

АНТОНИО ДИАС БАУТИСТА И ЮСТИНИАНОВОТО ЗАКОНОДАТЕЛСТВО*

Проф. д-р Адолфо Антонио Диас Баутиста Кремадес
Университет в Мурсия, Испания

С това кратко изложение бих искал да представя статиите, които публикува проф. д-р Антонио Диас Баутиста за византийското облигационно право и кулминацията на неговото творчество в тази насока – монографията „Изследвания за банките във Византия“ (*“Estudios sobre la banca bizantina”*), публикувана от Университета в Мурсия.

По мнението на повечето романисти тази колекция от статии се характеризира с широтата и задълбочеността на изследването, точните анализи и значими изводи, с които е белязано цялостното творчество на автора, и с течение на времето, изминало от тяхното публикуване, все по-ясно изпъква тяхната полезност във връзка със съвременната проблематика. Научната разработка на Юстиниановото право, и по-специално на банковите сделки, според проф. Диас Баутиста е една неизследвана територия, до която се приближават много именити романисти като Pablo Fuenteseca¹, Álvaro d’Ors², Amelia Castresana³, Enrique Gómez Rojo⁴, и, в последно време, Francisco Andrés Santos⁵.

* Статията е публикувана в RIDROM: Revista Internacional de Derecho Romano, Vol. 12, 2014, p. 237–269, и е предоставена за превод и публикуване в настоящия брой на IUS ROMANUM от автора.

¹ Вж. FUENTESECA, P. Sobre la novela 99 de Justiniano y la supuesta “fideiussio mutua”. – *AHDE*, Vol. 20, 1950, p. 242–274.

² Вж. D’ORS, Á. Las citas de Gayo en Juan Lido. – En: *AHDE*, Vol. 21-22, 1951-1952, p. 1276–1278; *EPIGRAFÍA jurídica griega y romana IV (1952–1953)*. – *SDHI*, Vol. 20, 1954, p. 403–484; (1954–1956), p. 23; (1957), p. 474–542.

³ Вж. CASTRESANA, A. El préstamo marítimo griego y la pecunia traiectica romana. Ediciones Universidad de Salamanca, 1982.

⁴ Вж. GÓMEZ ROYO, E. La ‘natura conditionis’ en los Basílicos. Estudios J. Iglesias III. Madrid, 1988, p. 1363–1373; Id., El mutuo en las fuentes postclásicas bizantinas. Valencia, 1992.

⁵ Вж. ANDRÉS SANTOS, F. Algunos problemas de traducción de la terminología jurídica romana en el Imperio bizantino. – En: *Minerva: Revista de filosofía clásica*, Vol. 19, 2006, p. 285–296; Id., La Eisagoge de Focio. Un compendio jurídico bizantino del siglo IX. – En: *Revista General de Derecho romano*, Vol. 9, 2007.

Първото от тези изследвания, в хронологичен порядък, е посветено на забраната клириците да бъдат арендатори по Новела 123.6 на Юстиниан (*La prohibición de ser arrendatarios los clérigos de Nov. Just. 123,6*)⁶, публикувано в *Anuario de Historia del Derecho* през 1979 г. В него се прави анализ на разпоредбите на императора, отнасящи се до църковната структура и организация с основна цел да се привлекат духовниците към определена икономическа дейност и, по-специално – към арендите на земи⁷. Авторът счита, че в тази новела (в съответствие с Канон 3 на Вселенския събор в Халкедония, наложен от император Марциан), се подвеждат под общ знаменател всички забранени сделки (събиране на данъци, концесии на публични земи, прокура и пр.) с изключение на арендите и възмездното управление на имоти. Според него става въпрос за една странна аномалия, обуславяща интереса към това изследване, при което може да се твърди (р. 727), че според Новела 123.6 е забранено по принцип на духовниците да арендуват земи с оглед да се избегне превръщането им в колони, но е допустимо те да сключват договор за емфитевза, която, макар и да е близка до другите поземлени аренди, не води до такъв резултат.

В допълнение към цялостния и задълбочен анализ на институцията, статията разглежда определените от императора последици за нарушителите на забраната.

Следващата статия, в която се развива същата линия на изследване, е озаглавена „Бележки по повод гаранциите за изпълнение на облигационните отношения в Юстиниановото законодателство“ (*Notas sobre el aseguramiento de obligaciones en la legislación justiniana*)⁸, и е посветена на новели 14 и 51 на Юстиниан. В тях императорите забраняват да се създават гаранции че актрисите ще упражняват своята професия, и да има договори, подписани с тази цел. В новелите се съдържа и осъдително отношение към сводниците, които сключват подобни сделки. Споменава се Новела

⁶ Вж. DÍAZ BAUTISTA, Antonio. La prohibición de ser arrendatarios los clérigos. – En: *Anuario de Historia del Derecho Español*, Vol. 49, 1979, p. 721–732.

⁷ Както отбелязва авторът, арендите на плодородни земи в следкласическото римско право са изключително стабилна форма на арендуване и дават по-голяма независимост на арендатора по отношение на ползването и разпореждането с плодовете от имота (р. 731).

⁸ Вж. бележките относно обезпечаване на задълженията в Юстиниановото законодателство в *Anuario de Historia del Derecho Español*, Vol. 50, 1980, p. 683–698.

163 на Тиберий II относно опрощаването на просрочени и неплатени данъци, което е приемливо само по изключение и като мярка, основана на трудната икономическа ситуация на данъкоплатците. С това Díaz Bautista подчертава акцесорния характер на личните обезпечения за чужда дейност, в противовес на една *praxis*, силно повлияна от гръцката *engue* (εγγύηση), която обаче е субсидиарна, но не и акцесорна гаранция, и също е по отношение на чужда дейност, независимо дали с нея се създава или не облигационно отношение.

В продължение на същите изследвания през 1982 г. авторът публикува статията „Банковите гаранции в Юстиниановото законодателство“ (***Les garanties bancaires dans la législation de Justinien***)⁹, в която е отразена тенденцията за редуциране на абстрактния характер на сделките в Юстиниановото законодателство, което от своя страна е израз на морализаторския характер и естественоправните възгледи, въплътени в следкласическото римско право. Според него „каузализацията“ е свързана с правораздаването, докато абстрактността е установена в отговор на изискванията за правна сигурност. В статията се слага началото на изследванията на Díaz Bautista по отношение на *kazara antifonesis*, които кристализират в монографията „Изследвания за банките във Византия – банкови сделки в Юстиниановото законодателство“ (***Estudios sobre la banca bizantina (negocios bancarios en la legislación de Justiniano)***). Така *antifonesis* е договор за банкова гаранция, с който банкерът приема задължение по настоящ или бъдещ дълг на свой клиент, който да плати на определено място. Това е едно абстрактно задължение на банкера към кредитор на своя клиент, като при направено искане за плащане този кредитор трябва само да докаже съществуването на обезпеченото задължение и банкерът не може да му противопостави възражения, които не са свързани с това задължение. Така *antifonetes* е една независима гаранция, както е и *engetes* (εγγυήσεις) в гръцката практика.

Позицията на банкера, който приема задължение като *kazara antifonesis* е много по-откъсната от основното правоотношение, отколкото

⁹ Вж. DÍAZ BAUTISTA, Antonio. Las garantías bancarias dans la législation de Justinien. – *RIDA*, Vol. 30, 1983, p. 81 ss.

при *engue*, при което гарантът (*engetes*) трябва да плати, ако основният длъжник не изпълни задължението, докато банкерът, който е обвързан с *antifonesis*, няма право да претендира, че кредиторът трябва да се обърне първо към длъжника и едва след това – към него. Банкерът трябва да плати дори и ако задължението между кредитора и длъжника не е възникнало. При регресен иск срещу клиента той може да се позове на несъществуването на дълга и тогава тежестта на доказването преминава към банкера, както е установено още с реформата на император Каракала. Тогава в случай на *antifonetes* банкерът трябва да се обърне към кредитора, като се позове на несъществуването на дълга и да упражни *condictio liberationis*, ако плащането още не е извършено, или *condictio indebiti*, ако вече е извършено.

Тази уредба е твърде неблагоприятна за банкерите и те принуждават Юстиниан да редактира Едикт 9 (Ed. 9), който задължава съставянето на писмен документ за приемане плащането на дълга на клиента от страна на банката с цел по-нататъшно претендиране на неговото реално съществуване, а не само с устна уговорка, основана на доверието между банката и клиента.

Според автора има съществена прилика между *kazara antifonesis* с класическия *receptum argentarii*, който има същата цел. Всъщност Юстиниан не го отменя и го откриваме уреден в CJ. 4.18.2, където се слива с *constitutum*¹⁰. Връзката между тези две правни фигури (*kazara antifonesis* и *receptum argentarii*) е очевидна, тъй като и двете имат функции на банкова гаранция, но в Юстиниановото законодателство банкерът, който приема да плати дълга на свой клиент, не може да ползва нито *querella non numeratae pecuniae*, нито *exceptio non numeratae pecuniae*¹¹, нито каквото и да е друго възражение срещу кредитора на своя клиент.

През 1983, в *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* (RIDA) Díaz Bautista публикува статията „Интерцесията на жените според Юстиниано-

¹⁰ Детайлен и актуализиран труд относно *receptum argentarii* е съчинението на RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Ana M. El *receptum argentarii* en el Derecho romano clásico: una propuesta de análisis. – En: *Boletín Oficial del Estado*, 2004.

¹¹ Тези въпроси са детайлно изследвани от проф. Consuelo Carrasco García в съчинението ѝ “Supuestos de hecho de la “*exceptio non numeratae pecuniae*” en el Derecho romano”. Madrid, Dykinson, 2000.

вото законодателство“ (*L'Intercession des femmes dans la législation de Justinien*). В нея той анализира уредбата, съдържаща се в конституцията в CJ. 4.29.22–25, издадена от Юстиниан през 530–531 г., като приема, че тя е „една последна стъпка в продължителната традиция,... започнала още по времето на Октавиан Август и Клавдий“¹². Авторът прави допълнително уточнение относно прилагането на *Senatusconsultum Veleianum* от 46 г. сл.Хр., като забраната за интерцедиране според разпореждането на Юстиниан се превръща в *lex perfecta*, като нарушаването ѝ води до нищожност *ipso iure* (р. 88). Изследването е посветено и на NJ. 134.8 (р. 92) (*Authentica si qua mulier*) от 556 г., която оказва сериозно влияние върху средновековното право и макар и да е дерогирана в испанското право, все още разпоредбите ѝ са запазени в действащата Компиляция на Каталуния.¹³

Плод на всички тези изследвания е публикуването на монографията „Изследвания за банките във Византия“ (*Estudios sobre la banca bizantina*),¹⁴ в която авторът развива тезата си за „взаимодействието между класицизма и вулгаризацията на правото, между елинизма и романизма, от които е проникнато цялото правно мислене в Юстиниановия период“. В предговора на книгата той подчертава личните и научни мотиви, които са го подтикнали за написването ѝ: както интересът към правната действителност, която съпътства банковата дейност, но също и систематичната уредба на тези въпроси в Новелите на Юстиниан, които са лайтмотив в съчинението.

За разкриването на особеностите на правната уредба относно банките Díaz Bautista използва латинския превод на Новелите на Schöll и Kroll (6. ed., 1954), но акцентира и на анализа на оригиналните текстове, който прави особено внимателно и задълбочено, за да отстрани някои неточности и противоречия в латинската версия. Той се позовава на *Manuale Novellarum Justiniani*, публикуван от Van der Wal през 1964 г., като във Въ-

¹² Същината на статията е да се анализират контрастът и еволюцията на правото на жените да обезпечават чужд дълг от времето на Август до Юстиниан, като се приема, че „повече от 5 години по-късно последната норма по този въпрос отново повтаря забраната... и това затваря кръга, като че ли се подчинява на капризния закон на историческата геометрия.“ (р. 99).

¹³ Става въпрос за чл. 321–322 на Компиляцията от граждански закони на Каталуния и, по-специално – за Закон 40/60 от 21 юли, сега вече отменен.

¹⁴ Издадена от Университета в Мурсия, 1987 г.

ведението (р. 10) отбелязва, че „без неговото консултиране не бихме могли да изпълним целите на настоящия труд“ и че „усърдният труд на систематизиране на текстове ни позволи да открием и други фрагменти, относими към темата на изследването, които се намират и на други места, където се разглеждат такива проблеми“.

Все пак, въпреки признанието, направено от автора за несъмнения принос на двете конституции на Юстиниан и скромността, с която той представя, макар и с риск, по нов начин техните заключения, е изненадваща липсата на предишни изследвания в тази материя. В монографията се разкриват с пълна яснота заключения, непубликувани до момента, които я правят крайъгълен камък за изследване на банковите институции в Източната римска империя.

В рамките на пет раздела Díaz Bautista анализира три текста (NJ. 136; Ed. 7 и Ed. 9), които Юстиниан посвещава на правната уредба на банките и дейността на банкерите.

В **първия раздел** се детайлизира използваната при редактирането на банковите документи формула, като се анализират изразите и тяхното значение според правната уредба на материята в източниците. В тази връзка следва да се отбележи предположението, че може би тези документи могат да бъдат групирани по различен начин според наименованието и функциите им. Отбелязва се, че докато в някои случаи е подчертан цифровият или аритметичен характер (*logocesia* или *logismoí*) поради относимостта им към счетоводните записи, в други случаи говорим за *idiocheira* или *grammata*, които са документи, написани от самите участници, макар че в източниците се използва наименованието *chirografa*. В този смисъл особено илюстративно е споменаването в Ed. 9.2.1 на *antisyngrafoi*, което се отнася до документ, съставен в два екземпляра. Според тенденцията, развитата от *extraordinaria cognitio*, в Юстиниановото законодателство се съдържа определена градация, макар и не особено отчетлива, но достатъчно забележима, за различните видове документи в зависимост от степента на тяхната доказателствена стойност според гаранциите за автентичността им при тяхното изготвяне (р. 17).

Нотариалният документ (*agoraios symbolaios*) заема междинно положение между официалните удостоверявания с публичен характер и частните документи... Самият нотариус не е императорски служител, но неговите вписвания имат значение на публични документи, като доказателствената им сила е увеличена в Юстиниановото право (р. 18). То установява и една пълна система на документно удостоверяване, анализирано в текста¹⁵.

От р. 22 насетне в резултат на задълбочен анализ на източниците, авторът въвежда класификация на банковите документи, като отбелязва че корпорацията на банкерите се създава от императора в последната част на края на Ed. 7 PR (от 542 г.) и че банковите документи вече са без взаимно писмено документиране (р. 24). По този начин в текста се споменават само напълно едностранни документи (счетоводни записи на кредитора), като в резултат на натиска от страна на банкерите над императора се придава доказателствена стойност¹⁶ на документите, създадени от едната страна и предадени на другата като доказателство за съществуването на задължението. Всъщност с предоставянето на тези документи на контрагента по сделката, който е и правно задълженото лице, се доказва постигането на съгласие, което е специфично за следкласическото право (р. 23).

В § 6 се анализира ефективността на създадената от императора в NJ. 136.4 и 5 уредба по отношение на пакта, с който се уговаря лихва. Тази уредба контрастира с традиционното регулиране на римското право, което лишава този вид пакт от самостоятелна правна сила¹⁷. Юстиниан отива още по-далече, като предписва че лихвата се дължи в предписания от законите размер, т.е. тя се уговаря от банкерите до 8% и не само със стипуляция, но дори и без писмен документ (р. 36).

Авторът също така анализира правната уредба, съдържаща се в Ed. 9.3 относно *allelengyon* – институт, предполагащ солидарно доверие, като се фокусира върху въпроса, че за да се установи възможност за прехвърляне на дълга на наследниците е необходимо писмено поемане на за-

¹⁵ Разгледано в детайли в § 8.

¹⁶ Вж. р. 23. В § 5 се анализират детайлно правните и социалните предпоставки, които водят до признаване на доказателствена сила на различни едностранни декларации.

¹⁷ Вж. D. 19.5.24, Afr. 8 *quaest*, цитирана в п. 47.

дължението, като по този начин се изключват другите начини на доказване и се придава специален статут на този способ (р. 39).

В § 7 се съдържа анализ на документите, съставяни от длъжника и предоставени на кредитора като доказателство за съществуването на задължението. В тази връзка авторът отбелязва, че от особено значение за bankerите, така както е отразено в Ed. 7.2.pr., е да се даде доказателствена стойност на тези частни документи, когато те са създадени от длъжника. Причината, посочена от bankerите като обяснение защо много от тези документи не са в официалната публична форма (*symbolaia*) е особено любопитна: bankerите често договаряли с много от представителите на висшите съсловия, които не искат публичност за своите сделки, и особено за своите дългове (дори понякога предпочитат да изглеждат по-големи, а не по-малки – вж. р. 40).

Анализът на неясната и сложна формулировка на Ed. 7.2.1 води Díaz Bautista до несъгласие с Van der Wal, като интерпретацията на първите няколко изречения от текста е в смисъл, че ако тези документи са представени като съставени еднолично от клиентите на банкера, те не могат да бъдат оспорени дори с клетва нито от техния съставител, нито от наследниците му, а не може и да се направи *exceptio non numeratae pecuniae* (р. 44). Авторът разглежда произхода на това възражение (*exceptio*) на следващите страници.

По отношение на презумпцията за валидност и надеждност на операциите, отразени в банковите документи, в § 10 (р. 50 ss.) авторът обсъжда уредбата в Ed. 9.2.1, насочена към тези частни документи, отразяващи изходящи и входящи потоци на парите¹⁸, във връзка с установената от Юстиниан принципна неделимост на банковите вписвания по сметките: нито една от страните не може да приеме едно вписване и да отхвърли друго, не може да приеме нещо, с което се обогатява, и да отхвърли това, с което се задължава (р. 51). Принципът, който авторът подчертава в класическите текстове¹⁹, се съдържа в съвременното право (напр. чл. 1228 и 1229 на ГК на Испания). Той описва също и уредбата, съдържаща се в Ed. 9.7, според

¹⁸ Това според Díaz Bautista е във връзка с традиционния *codex accepti et depensi* – р. 51.

¹⁹ Paul. 6 ad Sub. D. 26.7.16 и Paul. 4 resp. D. 16.3.26.2, цитирани на р. 53–54.

която несъответствията могат да се преодолеят само с представянето на съответни документи (р. 56 ss.).

Вторият раздел е посветен на анализа на NJ. 136.3 и, по-специално – на изучаването на един въпрос, с който авторът се занимава през цялата си изследователска кариера: реалната суброгация. Този институт, чужд на класическото римско право, се появява в източниците от покъсната епоха, като носи в себе си идеята от гръцкото право, че когато нещо се придобие с чужди пари, кредиторът има вещно право (право на собственост или по-общо залог или ипотека) върху придобитото имущество²⁰. Както подчертава Díaz Bautista, става въпрос за парадигматичен пример за гръцкото влияние върху Юстиниановото законодателство в областта на банковото право (р. 60). Другите изследвания на автора продължават да представят съществуването на този принцип в Римското право²¹.

При изследването на NJ. 136.3 се достига до заключението, от правотехническа гледна точка, че императорът приема, че дадените назаем пари за придобиване на вещи всъщност остават в собственост на банкерите, следователно и закупените вещи принадлежат на тях, и по тази причина те имат привилегировано положение въз основа на едно вещно право²². Както се посочва в § 2 (р. 62), аргументацията на банкерите съответства на правната техника, продиктувана от посткласическата вулгаризация на правните понятия във връзка с проблемите в икономическата сфера. Това е вплътено в идеята, че използваните назаем пари са на банкерите, съответно техни са и закупените стоки.

²⁰ Такава правна аберация е мотивирана не само от влиянието на гръцкото право, но и от необходимостта от правна сигурност, защото ако банкерите считат, че могат да станат собственици на вещите, закупени с парите от кредита, те ще бъдат по-склонни да отпускат заеми, необходими за закупуване на стоки; от гледна точка на икономическата политика кредитният оборот е от съществено значение за развитието на държавата и обществото (р. 105).

²¹ Вж. "La venta real". – En: *El Derecho comercial. De Roma al Derecho moderno*, IX Congreso internacional, XII Iberoamericano de Derecho romano. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, p. 13.

²² В този контекст се включва, според автора (р. 97), разпоредбата на CJ. 8.13 (14), 27, която е срещу банкерите и другите търговци независимо от привилегиите, дадени им с NJ. 136.2, като в случая се защитават съдружниците, призовани на военна служба. Става въпрос за своеобразна "тацитна ипотека", привнесена от гръцкото в римското право, която дава истинска собственост върху закупените с кредита вещи (в случай на неплащане на дълга) в рамките на разпоредбите на NJ. 136.3 – това изрично е подчертано от автора на р. 99.

По повод на анализ на произхода на този институт, който силно контрастира с римската правна традиция (според която при заема парите стават собственост на кредитополучателя и това не се отразява на задължението за връщането им по силата на договора за заем²³), авторът представя т.нар. „нередовен влог“, който според него очевидно се явява като еквивалент на заема и също е една нетипична правна фигура. Той счита, и това е господстващото мнение, че в случая е налице посткласически или Юстинианов институт²⁴.

За да обясни фигурата на реалната суброгация, авторът прави анализ на заема по гръцкото право и цитира изследването на Н. J. Wolff,²⁵ според което в гръцкото право собствеността върху заетите пари не се прехвърля върху заемателя и ако той не върне заема се счита за деликвент, т.е. уврежда чуждо имущество и по тази причина и искът срещу заемателя има деликтен характер.

Разработвайки темата за затрудненията на византийските банкери, авторът разсъждава относно характеристиката на парите като заместими вещи²⁶. Освен това, както е посочено в § 9, според аргументацията в NJ. 136.3 правното положение на купувача изглежда твърде объркващо. Както твърди Díaz Bautista,²⁷ купувачът не се счита за такъв, докато не плати цената, но той е задължен именно като купувач да я плати. Следователно той счита, че ако цената по покупко-продажбата е платена от трето лице, собствеността чрез съответния прехвърлителен акт преминава към купувача, независимо че не той е платил. Същата логика се използва и в случая, когато цената е платена с „чужди пари“, т.е. със заети пари – собстве-

²³ Независимо от това, в § 5 (р. 67–69) Díaz Bautista предупреждава, че още от архаичното римско право могат да бъдат проследени аргументи, които доказват, че кредитополучателят не придобива правото на собственост върху дадените назаем пари от момента на получаването им. В този смисъл вж. становището на Улпиан в D. 50.16.213.1 във връзка с *reconciliatio mutui* и потвърдения заем *ex post facto*.

²⁴ Вж. р. 65, н. 6, където са цитирани Longo, Arangio Ruiz, Bonfante и др.

²⁵ WOLFF, H. J. Die Grundlagen des griechisches Vertragsrechts. – En: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (ZS)*, Vol. 74, 1957, p. 66, n. 8.

²⁶ Вж. DÍAZ BAUTISTA, A. La reivindicación de cosas genéricas. – In: *Estudios jurídicos “in memoriam” del profesor Alfredo Calonge*. Vol. 1. 2002. В § 6, р. 69 на монографията той представя вътрешно присъщата невъзможност за ревандикиране на придобитите със заема вещи, като изпреварващо се поставят въпроси от една по-късно развита тема за ревандикацията.

²⁷ Вж. р. 76, с цитиране на IGai 3.139, и Ulp. 1 ad Sab. D. 18.1.2.1.

ността преминава към купувача, а не към този, който го е финансирал²⁸. Въпреки тази напълно ясна римскоправна концепция, която отличава продажбата от заема, императорските рескрипти (още от Каракала в CJ. 4.50.1 и по-късно при Гордиан и Диоклециан²⁹) изобилстват с примери за силния елинистичен натиск по този въпрос и отдалечаването от класическото римско разрешение³⁰.

Третият раздел на изследването е посветен на суброгационния иск и на тацитната ипотека така, както са описани в Ed. 7.3, а също и техните прецеденти според уредбата в NJ. 136.5. Едикт 7 е издаден през 542 г. и според автора е резултат от драматичните събития през същата тази година (чумна епидемия, война с персийския цар Хозрой I, икономическа криза и пр.). В тази ситуация банкерът Barsymes е назначен за *Comes sacrarum largitionum* и поставен начело на имперските финанси. Това обяснява и факта, че императорът е готов да се отдалечи от римската традиция по кредитните отношения и, макар и частично, да се съобрази с исканията на банкерите.

Така в NJ. 136.5.pr. (която несъмнено е издадена преди Ed. 7 – вж. на р. 106), според Díaz Bautista (р. 108) натискът на банкерите е удовлетворен в три насоки: (1) ограничаване на използването на *exceptio non numeratae pecuniae*, (2) създаване на ипотека върху имуществото на длъжника и (3) предоставяне на 8% лихви по кредитите, дори и това да не е уговорено изрично и писмено. В първия параграф на раздела (р. 109) подробно е разгледано възражението (*exceptio non numeratae pecuniae*). Императорът явно се е стремил да ограничи неговото приложение³¹. С типичния си реторичен стил авторът разглежда хипотезите, при които едно лице е било особено невнимателно или принудено да подпише дългов документ, без да е получило уговорената сума пари (р. 110). Що се отнася до 8% годишна лихва

²⁸ Вж. р. 77, където се цитира Partsch (n. 21).

²⁹ Вж. позицията, изразена в CJ. 3.32.12, където се счита че "*Inciuiie atque inusitatum est quod postulas...*" (р. 84).

³⁰ Според гръцкото право прехвърлянето на собствеността става с плащането на цената или с подписването на документа, както твърди Pringsheim (цитиран от автора на р. 86, n. 24, макар че според Гай това е принцип, възприет в правото на народите – вж. IGai 2.1.41, cit. р. 90). Влиянието на тази концепция в римското право е анализирана по-късно от DÍAZ BAUTISTA, A. La venta "real" precitado.

³¹ Това е изрично установено в NJ. 18.8.9, цитирана на р. 110, n. 16.

без необходимост от изричен пакт, според римската традиция се е давал иск само ако тя е уговорена със стипуляция, придружена с реално *datio* на уговорения заем. В тази връзка авторът цитира становищата на Kaser и Rotondi, според които лихвата е „естествен“ елемент на банковите сделки (р. 112).

В § 4 е разгледана обстойно вещната гаранция за кредиторите – учредяването на ипотека върху имуществото на длъжника. В текста се проявява известно колебание у императора и търсене на компромисно решение, за да се удовлетворят от една страна интересите на банкерите, а, от друга – да не се стигне до автоматично налагане на вещно обезпечение за всеки заем. Временното разрешение е да се позволи създаването на ипотека върху имуществото на длъжника по силата на каквото и да е споменаване за това в договора, без да е необходимо изричното ѝ и отделно учредяване. Авторът обяснява това по следния начин: Юстиниан за момента се въздържа да обяви учредяването на тацитна ипотека, но сякаш се примирява с т.нар. презумирана ипотека. Банкерите явно са настоявали ипотеката да се създава автоматично в полза на банката като резултат от сключения договор за заем, или по-скоро от съществуването на дълг на клиента спрямо банката. Императорът обаче не одобрява това и изисква волеизявление за създаване на ипотека като гаранция за интересите на клиентите, но дава възможност то да бъде направено по всякакъв начин, а не непременно изрично, стига да е достатъчно ясно и да не се пораждат противоречиви тълкувания (р. 115).

След това въведение в § 6 (р. 118) се разглежда искането, съдържащо се в Ed. 7.3, да се предоставя на банкери суброгационен иск срещу длъжници на своите кредитополучатели, ако починалият не е оставил наследници или ако те са извънредно бедни, но пък е бил кредитор на трети лица, или негово имущество е дадено в залог или е ипотекирано у трети лица.

В първата хипотеза – когато починалият не е оставил наследници или те са извънредно бедни, но има свои длъжници, според Diaz Баутиста е налице възможността в рамките на т.нар *hereditas damnosa* да се призват тези трети лица – длъжници, и те да удовлетворят интереса на кредитора.

Втората хипотеза изглежда съмнително. Макар че текстът е твърде неясен и правната техника е силно вулгаризирана под влияние на гръцката система на реалните обезпечения, след анализ на различните възможности авторът заключава, че всъщност не става въпрос за реална собственост на починалия, а за вещи, принадлежащи на трето лице – негов дължник, които са ипотекирани в полза на починалия за плащането на дълга (р. 121). В този смисъл е едно сериозно изменение на римскоправните институти според новите византийски схващания (р. 122). Този казус има място и ако длъжникът е жив- става въпрос за суброгационен иск, основан на принципа, че цялото имущество на длъжника служи за обезпечаване на неговите дългове и в него са включени не само материални вещи, но и вземания срещу трети лица (р. 123). Концепцията е развита и в съвременното право³², макар че не съществува в класическото римско право³³. Всъщност общият режим на суброгацията е включен в NJ. 135, която вероятно е издадена покъсно от Ed. 7 (р. 130).

Като възприема позицията на Van Der Wal (р. 133, н. 58), авторът тълкува възможността да се упражнят ипотечните искове „по начин, който да позволи на ищците да ги предявят все едно че те произтичат от самите договори с банкерите, макар и в документите да не е изрично спомената ипотека, но пък е ясно, че тези кредитори имат някаква привилегия спрямо последващите по време кредитори“ (р. 131). В този смисъл се счита че банкерите (или техните кредитори, ако самите банкери са кредитополучатели, които от своя страна кредитират други лица) имат право да упражнят ипотечните искове на своите длъжници срещу трети лица, макар и да няма изрично учредена ипотека, тъй като тя се счита за „естествена“ и произтичаща от самия договор с банкер (р. 133). От източниците сякаш не може да се предполага друга интерпретация на нормативната уредба освен тази за упражняването на суброгацията и съответно упражняване на исковите на длъжника срещу третите лица.

³² Както е постановено в чл. 1.111 на испанския ГК, цитиран на р. 123, н. 28.

³³ Díaz Bautista цитира на р. 124 *actio Serviana ficticia* и *actio Rutiliana* със субективна транспозиция на *bonorum emptor*. Възможността да се блокират кредитите на осъденото лице чрез *pignus in causa iudicati captum* в когнитивния процес се съдържа в *Ulp. 3 de off. cos. D. 42.1.15.8* и според автора е форма на суброгиране в исковите на длъжника. Срв. DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, Adolfo A: *El embargo ejecutivo en el proceso cognitorio romano (pignus in causa iudicati captum)*. Madrid, Marcial Pons, 2013.

Това е нов вид ипотека върху имуществото на длъжника, установена в Ed. 7.3, наричана в романистиката „тацитна“, и тя е различна от тази, предвидена в NJ. 136.5, разгледана по-горе. Тази ипотека се презумира въз основа на клаузите по договора, според които имуществото на длъжника служи за обезпечаване на вземането на кредитора – всеки израз в договора, дори и да не е непременно за ипотека, се тълкува в този смисъл. В този случай *de iure* целият патримониум на длъжника е резервиран в полза кредитора, поради което може да се счита че е налице законна ипотека, т.е. наложена от закона³⁴. От друга гледна точка тя се определя като обща ипотека, т.е. върху цялото имущество на длъжника (р. 140).

В **четвъртия раздел** на съчинението се обсъжда съотношението между NJ. 4, NJ. 136.pr. и Ed. 7.4. Така в NJ. 4 се изисква искът да се насочи първо срещу длъжника, а едва след това срещу поръчителя, ако има такъв. Императорът оправдава тази мярка, като твърди че става въпрос за „възстановяването на стария закон“, който неоправдано е изведен от употреба и следва отново да бъде въведен в сила с допълнението, че това е богоугодно дело, макар че тази част на конституцията не е особено ясна³⁵. Принципно това правило за субсидиарната отговорност на поръчителя е характерно за следкласическото право, но в случая изрично е постановено, че то не се прилага, ако длъжникът отсъства и не може да бъде открит, а поръчителят е известен и срещу него може да се предяви иск³⁶.

По отношение на *beneficium excussionis* според автора се въвежда цесия на исковите към поръчителите, за да могат да поискат възстановява-

³⁴ Вж. р. 133. Честото споменаване на тацитни ипотеки е свързано с различни основания и е класифицирано от Díaz Bautista в три категории: (1) идеята за тацитно съглашение като „естествен“ елемент на сделката; (2) идеята за реално суброгиране на плащане, определено в пари; (3) защитата на преференциален правен интерес при очевиден риск от неплатежоспособност (р. 135).

³⁵ Вж. р. 143. В п. 6 (р. 144) авторът анализира теориите за това на кой точно „стар“ закон се позовава Юстиниан. Цитира се хипотезата на Куяций, разгледана от Gluck, че такава норма има още в Закона на Дванадесетте таблици, а също и хипотезата на Conradi за *lex Poeteria Papiria*. Díaz Bautista излага своя собствена хипотеза, като съпоставя и цитира D. 46.1.16 и CJ. 8.13.10. от 290 г., според които при обезпеченията може да се насочи пряк иск към лицето, дало гаранция на чужд дълг. Според него Юстиниан има предвид законите, с които се дава *actio depensi* по задължения от стипулации и допълнението за Божията воля е свързано с въвеждане на изключение от старото правило, т.е. съобразяване с реалните условия. Но той допуска и това да е само един риторичен аспект, без историческо основание.

³⁶ Предполага се едно позоваване на Папиниан, чийто произход обаче не е установен. Вж. р. 147, n. 7.

не на платеното от тях от длъжника. Така Díaz Bautista обяснява разрешаването на стария проблем за липсата на регресен иск при *fideiussio* (р. 149).

Като цитира Pothier и Van Der Wal (р. 151, н. 12), авторът припомня традиционното тълкуване за уредбата на тези отношения в Юстиниановото право, което налага принципа за необходимостта от пълното изчерпване на възможностите за удовлетворяване на кредиторите с имуществото на длъжника преди да се пристъпи към изпълнение върху имуществото на поръчителите. Като последица от прилагането на този принцип е търсенето на имущество на длъжника, което се намира у трети лица, както и на чуждо имущество, дадено на длъжника като гаранция, и едва след изчерпване на всички възможности да се търси удовлетворяване от имуществото на поръчителите (р. 152). Тази уредба според изричния текст в конституцията се отнася не само за паричните кредити, но и по отношение на гръцките *bebaiotes* (βεβαιώτες), които са гаранци срещу евикция от страна на трети лица.

В заключение Díaz Bautista счита, че в резултат на тази сложна система кредиторът трябва да предприеме действия в следната последователност:

- (1) да упражни съответния иск срещу основния длъжник;
- (2) да насочи принудително изпълнение върху вещи от имуществото на длъжника, които са в негово притежание;
- (3) да насочи облигационни иски срещу поръчителите;
- (4) да упражни права по ипотечните иски за имущество на длъжника, което се намира у трети лица;
- (5) да насочи иски срещу поръчителите, които са във владение на вещи на длъжника;
- (6) да насочи искане за изпълнение върху ипотекирано имущество, което е в притежание на трети лица (р. 154).

В § 8 (р. 154) авторът разглежда прилагането на тази система по отношение на *kazara antifonesis* според редакцията на NJ. 4.3.1. В *Authenticum* ясно се определя, че банкерите ще се възползват от новата система и “*Argentariorum quippe sponsionibus... in ordine moderno durantibus*”. В случая Díaz Bautista тълкува текста на императорската конституция в смисъл, че се прави съпоставка на новата уредба и се определя кое от

старата остава и кое е заменено. Той подчертава, че в NJ. 136 се съдържа „автентична интерпретация“, че поръчителите могат да се откажат от *beneficium executiois* в момента на учредяване на поръчителството. Така според автора регулирането на *ius cogens*, съдържащо се в NJ. 4.3, е всъщност една норма на *ius dispositivum* (р. 158).

Частта от Ed. 7.4, анализирана в § 22 (р. 161), е свързана с уредбата, която императорът създава за възможността за *datio pro solutum* с пари или движими вещи. Тогава градските магистрати по силата на своите правомощия, съответно провинциалните управители, могат да възложат оценка на недвижимото имущество на длъжника и то изцяло или отчасти да бъде предоставено на кредитора в изпълнение на задължението (р. 163). Според Díaz Bautista даването вместо плащане е общ механизъм в римското право, който се прилага в случаите, когато длъжникът едностранно може да промени дължимата престация³⁷.

В текста се споменават т.нар. „реални гаранции – лица, които са ипотекирали свое имущество за чужд дълг, и по отношение на тях в NJ. 4 се предвижда същият режим тогава, когато се гарантират банкови кредити.

Накрая, в **петия раздел** на монографията, се разглеждат въпросите на *kazara antifonesis*, от гледна точка на аргументацията в предходните глави, както и в статията „*Les garanties bancaires dans la législation de Justinien*“. Като финален извод се приема хипотезата, че Юстиниан всъщност дерогира *receptum argentarii*, и според CJ. 4.18.2 го „възкресява“, макар и с някои видоизменения, под *kazara antifonesis*. Според автора терминът „*antifonesis*“ е субстантивизация от глагола „*antifoneo*“, който най-общо означава „отговарям на предварително зададен въпрос“, а в правен смисъл се използва за учредяване на гаранция в смисъл на „отговаряне за чужди действия“ (р. 169). Този термин не е използван на други места в Новелите на Юстиниан, нито пък е често срещан в гръцкото право³⁸. Според автора *kazara* в светлината на тълкуваните текстове от Новелите е вариант на *engye*, като само в банковите отношения се използва изразът „*kazara antifonesis*“ за означаване на една абстрактна гаранция, чиято кауза е за-

³⁷ На р. 168, н. 28 е направено позоваване на Цезар и Светоний като литературни източници. Вж. и становището на Kunkel.

³⁸ На р. 169, н. 2 и 3 са цитирани Bortolucci, Mayr и Beauchet.

дължението на длъжника³⁹. Въз основа на анализ на източниците Díaz Bautista полемизира доколко е налице идентификация на *kazara antifonesis* с *constitutum possessorium*, което е един класически институт, и най-вече след реформите на император Каракала се възприема като каузална гаранция, изучавана понякога и като противоположност на *kazara antifonesis*, доколкото става въпрос за каузални вербално поети задължения⁴⁰, или такива, при които е налице противопоставяне на длъжника (р. 177).

Основната проблематика в Ed. 9 е противопоставяне на длъжниците чрез възражения, свързани с главното задължение, срещу искането на кредитора за изпълнение. В случаите, когато банкерът не може да докаже съществуването на дълга, искът няма да бъде удовлетворен и, ако е извършено частично или цялостно плащане, може да се предяви *condictio indebiti*, предхождана от *condictio liberationis* (р. 184). Възприема се принципът на каузалността по отношение на всякакви допълнителни уговорки по договора, включително и за обезпечаване на изпълнението. Дори когато гаранцията е едно абстрактно задължение, основният дълг трябва да съществува и във връзка с това могат да се предявяват съответните възражения в процеса, а ако е извършено плащане от поръчителя, той има право на регресен иск срещу длъжника, ако той не е оспорил съществуването на основния дълг. Това е установено в Ed. 9 и *kazara antifonesis* се явява един по-отворен режим от този на вербалните обезпечения⁴¹.

Като се анализира този институт, в § 12 (р. 190) се развива основната теза на автора, че функцията на *kazara antifonesis* е абсолютно същата като на римския *receptum argentarii*. Това твърдение е основано на едно очевидно и формално противоречие между Ed. 9 и CJ. 4.18.2, което е интерпретирано в доктрината като изрична отмяна на *receptum argentarii*, и замяната му с *constitutum*. Според автора обаче това е неточна интерпретация, която не е основана на цялостен анализ на източниците, и банкериите всъщност имат право да приемат всякакви абстрактни гаранции за из-

³⁹ От гледна точка на кредитора може да се предяви иск направо срещу банкера гарант, без да се търси преди това дългът от самия длъжник, макар че *kazara antifonesis* е изрично изключена от този режим, както е обяснено от Díaz Bautista на р. 181.

⁴⁰ Става въпрос за гаранциите, описани в Paul 3 *quaest.* D. 22.3.25.4 и CJ. 4.30.13, цитирани на р. 176, п. 21 и 22.

⁴¹ Авторът подчертава странната реализация на вербалните банкови договори в документирания ясно контекст на следкласическото право.

пълнение на своите вземания. Така той се противопоставя на доктрината, която впрочем не приема единно становище⁴², като приема идентичността на *kazara antifonesis* и *receptum argentari*⁴³ въз основа на тълкуването на CJ. 4.18.2, макар и да отбелязва, че са напълно неизвестни причините на Юстиниан да декларира негативно отношение към *receptum argentarii*, и дали това съответства на действителността, или е груба грешка и явна несправедливост⁴⁴.

При съпоставянето на различните норми авторът се опитва да обясни противоречието, като приема че преди създаването на тази уредба, според римската класическа традиция, bankerите принципно приемат изплащането на необезпечени дългове. С намесата на Юстиниан се поставя въпрос за каузалността като основен принцип, възможността да предявяване на възражения и търсене на регресна отговорност. Малко по-късно Ed. 9 отново постановява абстрактния характер на задълженията, включително и по отношение на регресните искове, в търсене на адекватни мерки за привеждане на нормативната уредба в съответствие с реалната практика на банковите сделки.

В заключение може да се каже, че с поредица от статии и една значима монография се прави значителен принос по отношение на една малко изследвана проблематика не само в испанската романистика. Той може да бъде в основата на по-нататъшни изследвания на банковото право, на възприемането на римскоправните разрешения в средновековното облигационно право и на рецепцията им в съвременните правни системи.

⁴² На р. 153 е цитирано мнението на Astuti.

⁴³ На р. 195 се цитират Partsch и Collinet, които считат че *receptum* е въведен в римското право под влияние на елинистичната практика, докато други автори (Astuti, Frezza) аргументират връзката между *receptum* и *antifónesis*.

⁴⁴ Вж. р. 196. Поставят се в дискуссионен план два интересни въпроса: отношението на Юстиниан към абстрактните сделки и твърденията в източниците натиск от страна на bankerските корпорации.