на парите и др.). В Испания този политически дебат ни позволява да разграничим кое е регламентирано и кое не в испанската правна рамка и да разберем какви са причините и основанията за това. Ето защо с това изследване искам да докажа, че има правни уредби, които изрично уреждат фигурата *datio in*

*solutum necessaria* от съображения за справедливост. Страни като Боливия, а в Испания – в Навара, не остават безучастни към това изискване на обществото и въвеждат изрично принудителното даване вместо изпълнение.

В изследването съм приложила историко-критичния метод при изучаването на римското право, историко-сравнителния при сравняването на различните правни уредби и догматичния – при анализа на съвременното позитивно право.

## 2. Произход на правния термин

Най-общо може да дефинираме *datio in solutum* като възникнал в римското право начин за погасяване на задължения. Важно е обаче да уточним, че терминът *datio in solutum* се използва от Средновековието насетне, когато този начин за погасяване на задължения се концептуализира.

Преобладаващата доктрина защитава тезата, че терминът *datio in solutum* не се е използвал в римското право. На това мнение са автори като MELILLO, SACCOCCIO и STEINER. MELILLO изучава детайлно казуса в книгата си „*In solutum dare*“, където твърди, че в римската терминология се е използвал терминът „*solvere*“ за всеки вид освобождаване на длъжника от задължението. Обратно на това, което бихме помислили с оглед латинския израз, нито в Дигестите, нито в други римски юриспруденциални текстове не се използва „*datio in solutum*“<sup>1</sup>. Освен това този автор твърди, че думата „*datio*“ се е използвала много рядко и че дори изразът „*in solutum dare*“ не е правотехнически и често се отнася за конкретни действия. В статията си „*Datio in solutum: storia e dogmatica di una locuzione*“, SACCOCCIO защитава същата позиция и обяснява, че използваните термини били „*solutio*“ или „*solvere*“<sup>2</sup>.

За терминологичната категория, в която трябва да впишем онова, което днес познаваме като „даване вместо изпълнение“, има дебат относно *solutio* и *satisfactio*

---

<sup>1</sup> MELILLO, G. *In solutum dare*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1970, p. 134.

<sup>2</sup> BLANCH NOUGUÉS, J. MARÍA. *Acerca de la Datio in Solutum necessaria en el Derecho Romano, en la tradición jurídica europea y en los Códigos civiles Iberoamericanos*. – RJUAM, № 21, Madrid, 2010, p. 36 - 37.

според значението им в римското право<sup>3</sup>. KRETSCHMAR<sup>4</sup> твърди, че докато първоначалното значение на *solutio* включва всяко действие, с което кредиторът бивал удовлетворен и което разтрогва материалната връзка с *obligatus*, то в класическите източници думата *solutio* е използвана само в случаите, когато кредиторът получава онова, което било дължимо нему въз основа на *obligatio*. Затова в онзи период имаме даване вместо изпълнение само когато говорим за *satisfactio*, т.е. според римските източници, когато се погасява задължението/облигацията с акт, различен от дължимия. Също така MELILLO<sup>5</sup> казва, че употребата на „*satisfacere*“ в римските текстове е значима във връзка с промяната на обекта на контрапрестацията.

В светлината на казаното може да посочим, че в римското право се използвал терминът „*solutio*“ при условие, че задължението се погасявало чрез изпълнение от длъжника на договорената между двете страни престация<sup>6</sup>. По-късно глосаторите от Болонската школа използвали други изрази за тази цел: „*aliud pro alio solvere*“, „*dare in solutum*“ или „*in solutum dare*“<sup>7</sup>. Експертите в тази материя установяват реалното приложение на израза „*datio in solutum*“ едва през Средновековието, според SACCOCCIO<sup>8</sup>, Акурсий показва „една по-голяма концептуализация на института“. В това отношение е важно да посочим, че глосаторите и коментаторите спорят по този въпрос поради изискуемостта на задълженията в римското право. По думите на REPGEN, между двете школи има „*in differenziertes Regel-Ausnahme-*

---

<sup>3</sup> Професор ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN е направил проучване по този въпрос и посочва, че терминът *satisfactio* започва да се използва в източниците в края на класическата епоха, като цитира D.46.3.52и счита, че „*La satisfacción vale como pago*“. Вж. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho privado romano*. 10<sup>a</sup> ed. Madrid: lustel, 2017, p. 494.

<sup>4</sup> Вж. VILLA ROSAS, G. *La recepción de la datio in solutum en las codificaciones europeas y latinoamericanas*. – *Revista de Derecho Privado*, № 20, 2011, p. 56, който се позовава на KRETSCHMAR, P. *Die Erfüllung*, 1906, p. 4-50.

<sup>5</sup> MELILLO, G, *op. cit.*, p. 136.

<sup>6</sup> Ulp., D. 50.16.176: „<<*Solutionis*>> *verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam placet; <<solvere>> decimus eum, qui (1) fecit, quod facere promosit*“.

<sup>7</sup> BLANCH NOUGUÉS, J. MARÍA. *Acerca de la Datio in Solutum necessaria en el Derecho Romano, en la tradición jurídica europea y en los Códigos civiles Iberoamericanos*, *op. cit.*, p. 37.

<sup>8</sup> Вж. BLANCH NOUGUÉS, J. MARÍA. *Acerca de la Datio in Solutum necessaria en el Derecho Romano, en la tradición jurídica europea y en los Códigos civiles Iberoamericanos*, *op. cit.*, p. 37, който цитира SACCOCCIO, A. *Datio in solutum: storia e dogmatica di una locuzione*. – In: *FIDES HVMANITAS IVS*, Studii in onore di Luigi Labruna, T. VII, Napoli, 2007, p. 4896-4897.

Geflecht, dessen systematische Anfänge vor allem bei Azo und Accursius liegen“<sup>9</sup>. В крайна сметка обаче едва в съвременната епоха, с творбите на френски юристи хуманисти от XVI век като Dougenus и Cuiacius, институтът се концептуализира решително и се обсъжда правната му природа<sup>10</sup>.

Като се съсредоточим само върху израза „*datio in solutum necessaria*“ може да кажем, че той е създаден от италианския юрист от Възраждането (XVI век) TIBERIO DECIANI<sup>11</sup>, за да се направи разлика от доброволното даване вместо изпълнение. По-късно употребата му се стандартизира до наши дни.

Ще добавя, че ако анализираме доктрината и юриспруденцията, развити с течение на годините, ще видим, че *datio in solutum* или даването вместо изпълнение днес е концептуализиран термин, чието правно естество все още обаче не е определено еднозначно. Юристите от Ренесанса и съвременните юристи продължават да спорят за правната природа на тази фигура<sup>12</sup>. Затова въпреки, че даването вместо изпълнение в наши дни е концептуализирана правна фигура, може да се натъкнем на известно колебание в доктрината при определянето на правната му природа. Това обаче не пречи да присъства в правните уредби на редица държави.

### 3. *Datio in solutum necessaria* в римското право

---

<sup>9</sup> VILLA ROSAS, G., *op. cit.*, p. 69, който цитира REPGEN, TILMAN, § 362- 371. *Erfüllung*. - In: *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, V. 2, 2007, p. 2128-2129.

<sup>10</sup> Вж. BLANCH NOUGUÉS, J. MARÍA. *Acerca de la Datio in Solutum necessaria en el Derecho Romano, en la tradición jurídica europea y en los Códigos civiles Iberoamericanos*, *op. cit.*, p. 37, който цитира SACCOCCIO, A. *Datio in solutum: storia e dogmatica di una locuzione*, *op. cit.*, p. 4897.

<sup>11</sup> Вж. SACCOCCIO, A. *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare*. - *Univ. Brescia-Dip. Scienze giuridiche*. Giuffrè, 2008, p. 269, който цитира DECIANUS UTINENSIS, T. *Responsa l. Venetiis*, 1629, *Resp.* 3, n. 128, c. 97: <<nam et datio in solutum voluntaria in ómnibus vicem sustinet venditionis, secus si sit necessaria, et iussu iudicis facta>>.

<sup>12</sup> Понастоящем в Испания тече голям дебат относно даването вместо изпълнение: част от доктрината го дефинира като покупко-продажба като изхожда от факта, че испанският Граждански кодекс говори за даване вместо изпълнение в членове 1521, 1536 и 1636, и го приравнява към покупко-продажба; други дефинират даването вместо изпълнение като новация, а мнозинството юристи го квалифицират като атипична правна сделка за погасяване на задължения (LA CRUZ, DÍEZ PICAZO).

MELILLO смята, че общественно-икономическият произход на *datio in solutum* е в селските области на републиканския Рим, тъй като селяните плащали дълговете си с доставки в натура вместо с пари. Било обичайно да се използва *aliud pro alio* поради трудността дълговете да бъдат платени в пари. Що се отнася до юридическата практика, съдебният иск бил определян като „*condictio triticaria*“<sup>13</sup> – название, произтекло от реалностите по онова време, когато житото било в основата на римската икономика. Задълженията, определени в консумативни блага<sup>14</sup>, се характеризирали с това, че длъжникът бил задължен да върне не същите неща, които му били дадени в заем, а други от същия род.<sup>15</sup>

Както посочва MELILLO<sup>16</sup> в книгата си *In solutum dare*, тази практика е описана в D. 13.3.1 (Ulp. 27 ad ed.):

„*Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur, <<si certum petetur>>; qui autem alias res, per triticariam conductionem petit. Et generaliter dicendum est, eas res per hanc actionem peti, si quae sint praeter pecuniam numeratam, sive in pondere, sive in mensura constant, sive mobiles sint, sive soli. Quare fundum quoque per hanc actionem petimus, etsi vectigalis sit, sive ius stipulatus quis sit, veluti usumfructum, vel servitutum utrorumque praediorum. §1.- Rem autem suam per hanc actionem nemo petit, nisi ex causis, ex quibus potest, veluti ex causa furtiva, vel vi mobili arrepta*“<sup>17</sup>.

Както MELILLO<sup>18</sup>, така и SACCOCCIO<sup>19</sup> признават в различна степен, че замяната на една престация с друга (*aliud pro alio*) като начин за погасяване на задълженията възниква по време на Републиката. Да оставим настрана обаче

---

<sup>13</sup> Вж. MELILLO, G., *op. cit.*, p. 138, където обяснява, че правният канал през преторския едикт „*si certum petetur*“ създава акцията.

<sup>14</sup> Institutiones 3, 14: „*res quae pondere, numero, mensurave constant*“.

<sup>15</sup> D. 12.1.2.1: „*Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere, numero, mensura consistunt; quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia (2) in genere suo functionem recipiunt per solutionem magis (3), quam specie; nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest*“.

<sup>16</sup> MELILLO, G., *op. cit.*, p. 139.

<sup>17</sup> Преводът на текста на испански може да се види в *Cuerpo del derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino*. Publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen ; con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por Ildefonso L. García del Corral. T. I-VI. Barcelona : Jaime Molina, 1889-1898.

<sup>18</sup> MELILLO, G., *op. cit.*, p. 136 ss.

<sup>19</sup> SACCOCCIO, A. *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare, op. cit.*, p. 20 ss.

терминологичните дебати около тази фигура и да се съсредоточим върху практиката. Тя ни предлага един пример от 210 г. пр.н.е., когато Сенатът трябвало да поиска заеми от гражданите, за да се справи с възникналата ситуация след Втората Пуническа война поради щетите, нанесени от Ханибал. Заемът трябвало да бъде върнат на три части и въпреки че първите две били върнати както било договорено, поради липса на ликвидност на държавата заради подготовката за новата Македонска война около 200 г. пр.н.е. и поради натиска на кредиторите, Сенатът трябвало да отстъпи и за третото плащане да предприеме едно действие, което било „между справедливостта и целесъобразността“<sup>20</sup>. Знаейки, че кредиторите проявяват интерес към публични терени, Сенатът предлага да направи третото плащане, като предостави селски имоти, разположени в околностите на Рим. Тази промяна в дължимата престация била приета от кредиторите<sup>21</sup>.

Като се фокусираме върху произхода на принудителното даване вместо изпълнение и като оставим настрана волята на страните, намираме историческия прецедент на *datio in solutum necessaria* през 49 г. пр.н.е., по времето на Юлий Цезар, който поради влошеното социално-икономическо положение след войната срещу Помпей, за да бъдат доволни гражданите – титуляри на кредити, наредил да бъде извършено принудително даване вместо изпълнение. В контекста на огромна политическа и финансова криза Цезар позволил на неплатежоспособните длъжници да изплатят паричните си задължения с друго имущество, различно от договореното. Цезар инициира приемането на *Lex Iulia de pecuniis mutuis*, конкретизирана по-късно в закон от времето на Август - *Lex Iulia de cessione bonorum*<sup>22</sup>. Той задължава кредитора да приеме плащането в друго, различно от договореното имущество. Това бил закон, който задължавал кредиторите да

---

<sup>20</sup> Tito Livio 31.13.1-9.

<sup>21</sup> Вж. SACCOCCIO, A. *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare, op. cit.*, p. 20; ID. „*Finanze e debito pubblico nel III a.C.: i c.d. trientabula*“. - In: INDEX, 32, 2004, p. 319 ss, който анализира фактите, изложени от Тит Ливий. Вж. превода на английски на Тит Ливий - SAGE, EVAN T., LIVY. *The Loeb Classical Library*. Harvard University Press, 1935- Liv., 29, 16, 1-3; и Liv., 13, 1-9..

<sup>22</sup> GARCÍA MORCILLO, M. *Las ventas por subasta en el mundo romano: la esfera privat*. Publicacions i Edicions Universitat de Barcelona, Barcelona, 2005, p. 53, n. 91.



приемат промяната на престацията, като не им дава право да откажат, тъй като това би било в нарушение на самия закон.

Според SUÁREZ PIÑEIRO<sup>23</sup>, през 49 г. пр.н.е. богатите се страхували да не бъдат отменени всички дългове поради икономическата криза и призова на Катилина за „премахване на всички дългове“, който имал много последователи. В този контекст длъжниците се възползвали от ситуацията и престанали да плащат. Въпреки че Цезар не отменил дълговете, неговите правила не зарадвали особено кредиторите, чиято стопанска дейност била засегната, тъй като не само контрапрестацията щяла да е наложена принудително и различна от договорената, но и защото процедурата се състояла в назначаване на арбитри, които определяли „*possessiones*“ и „*res*“ на длъжниците по цени отпреди началото на войната. Така когато кредиторът получавал имуществото или стоката, заместваща договорената контрапрестация, това имущество или стока било оценено на основата на цената преди войната и затова плащането само по себе си не било в пълен размер, тъй като на реалния пазар след войната стоките имали по-ниски цени<sup>24</sup>.

Част от доктрината счита, че случилото се по времето на Юлий Цезар слага началото на фигурата *datio in solutum necessaria*. Някои автори обаче смятат, че то не може да се отъждестви с този институт, тъй като не го възприемат като институт или концептуализирана фигура, а като еднократно решение, случило се в една критична социално-икономическа ситуация, което впоследствие престава да се прилага. SACCOCCIO<sup>25</sup> посочва, че това е механизъм, замислен от Цезар, за да бъдат решени противоречията в един конкретен исторически момент поради риска

---

<sup>23</sup> SUÁREZ PIÑEIRO, A. M. *César: un político „popular“? – Revista de ideas y formas políticas de la Antigüedad Clásica*, 9, 1997, p. 254.

<sup>24</sup> Вж. EGUSQUIZA BALMASEDA, M<sup>a</sup> Á.. Crisis económica, falta de liquidez y dación en pago necesaria: un estudio del párrafo segundo *in fine* de la Ley 493 del Fuero nuevo en *Revista Jurídica de Navarra*, Enero-Junio 2011, № 51, p. 48, който цитира СВЕТОНИЙ, *De vita Caesarum*. 1.42.2: *De pecuniis mutuis disiecta novarum tabularum expectatione, quae crebro movebatur, decrevit tandem, ut debitores creditoribus satisfacerent per aestimationem possessionum, quanti quasque ante civile bellum comparassent, deducto summae aeris alieni, si quid usurae nomine numeratum aut perscriptum fuisset; qua condicione quarta pars fere crediti deperibat.*

<sup>25</sup> SACCOCCIO, ANTONIO. *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare*, op. cit., p. 272.

от икономически застои, и защитава тезата, че в действителност няма как да се обясни как конкретно е работел този механизъм като *datio in solutum*.

От моя гледна точка, като оставим настрана слабата концептуализация или определеност на мерките, приети от Цезар като политическа фигура, не може да се отрече голямата прилика със ситуацията в съвременното общество след финансовата криза от 2008 г. Фактът, че можем или не можем да обясним как е работел този механизъм, приложен от Юлий Цезар, не опровергава факта, че кредиторът е бил принуден да приеме наложената промяна на престацията (*datio in solutum necessaria*) – условие, което обществото на XXI век изисква като социално-икономическа мярка след последната голяма икономическа криза, предизвикана от лошото управление на финансовата система<sup>26</sup>.

В този ред на мисли, в подкрепа на тезата на SACOCCIO, трябва да кажем, че в класическата епоха не се прилага *datio in solutum necessaria* като генерализиран институт. Напротив – той е разглеждан и критикуван от различни римски юристи от класическата епоха като Гай, Марциан и Улпиан, а едва Юстиниан е този, който въвежда в своите Новели *datio in solutum necessaria* като социално приложима правна фигура в римската правна система<sup>27</sup>.

Но преди да разгледаме *datio in solutum necessaria* като институт, развит от Юстиниан в неговите Новели, трябва да разграничим *impetratio domini*, прилагана през класическата епоха, от *datio in solutum necessaria*. В първия случай самият кредитор иска изрично от императора да се намеси, за да се оцени промяната на стоката или имуществото, което трябва да плати длъжникът, а при *datio in solutum*

---

<sup>26</sup> За да направим връзка между лошото управление на финансовата система, предизвикало икономическата криза, и темата, която разглеждаме, интерес представлява Решението на Втори състав на Провинциалния съд на Навара № 111/2010, от 17 декември.

<sup>27</sup> Преобладаващата доктрина защитава тази теза, например: RÖMER, ROBERT. *Die Leistung an Zahlungsstatt nach dem römischen und gemeinen Recht, mit Berücksichtigung der neueren Gesetzbücher*. Laupp, Tübingen, 1866, p. 168 ss.; ALLARA, MARIO. *La prestazione in luogo di adempimento (datio in solutum)*. - *Ann. Sem. Giur. Univ. Palermo*, XIII, Palermo, 1927, p. 50 ss; SCHUPFER, FRANCESCO. *Il diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del risorgimento*. - *Fratelli Bocca*, Torino, 1921, p. 241; SOLAZZI, SIRO. *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*. Vol. 1. Napoli, 1935, p. 81; ASTUTI, GUIDO. *Dazione in pagamento (storia)*. – En: *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XI. Milano, 1962, p. 733; VAN DER WAL, NICOLAAS. *Manuale Novellarum Justiniani*. Aperçu systématique du contenu des Novelles de Justinien, Groningue, 1998, p. 120. Ver SACCOCCIO, ANTONIO. *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare*, *op. cit.*, p. 269 (n. 3).

*necessaria* на кредитора се налага със закон да приеме различна от договорената стока или имущество, без значение дали това е било поискано от кредитора или дали той отказва да приеме промяната на престацията<sup>28</sup>.

Да се върнем към практическия произход на *datio in solutum necessaria*. Към 535 г. Юстиниан въвежда в своите новели регламентацията на *datio in solutum necessaria*. Така в Nov. 4.3 се приема:

„*Quod autem de cetero humanis auxiliatur curis, licet quibusdam creditoribus non forte sit gratum, a nobis tamen propter clementiam sancitur. Si quis enim mutuaverit aurum, debitoris substantiae credens, at ille ad restitutionem auri non sit idoneus, substantiam autem immobilem habeat, verum creditor ardeat aurum omnimodo quaerens, illi vero non sit facile, neque ulla mobilis substantia: damus creditori licentiam volenti immobiles res accipere pro auro. Sed si nec quispiam emptor immobilium eius rerum adsit, creditore frequenter etiam divulgante, quoniam subiacent debitoris res, et ob hoc terrente adire volentes emptionem, tunc in hac quidem felicissima civitate gloriosissimi nostrae reipublicae iudices secundum unicuique concessam a lege et a nobis iurisdictionem, in provinciis autem gentium praesides praeparent, subtili aestimatione facta rerum debitoris, dari secundum quantitatem debiti possessionem immobilem creditoribus cum tali cautela, cum qua debitor dare possit. Rerum vero datio sit huiusmodi: quaecunque quidem meliora sunt, dentur creditori, quae vero deteriora, apud debitorem post debiti solutionem manere sinantur. Etenim non erit iustum, dantem quidem aurum, recipere autem aurum non valentem, sed coactum suscipere possessionem immobilem, non saltem meliora rerum debitoris percipere, et per hoc habere consolationem, quia si aurum non recipit, aut alia rerum, quae portari possunt, tamen licet ei possessionem non inutilem habere. Sed hoc quidem sit clementia quaedam clara legis. Agnoscant autem creditores, quia, etsi hanc non scripsissemus legem, necessitatis ratio ad hanc causam perduceret. Si enim non sit idoneus pecuniarum debitor, nec ullus emtor sit, nihil aliud facturus erat, quam propriis bonis cedere, et rursus res ad creditorem merito venirent*

---

<sup>28</sup> SACCOCCIO обяснява, че *impetratio* се основава на изрична молба на кредитора до императора, който встъпва в негова защита. SACCOCCIO, ANTONIO. *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare, op. cit.*, p. 270.

*aurum percipere non valentem. Quamobrem quod cum iniuria et effectu acerbo perduceret creditorem et debitorem, hoc nos clementer simul et legaliter decidentem et infelicibus debitoribus auxiliamur, et acerbis creditoribus non apparebimus duri, causam eis deputantes, ad quam, si permanerent inoboedientes, tamen modis omnibus advenirent. Si itaque creditor paratus est praeparare quendam emtorem, necessitatem habere debitorem hoc agere, praebentem huiusmodi cautionem arbitrio iudicantis, qualem omnimodo est dare possibile. Undique enim ita creditoribus providendum est, ut non debitores graventur.*

1. *Et absolute creditorem ponimus, antiquas sequentes leges, omnem, qui actionem habere contra aliquem potest, licet non sit mutuum gestum, sed alter quidam contractus consistat, argentariorum quippe sponsionibus propter utilitatem contrahentium in ordine moderno durantibus*<sup>29</sup>.

СЪОТВЕТНО В NOV. 120. 6. 2 ЧЕТЕМ:

*„... Hoc etiam super ipsis venerabilibus domibus definire praevidimus, ut, si quaedam ex eis sive pro publicis collationibus, sive pro alia necessaria causa eiusdem domus debitis obnoxiae fiant, et non est possibile de rebus mobilibus eadem persolvi debita, primo quidem ordine in speciali pignore dari rem immobilem creditori, ut eius fructus colligens, reputet sibi tam in ipsis debitis mutuis pecuniis, quam in usuris non amplius quarta parte centesimae. Si vero noluerit isto modo debitum transigere, iubemus, per eos quidem qui a sanctissimo patriarcha ordinantur, sive metropolitae, sive alii episcopi sint, sive archimandritae sive orphanotrophi aut ptochotrophi, aut xenodochi, aut nosocomi, aut aliarum venerabilium domorum ordinatores, apud sanctissimos patriarchas, a quibus ordinantur aut praeponuntur, monumenta fieri, et cum iureiurando ordinatorum et consensu amplioris partis in eis deservientium debitum manifestari, et quia non est possibile de rebus mobilibus istud persolvi; eos vero qui a metropolitae ordinantur,*

---

<sup>29</sup> Преводът на текста на испански може да се види в *Cuerpo del derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino*. Publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen ; con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por Ildefonso L. García del Corral. T. I-VI. Barcelona : Jaime Molina, 1889-1898.

*sive episcopi sunt, sive archimandritae, sive orpahnographi, sive ptochographi, aut aliorum venerabilium locorum ordinatores, apud eos similiter metropolitae episcopos huiusmodi monumenta conscribi; ab illis vero episcopis, qui aut a patriarchis, aut a metropolitae episcopis ordinantur, et habent sub propria iurisdictione aut monasteria, aut ptochia, aut xenones, aut nosocomia, aut alias venerabiles domos, sub similem modum fieri gesta, ita tamen, ut, sive apud patriarchas, sive apud metropolitae, sive apud episcopos alios huiusmodi gesta fiant, nullum pro his dispendium aut expensam venerabiles domos sustinere. Propterea enim nolumus de cetero apud iudices provinciarum aut defensores locorum huiusmodi monumenta a memoratis personis sive domibus agi, ut nullum dispendium sentiant. Postquam vero ista subsecuta fuerint apud memoratos sanctissimos patriarchas, aut metropolitae, aut alios episcopos, tunc per praedictos ordinatores debitorum domus venerabilis in scriptis in publico civitatis loco proponantur per viginti dies, et isto modo hortentur eos, qui emere volunt immobilem rem, ut qui plus praebet, aliis praeponatur. His vero omnibus praecedentibus venditionem fieri, pretio modis omnibus pro debito dando, ut non aliter habeat emptor munitionem, nisi pretium pro ipso debito persolvatur, et hoc evidenter inscribatur, quod nihil ad laesionem aut praescriptionem eiusdem venerabilis domus efficitur. Si vero secundum praedictum modum emptor huiusmodi rei non invenitur, iubemus creditorem ex iure praedictarum venerabilium domorum, quod pro soluto dicitur, eandem accipere possessionem, iusta et districta aestimatione facta, et addita in pretio decima parte universae aestimationis in ipsa quantitate accipere rem creditorem pro solutione certo dominio possessurum, ita tamen, ut ordinatores debitorum venerabilis domus et amplior pars in eo deservientium huiusmodi venditionibus consentiat. Quae autem praebet in hoc immobilis res, non per electionem creditoris detur, sed secundum aequitatem aliud quidem fructiferarum, aliud vero et possessionum sterilium eiusdem venerabilis domus, et in reditu earum, et in fiscali solutione et reliquae ordinationis<sup>30</sup>.*

Както виждаме, и двата текста въвеждат *datio in solutum necessaria*. В Nov.

---

<sup>30</sup> Преводът на текста на испански може да се види в *Cuerpo del derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino*. Publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen ; con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por Ildefonso L. García del Corral. T. I-VI. Barcelona : Jaime Molina, 1889-1898.

4.3. Юстиниан, който въвежда тази процедура поради икономическата криза, обяснява, че това се прави по причина „състрадание“ като начин да се отрази съчувствието – „*humanitas*“ или хуманната благосклонност на императора към неплатежоспособните длъжници<sup>31</sup>. Юстиниан се опитва да реши един социален проблем, като позволява на кредитора да получи недвижимо имущество вместо пари.

В този закон Юстиниан определя и систематизира процедурата – дефинира кой е кредитор, т.е. полето на приложение на нормата, като посочва, че кредитор е всеки, който съгласно старите закони може да има иск срещу някого въз основа на договор между страните, и определя процедурата, като казва, че притежанието на недвижимото имущество трябва да бъде дадено съответно на размера на дълга (съдията трябва да оцени имуществото на длъжниците, което не може да се продаде, и да прехвърли на кредитора собствеността върху него) и плащането от страна на длъжника на необходимото обезпечение. Освен това задължава длъжника да даде по закон най-доброто имущество, което има. Както твърди А. FERNANDEZ DE BUJÁN<sup>32</sup>, „предвижда се освобождаване от паричното задължение посредством предаването на справедливо оценено имущество“.

От своя страна, за да оправдае прилагането на това даване вместо изпълнение, Юстиниан се обръща към кредиторите и им казва, че дори да не съществуваше този закон, необходимостта би довела до същия резултат (плащане на дълга по един или друг начин). Освен това Юстиниан гарантира транзакцията като разпорежда, че длъжниците трябва във всички случаи да отговарят за евикцията на имотите.

В Nov. 120.6.2 със закон се въвежда процедура, покровителствана от църковните органи, като кредиторите на християнските институции да могат получат удовлетворение на кредитите си по извънсъдебен ред. Целта на тази норма е да се

---

<sup>31</sup> SACCOCCIO посочва, описвайки Глава 3, че в нея се вижда как Юстиниан взема това решение от хуманни съображения, които се прилагат в интерес на длъжниците. И уточнява, че въпреки, че Юстиниан се опитва да постигне баланс между позициите на длъжниците и на кредиторите, е видно предпочитанието му към длъжниците в неговите законови разпоредби. SACCOCCIO, A. *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare, op. cit.*, p. 277.

<sup>32</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *op. cit.*, p. 497.

намалят финансовите проблеми на църковните институции.

Относно процедурата, BLANCH NOUGUÉS<sup>33</sup> се позовава на LUCKS, който чрез предаването на собствеността на дадено недвижимо имущество от длъжника на кредитора материализира едно право на залог, за да може кредиторът да продаде това имущество. Трябва да подчертаем, че във фрагмента от Nov. 120.6.2, Юстиниан въвежда правото на кредитора на залог като казва, че той ще получи плодовете на недвижимото имущество, за да бъде изплатен дългът към него. Освен това посочва, че предаването на недвижимия имот на длъжника не става по избор на кредитора, а в съответствие с равностойността на продукцията на предавания имот.

Важно е да отбележим, че самият Юстиниан определя, че това е извънредна норма, наложена от обстоятелствата в момента, тъй като тя противоречи на принципа *aliud pro alio invito creditori nemo solvere potest*. Тази аксиома лежи в основата на облигационното право в Рим и по принцип плащането на кредитора с нещо различно от установеното в *obligatio (res debita)* не освобождава длъжника, макар стойността на това нещо да е равна или по-висока от първоначалната стойност. Затова фигурата на даването вместо изпълнение възниква като изключение от това правило, когато се постига *satisfactio* на кредитора, поради което при *datio in solutum voluntaria* задължението се погасява, след като кредиторът приеме смяната на *res debita* и счете дълга за платен, докато при *datio in solutum necessaria* това става по императива на закона<sup>34</sup>.

#### **4. *Datio in solutum necessaria* в *Ius commune Europaeum***

През XIII и XIV век глосаторите и коментаторите изучават Новелите на Юстиниан и Дигестите, където приемат, че се прилага *datio in solutum necessaria*, но

---

<sup>33</sup> BLANCH NOUGUÉS, J. MARÍA. *Acerca de la Datio in Solutum necessaria en el Derecho Romano, en la tradición jurídica europea y en los Códigos civiles Iberoamericanos*, op. cit., p. 43.

<sup>34</sup> Вж. други изключения от общото правило „*aliud pro alio invito creditori nemo solvere potest*“, защитавани от юристи като SOLAZZI и BIONDI: D.19.2.9. pr. и D.19.2.60. pr. вж. VILLA ROSAS, G., op. cit., 65, n. 85.

се объркват при определянето на начина да се удовлетвори задължението. По този въпрос ZIMMERMANN<sup>35</sup> посочва, че относно задълженията *facere* много коментатори, включително Азон и Акурсий, признават – като опция за кредитора - възможността длъжникът да го „обезщети“ в натура. Като цяло коментаторите са против този начин на удовлетворяване на кредитора, тъй като *Nemo potest praecise cogi ad factum*<sup>36</sup>, обаче с течение на времето приемат още изключения<sup>37</sup>.

Въпреки големия спор в доктрината през Средновековието, според VILLA ROSAS<sup>38</sup>, в различни норми от VIII и началото на IX век може да се открият приложения на *datio in solutum necessaria*. Той посочва като примери Lex Ribvaria, XXXVI (създаден към 613/623 г.) и Lex Saxonum, LXVI (създаден към 802/803 г.).

От друга страна, като тълкували римските източници през XIV и XV век, Балдус и Язон дел Майно, създават т.нар. *beneficium dationis in solutum*. Както посочва BLANCH NOUGUÉS, това било много важно, тъй като, ако длъжникът не можел да изпълни задължението си да плати, можел да предложи на кредитора да му даде *aliud pro alio*, което той задължително трябвало да приеме<sup>39</sup>.

Така според BLANCH NOUGUÉS през Средновековието и Възраждането, *datio in solutum* се оформя като: „(...) привилегия *ex lege* в полза на длъжника, който може да се ползва от нея при условие, че са налице установените от закона

---

<sup>35</sup> VILLA ROSAS, GONZALO, *op. cit.*, p. 69 който препраща към ZIMMERMANN, R. *The law of obligations. Roman Foundations of the civilian tradition*, 1996, p. 774.

<sup>36</sup> Вж. например D. 42.1.13.1: „*Si quis promiserit prohibere se, ut (3) aliquid damnum stipulator patiat, et faciat, neque (4) ex ea re damnurn stipulator patietur, (5) facit, quod promisit, si minus, quia non facit, quod promisit, in pecuniam numeratam (6) condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus.*“

<sup>37</sup> Относно ексцепциите от правилото *Nemo potest praecise cogi ad factum*, Вж. HALLEBEEK, J. *Cumplimiento forzoso de las obligaciones de hacer. Dos ejemplos de la tradición romanística*. – En: GLOSSAE. *European Journal of Legal History* 10 (2013), 215-225.

<sup>38</sup> Вж. VILLA ROSAS, G., *op. cit.*, p. 70, който препраща относно LEX RIBVARIA към KROESCHELL, K. *Deutsche Rechtsgeschichte*, Vol. 1, 13<sup>a</sup> ed., 2008, 43 y SOHM, R. *Lex Ribuarica et Lex Francorum Chamavorum ex monumentis germaniae historicis recusae*. Hannoverae, Impensis bibliopolii Hahniani, 1883, p. 67-68; а относно LEX SAXONUM - към VON SCHWERIN. CLAUDIUS FREIHERR (Ed.). *Leges Saxonum und Lex Thuringorum*, 1918, 33-34.

<sup>39</sup> BLANCH NOUGUÉS, J. MARÍA. *Acerca de la Datio in Solutum necessaria en el Derecho Romano, en la tradición jurídica europea y en los Códigos civiles Iberoamericanos*, *op. cit.*, 48.



изисквания (...) и която неизбежно е обвързваща за кредитора, който не може да откаже да приеме даваното му *aliud pro alio*<sup>40</sup>.

Важно е да отбележим, че в крайна сметка *datio in solutum* еволюира и е практикувана и изучавана през вековете – преди и след Средновековието. Що се отнася до *datio in solutum necessaria*, трябва да отбележим само определен брой казуси, които са пример за изучаването и/или прилагането на този институт. Затова по-долу ще резюмирам някои казуси, възникнали в Италия, Испания и Германия от Средновековието насетне.

В края на Средните векове може да намерим приложение на *datio in solutum necessaria* в различни италиански норми, които предвиждат тази фигура при неизпълнение на задължението: Statuto di Crema от 1483; Statuti di Milano от 1216, 1396, 1398, 1502 г. и Конституцията от 1541 г.; Statuto di Torino от XIII в.; Statuto di Verona от 1327 г.; Statuto di Bergamo от 1353 г.; Statuto di Camerino от 1424 г.; Statuto di Parma от 1490 г.; Statuto di Mondovì, публикуван през 1570 г.; Statuto della Valtellina от 1593 г.; Statuto di Genova от 1589 г.<sup>41</sup>.

От друга страна, благодарение на Алфонсо X Мъдри, през 1254 г., във Fuego Real 3.20.16 се определя следното: „Sy aquel que es tenuto de para algun debdo a otro diere en paga bestia o otra cosa de que el otro sea pagado, vala tal paga, e mas non gela pueda demanda. Otrosi si él diere otro su debdor por manero quel pague aquel debdo et el otro lo recibiere, non sea tenido de responderle mas por este debdo, maguer que el otro non gelo pague: eti si el (otro) debdor pagare el debdo a otre, quier en nombre de aquel a qui lo debe, quier non, si aquel cuyo es el debdo non lo otorgare, puedal demandar su debdo si el otro non lo recibió por su mandado“.

А в Партиди 5.14.3 (1348 г.) Алфонсо X посочва: „pero si acaesciesse, que el debdor non pudiesse pagar aquellas cosas que prometteria, bien puede darle entrega de otras a bien vista del Judgador. Otrosi dezimos que si el quel ouiese fecho pleyto de fazer alguna cosa, e non lo pudiesse fazer en la manera que auia prometido, deue cumplir de

---

<sup>40</sup> BLANCH NOUGUÉS, J. MARÍA. *Acerca de la Datio in Solutum necessaria en el Derecho Romano, en la tradición jurídica europea y en los Códigos civiles Iberoamericanos*, op. cit., 49.

<sup>41</sup> VILLA ROSAS, G., op. cit., p. 73 който препраща към SACCOCCIO, A. *La c. d. Datio in solutum necessaria nel sistema giuridico romanistico*. – En: *Roma e America. Diritto romano comune, Revista de Derecho de la Integración y unificación del Derecho en Europa y América Latina*, 14, Bogotá, 2002, 66-69.

otra guisa el pleyto, segun su aluedrio del judgador del lugar“. Тук виждаме как по изключение в Партидите се казва, че ако неплатежоспособният длъжник не може да плати дълга си, съдията преценява кое имущество да замести договорената контрапрестация.

По-късно испанската цивилистична доктрина от XVI и XVII в. определя редица условия, за да може да се извърши *beneficium dationis in solutum*, а именно: длъжникът да е неплатежоспособен и да е невъзможно да придобие ликвидност; длъжникът да не може да намери купувач за своето имущество; кредиторът да може да избере най-добрата измежду вещите на длъжника; длъжникът да прехвърли на кредитора собствеността на индивидуализираната вещ и да отговаря срещу нея в случай на евикция<sup>42</sup>.

Обратно на казаното дотук, през XVII и XVIII в. френски автори като Domat<sup>43</sup> и Pothier<sup>44</sup> твърдят, че *beneficium dationis in solutum* няма място във френското право. Те оправдават позицията си с аксиомата *aliud por alio invito creditori solvi non potest*, като твърдят, че за това няма изключения. Вследствие на това, Domat заявява относно Новела 4,3 на Юстиниан следното: „les difficultés et les inconveniens de l'exécution de cette loi en ont empêché l'usage; et il serait à souhaiter qu'il y fût pourvu, aussi-hien qu'aux maux infinis qu'on voit dans les décrets“<sup>45</sup>. Това обяснява защо през XVIII и XIX век, при възникналия по време на Просвещението либерализъм, се утвърждава един противен на *beneficium dationis in solutum* критерий и защо нито в

---

<sup>42</sup> Вж. BLANCH NOUGUÉS, J. M. *La datio in solutum necessaria en el Derecho Romano y en la tradición jurídica romanística*. – RGDR, Madrid: lustel, 2013, p. 16, който препраща към SACCOCCIO, A. *La c. d. Datio in solutum necessaria nel sistema giuridico romanistico, op. cit.*, p. 74-75.

<sup>43</sup> Този автор твърди: „les paiements doivent être faits de ce qui est dû, et le débiteur ne peut, contre le gré de son créancier, lui payer autre chose que celle qu'il lui doit, quoique la valeur de ce qu'il voudrait donner fût égale, ou même plus grande. Ainsi celui qui doit de l'argent ne peut donner en paiement des fonds ou dettes, si le créancier n'y veut consentir“. Ver REMY, J. *Oeuvres complètes de J. Domat*. Nouvelle édition. - *Revue, corrigée, et precedee d'une notice historique*, vol. 1, Paris, 1828, p. 239.

<sup>44</sup> Вж. BLANCH NOUGUÉS, J. MARÍA. *La datio in solutum necessaria en el Derecho Romano y en la tradición jurídica romanística, op. cit.*, p. 16 que remite a POTHIER, R. J. *Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur*. II. Paris, 1774, p. 33.

<sup>45</sup> REMY, J. *Oeuvres complètes de J. Domat*. Nouvelle édition. - *Revue, corrigée, et precedee d'une notice historique, op. cit.*, p. 239.

Наполеоновия кодекс, нито в европейските граждански кодекси от XIX век не се предвижда възможността за *datio in solutum necessaria*, а в повечето по-късни кодекси е предвидена възможността да се приложи само доброволно *datio in solutum*. Всичко това се основава на обстоятелството, че идеята за принудително прилагане на даването вместо изпълнение противоречи на принципите на Просвещението и на Френската революция.

Противно на тезата на френските юристи от съвременната епоха трябва да отбележим, че използването на *datio in solutum necessaria* през Средновековието е оправдано от множество юристи с обяснението, че целта е да бъде удовлетворен кредиторът и да бъдат улеснени длъжниците, за да се избегне съдебен процес в случаите, когато ответниците са неплатежоспособни и действат без умисъл или вина, така че да се избегне възможността при изпълнително производство имуществото им да бъде продадено на нищожна цена.

Тук ми се струва основателно да посоча, че ситуацията на икономическа и социална криза не само дава път на приложението на *datio in solutum necessaria* при Юстиниан, но и че – както отбелязва SACCOCCIO<sup>46</sup>, векове по-късно в Германия – през 1654 г., Парламентът въвежда механизъм, съгласно който длъжниците могли да изплатят дълговете си с движимо или недвижимо имущество без кредиторът да има право да откаже да приеме това имущество, и така длъжникът се освобождавал от задължението си. Стойността на имуществото се изчислявала като средно аритметично на стойността преди и след войната<sup>47</sup>.

В крайна сметка, въпреки, че принудителното даване вместо изпълнение винаги е било изключение от правилото „*Aliud por alio invito creditori solvi non potest*“, може да се каже, че то се развива и прилага в Европа през Средните векове и в различни исторически моменти, но че след Наполеоновия граждански кодекс не се предвижда като цяло принудително даване вместо изпълнение, а европейските граждански кодекси и доктрината на общото право от XIX век само изучава и води

---

<sup>46</sup> Вж. BLANCH NOUGUÉS, J. MARÍA. *La datio in solutum necessaria en el Derecho Romano y en la tradición jurídica romanística*, op. cit., p. 4, n. 8, quien remite a SACCOCCIO, A. *La c. d. Datio in solutum necessaria nel sistema giuridico romanistico*, op. cit., p. 77-78.

<sup>47</sup> Вж. § 172 на *Recessus Imperii Novissimus* de 1654. VILLA ROSAS, G., op. cit., p. 71.

дебати относно природата и правната структура на доброволното даване вместо изпълнение.

## 5. *Datio in solutum necessaria* в Навара, Боливия и Уругвай

### 1. *Datio in solutum necessaria* в Навара. Закон № 495.

Макар испанският Граждански кодекс да не предвижда фигурата принудително даване вместо изпълнение, в Испания можем да открием законодателни текстове, които го регламентират. Това се дължи на обстоятелството, че то е запазено в някои регионални законодателства на автономните области, като например в законодателството на Навара.

Първоначално уредбата на този въпрос е включена в Закон № 493 на Новото регионално законодателство (*el Fuero Nuevo*<sup>48</sup>), тъй като оригиналният текст, публикуван на 7 март 1973 г., влязъл в сила на 3 април 1974 г. гласи: „... Също така кредиторът на дадена сума пари трябва да приеме друг предмет, ако съдията прецени, че е справедливо това заместване понеже дължимата престация е станала твърде тежка“. Обаче последната актуализация на Закон № 1/1973, с който се приема компилацията на Регионалното гражданско право на Навара, направена на 16 април 2019 г. и влязла в сила на 16 октомври 2019 г., е много по-прецизна, като посвещава отделна алинея само на фигурата на даване вместо изпълнение в Закон № 495 и регламентира изрично „принудителното даване вместо изпълнение“ в алинея 2, както следва:

**„Принудително даване вместо изпълнение.** Кредиторът, дал определена сума пари, трябва да приеме друг предмет, ако съдията прецени, че е справедливо това заместване предвид неликвидността на длъжника поради невъзможност да реализира своето имущество и предвид изключителното утежняване на

---

<sup>48</sup> Обстоен анализ на този въпрос предлага преподавателката по гражданско право М<sup>а</sup> ÁNGELES EGUSQUIZA BALMASEDA в Глава 4, озаглавена „*Crisis económica, falta de liquidez y dación en pago necesaria: un estudio del párrafo segundo in fine de la Ley 493 del fuero nuevo*“, del libro *Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto*. Navarra: Aranzadi, 2012, págs. 53 a 101.

престацията, което би предизвикало принудителното изпълнение или неизпълнението от негова страна поради непропорционалност между последствията или гаранциите и паричния дълг.

Независимо от молбата на длъжника в съответното декларативно производство, ако е започнало изпълнението, той може да се противопостави на даването вместо изпълнение поради извънредното утежняване на престацията в съответното изпълнително производство. **Даване за плащане.** Даването за плащане освобождава длъжника само до ликвидния размер на цедираното имущество“.

От тази уредба може да заключим, че нормата урежда принудителното даване вместо изпълнение като извънредна мярка, когато съдията прецени, че заместването на дължимата престация е справедливо, въз основа на два аспекта:

1. Невъзможност дългът да бъде платен поради неплатежоспособност на длъжника.
2. Преценка на съда относно извънредното натоварване, предизвикано за длъжника от принудителното изпълнение или от неизпълнението, като се има предвид непропорционалността, която може да генерира за длъжника едната или другата ситуация, въз основа на последствията от съответните действия във връзка с паричното задължение.

Може да заключим, че изискванията за осъществяване на принудително даване вместо изпълнение според тази норма са следните:

1. Погасяемото задължение да се състои в определена сума пари.
2. Длъжникът да е неплатежоспособен и да не може да постигне ликвидност чрез друго свое имущество.
3. Да се натоварва прекомерно или „изключително“ длъжникът с принудителното изпълнение на престацията или с неизпълнението ѝ.
4. Действията (принудително изпълнение) или пропуските (неизпълнение) по отношение на престацията от страна на длъжника да носят непропорционални последствия спрямо първоначалното парично задължение – предмет на престацията.
5. Да има съдебно решение, в което да е преценено като справедливо

заместването на предмета на договорената престация.

6. Да се даде различен предмет вместо паричната престация.

От друга страна, в последния параграф се посочва възможността да се подаде искане за даване вместо изпълнение не само в декларативното производство, но и след като започне изпълнението, при което длъжникът може да се противопостави на даването вместо изпълнение с кауза (на основание) „прекомерно утежняване на престацията“.

Затова редакцията на този член сякаш предлага едно решение, съзвучно със социалните изисквания от последните години, от което може да заключим, че намерението е принудителното даване вместо изпълнение да се прилага като извънредна мярка в ситуации, генериращи споменатата „непропорционалност“.

Макар правителството да оспорва понастоящем тази реформа на Новото регионално законодателство на Навара и да е подало жалба за противоконституционност<sup>49</sup>, смятайки, че нормата надхвърля пределите на компетентност на Навара, не може да се отрече положението от правителството на Навара труд, за да поясни приложението на даването вместо изпълнение, и то не само доброволното, но и принудителното, когато съдията уважи искането за заменяне на престацията поради неплатежоспособност на длъжника, и прекомерното утежнение, което би предизвикало принудителното изпълнение (тук разбираме с неговото общо/универсално имущество<sup>50</sup>) на дължимата престация или неизпълнението и непропорционалността спрямо първоначалната престация.

## **2. *Datio in solutum necessaria* в Боливия и Уругвай**

### **2.1. В Гражданския кодекс на Боливия**

Подобно на разпоредбата на Регионалното гражданско право на Навара, в

---

<sup>49</sup> Жалба за противоконституционност №. 315-2020, срещу член 2 на Регионален закон 21/2019, от 4 април, за изменение и актуализация на Компиляцията на Регионалното гражданско право на Навара, наречена Нов регионален закон.

<sup>50</sup> Член 1911 на испанския Граждански кодекс гласи: „За изпълнението на задълженията отговаря длъжникът с цялото си настоящо и бъдещо имущество“. Затова правната уредба определя, че длъжникът носи универсална имуществена отговорност и отговаря за изпълнението на всички свои задължения с цялото си настоящо и бъдещо имущество в полза на кредитора, като това изпълнение трябва да бъде договореното, на основата на прецизността, която изисква редът за изпълнение.

някои латиноамерикански страни можем да открием изрична уредба на принудителното даване вместо изпълнение, като задължението се погасява с *aliud pro alio*. Такъв е случаят на Гражданския кодекс на Боливия, действащ от 1976 г., чийто член 309 гласи: „Длъжникът, който не може да плати съгласно указаното или разпореденото от закона, може да го стори по различен начин или с различна от дължимата престация с разрешение от съда“. Както виждаме, този член следва линията на Партидите на крал Алфонсо X Мъдри и съвпада до голяма степен с предвиденото в Партида 5, 14, 3<sup>51</sup>. Това се дължи на обстоятелството, че още в Гражданския кодекс на Боливия от 1831 г. се предвижда принудително даване вместо плащане по подобен начин<sup>52</sup>, което влиза в противоречие и се отдалечава от постулатите на френските рационалисти от XIX век.

Както посочват някои латиноамерикански юристи<sup>53</sup>, обяснението за това се заключава в справедливостта. Обаче дори да се има предвид справедливостта от правно-техническа гледна точка, тук виждаме нарушение на един римски принцип, което оправдава липсата на изрично регламентиране на принудителното даване вместо изпълнение, а именно принципът „*Pacta sunt servanda*“. Истината е, че – както вече споменахме по-горе, често държавата трябва да търси отговор на социални проблеми, породени от големи икономически кризи, войни и т.н. и в

---

<sup>51</sup> За влиянието на римското право върху ибероамериканската правна система и приложението на кастилското право посредством законите от Партидите, Вж. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. La influencia del Derecho romano en el sistema jurídico Iberoamericano en *Derecho y opinión*, № 2, 1994, págs. 181-187.

<sup>52</sup> Този кодекс определя в член 838: „Всяко задължение трябва да се плаща по договорения начин, но ако длъжникът не може да плати съгласно записаното в договора, може да направи това с други неща и по друг начин, по решение на съда“. По думите на VILLAFUERTE PHILIPPSBORN: „Боливийската доктрина, анализираше тази норма, отбелязва влиянието на партидата на Алфонсо X Мъдри, но не призна института, съдържащ се в нея, дори не го назова по име (Canedo, 1898: 383; Terrazas, 1885:142; Siles, 1910:340)“. VILLAFUERTE PHILIPPSBORN, F. DANIEL. Origen, evolución histórica y naturaleza del Art. 309 del Código Civil boliviano en *Ciencia y Cultura*, № 35, Bolivia, 2015, p. 43.

<sup>53</sup> Сред тях е MORALES GUILLÉN, който посочва, че „това е правило за справедливост, което опазва правото на кредитора като се съобразява с положението, в което се намира длъжникът“. Вж. MORALES GUILLÉN, C. *Código civil: concordado y anotado con arreglo a la edición oficial: incluidas las leyes de los registros del estado civil y de los derechos reales*. Bolivia: Gisbert, 1982, p. 398, p. 399. Това оправдание е критикувано от VILLAFUERTE, който смята, че авторът не е запознат с противоречията, които поражда принудителното даване вместо заплащане в боливийското облигационно право. VILLAFUERTE PHILIPPSBORN, F. DANIEL, *op. cit.*, p. 44.

частност да търси механизми, за да тушира проблемите между длъжници и кредитори, когато първите не са платежоспособни и не могат да изплатят дълга си, но притежават друго имущество, с което да погасят своето задължение, ако правната уредба позволява това.

Следвайки тези постулати, е уместно да споменем някои решения от боливийската съдебната практика<sup>54</sup>, в които съдиите си служат с разпоредбите на член 309 (преди това член 838 на боливийския Граждански кодекс от 1831 г.) в своите правни основания и се позовават на него, за да обосноват промяната на договорената престация, която задължително трябва да бъде приета от кредитора:

„Чл. 838 (309) разрешава на съдията да разпорежи плащане по начин, различен от договорения“ (G.J № 581, р. 4).

„С правото, което им дава този член, съдиите определят, че тъй като длъжникът не може да извърши плащането в сума съгласно договора, да плати в пари, като цената се изчислява ... Не нарушават този член, който оставя на преценката на съда заместването в областта на плащанията“ (G.J № 818 р. 44).

## 2.2. В Гражданския кодекс на Уругвай

Преди всичко трябва да кажем, че както уругвайското, така и аржентинското законодателство<sup>55</sup> наричат фигурата на даване вместо изпълнение „плащане чрез даване на стоки“ (*pagar por entrega de bienes*). Преобладаващата доктрина обаче смята, че правилно би било да се нарича „даване вместо изпълнение“, изхождайки от наименованието ѝ в римското право: „*datio in solutum*“. От друга страна, и двата граждански кодекса посвещават на доброволното даване вместо изпълнение голям брой разпоредби. Така например уругвайският Граждански кодекс от 1868 г., в Книга

---

<sup>54</sup> Решения G.J № 581 у G.J № 818, посочени от MORALES GUILLÉN. Вж. en MORALES GUILLÉN, C. *Código civil: concordado y anotado con arreglo a la edición oficial: incluidas las leyes de los registros del estado civil y de los derechos reales*, op. cit. p. 399.

<sup>55</sup> Вж. членове 779 до 783 на аржентинския Граждански кодекс на Vélez, понастоящем отменен. През 2015 г. влезе в сила Националният търговски и граждански кодекс, чиито членове 942 и 943 уреждат доброволното даване вместо изпълнение, наречено сега „Раздел 4. Даване като заплащане“, като е изоставено наименованието „плащане чрез даване на имущество“, използвано в предишния Граждански кодекс, с което е променена терминологията на този институт.



IV, първа част, Титул III, Глава I, Раздел V, озаглавен „За плащането чрез даване на стоки“ регламентира в членове 1490-1493 това, което ние наричаме доброволно даване вместо изпълнение. А регламентира ли уругвайското право принудителното даване вместо изпълнение?

На пръв поглед отговорът е да, тъй като уругвайският Граждански кодекс въвежда един вид принудително даване като плащане, като в член 1458 определя следното:

„За да бъде законно/легитимно, плащането трябва да се направи за същата дължима вещ, а не за друга или нейната стойност, освен при съгласие на кредитора. В противен случай той не е длъжен да приеме плащането..

Обаче ако длъжникът не може да даде дължимото в същата вещ или по договорения начин, трябва да изпълни задължението си в други равностойни вещи по преценка на съдията, като плати вредите и щетите, които поради тази причина може да причини на кредитора.

Всяко задължение, поето да бъде изплатено в текуща валута или без да се посочва валута, се смята, че е в национална валута.“

Както виждаме, втори параграф сякаш говори за един вид принудително даване вместо изпълнение, като оставя на съдията да вземе решение относно промяната на договорената престация; това тълкуване ни кара да заключим от текста, че кредиторът трябва да приеме тази промяна в престацията по нареждане на съда. Като следваме дословния текст на члена, виждаме, че ако длъжникът не може да изплати дълга си, съдията по своя преценка може да го накара да плати с друга престация, но тази промяна в контрапрестацията би довела на свой ред до плащане на вредите и щетите, нанесени на кредитора

В крайна сметка може да се каже, че уругвайският Граждански кодекс се стреми да задължи кредитора да приеме изменението на престацията (налагане със закон), като оставя на съда да реши относно възможността за *aliud pro alio*. Уругвайският Граждански кодекс сякаш не се старее да се грижи реално за длъжниците или да въведе тази мярка като извънредна, приложима в особени социално-икономически моменти, и посочва, че длъжникът трябва да компенсира нанесените вреди и щети на кредитора с промяната на престацията, което според

мен в крайна сметка решава съдът.

## 6. Заключение

В тази статия направих исторически и сравнителен преглед, както и правен анализ на института *datio in solutum necessaria* с намерението да систематизирам неговия произход и последващо развитие с течение на времето. Целта ми беше да разберем съвременната регламентация в Регионалното законодателство на Навара и в някои ибероамерикански правни уредби, и по-конкретно боливийската и уругвайската. Изводите са следните:

1. Що се отнася до терминологичния и практическия произход на *datio in solutum necessaria*, можем да заключим, че те се вписват в различни исторически моменти. От една страна, концептуализацията на *datio in solutum necessaria* като такава, възниква в Средните векове; от друга страна, приложението ѝ на практика, може би без концептуализация или обосновка на института като правна фигура, настъпва по времето на Юлий Цезар и конституцията *Lex Iulia de pecuniis mutuis*, като преобладаващото мнение в доктрината е, че принудителното или доброволно даване вместо изпълнение се конфигурира в Новелите на Юстиниан, където за първи път се определят нейното поле на приложение и процедура.

2. От друга страна, относно систематизирането и развитието ѝ можем да обобщим, че въпреки приложението ѝ в римското право и последващото ѝ изучаване през Средните векове, след Възраждането и Просвещението тази правна фигура отпада от кодификацията и институтът се губи, като изчезва от повечето правни уредби. Това се дължи на обстоятелството, че конфигурирането на принудителното даване вместо изпълнение е било предвидено като изключение от правилото *aliud per alio invito creditori solvi non potest* и е противно на икономическия либерализъм и действащите по това време принципи.

3. Що се отнася до търсенето на правни уредби, останали верни на юстиниановото римско право по отношение на *datio in solutum necessaria* като извънредна мярка при невъзможност на длъжника да изплати договорената

престация, може да заключим, че някои граждански кодекси следват не само първоначалната опция, дадена от Юстиниан, но и редакцията, предложена от Партидите на Алфонсо X Мъдри. Говорим за Регионалното законодателство на Навара и законодателствата на Боливия и Уругвай.

Затова от обективна гледна точка виждаме, че *datio in solutum necessaria* е институт, прилаган от законодателите в различни исторически моменти за разрешаване на проблеми, свързани с ликвидността по време на икономически и/или социални кризи. Затова, опирайки се на добрата воля на страните и на проявеното разбиране предвид строгостта на изпълнението, смятам, че новата редакция на Регионалното законодателство на Навара, което може би е първото, осмелило се да регламентира прецизно *datio in solutum necessaria* като институт в наши дни, предлага едно решение, което е съзвучно с изискванията на обществото в момента. То е достойно да бъде изучавано в наши дни не само поради последствията от кризата през 2008 г., но и поради кризите, които може да възникнат в бъдеще, като например предвидимата криза вследствие на пандемията от Ковид-19 .