

„CONTRA IUS PRONUNTIARE“
ЗА НЕДЕЙСТВИТЕЛНОСТТА НА СЪДЕБНОТО
РЕШЕНИЕ, ИЗДАДENO В ПРОТИВОРЕЧИЕ С
ПРАВОТО В КЪСНОКЛАСИЧЕСКАТА РИМСКА
ЮРИСПРУДЕНЦИЯ*

Проф. д.н. Даниил Тузов

Санкт-Петербургски държавен университет, Руска федерация

Резюме: В противоречие с основния модел на конструкция на Глосата и следван в максимална степен от съвременната доктрина, се предполага, че римската юриспруденция не познава едно правило по отношение на *sententiae contra constitutiones* (или най-общо *contra ius*) *datae*. Твърди се, че и в тази материя, както във връзка с много други правни проблеми, представителите на юриспруденцията в индивидуализирането на едно основание за нищожността на решението, противоречащо на правото се ръководят от отделните конкретни казуси и тенденциозно избягват да формулират абстрактни правила за поведение. Техните становища не винаги съвпадат помежду си, което спомага да се формира и развие това особено явление, наречено *ius controversum*. Прави се заключението, че прочутият принцип на Мацер (D. 49.8.1.2), базиран на противопоставянето между решенията *contra ius constitutionis* и тези *contra ius litigatoris*, е само едно от възможните основания за недействителност на решението и отразява по-скоро едно лично мнение на юриста, отколкото един консолидиран принцип, които е общоприет от римската юриспруденция. Анализирани са следните източници: *Mac. 2 de appell. D. 49.8.1.2; Call. 3 cogn. D. 42.1.32; Ulp. 11 ad ed. D. 4.4.11.2; Alex. C. 7.64.2; Mod. l. sing. de enucl. cas. D. 49.1.19; Mod. 1 resp. D. 42.1.27.*

* Статията е отпечатана под заглавие 'Contra ius pronuntiare'. Sull'invalidità della sentenza contraria a diritto nella riflessione giurisprudenziale tardoclassica. – In: *Zeszyty Prawnicze*, 2016, no. 1, p. 219-236, и е предоставена за превод и публикуване на български език в списанието с изричното съгласие на автора.

Ключови думи: римско право, *cognitio extra ordinem*, римски граждански процес, *sententia contra ius*, *sententia contra constitutiones*, нищожност на съдебното решение;

**„CONTRA IUS PRONUNTIARE“
ABOUT INVALIDITY OF JUDGEMENTS IN
BREACH OF SUBSTANTIVE LAW IN THE LATE
CLASSICAL ROMAN JURISTS**

Prof. Daniil Tuzov, DSc

University of St. Petersburg, Russian federation

Abstract: Contrary to the general pattern of construction outlined already in the Glossa and generally shared by the modern doctrine, it is assumed that Roman jurisprudence did not shape a rule regarding *sententiae contra constitutiones* (or, in general, *contra ius*) datae. It is argued that in this matter, as in many other legal issues, the *iuris prudentes* identifying the nullity criteria for a judgment in breach of substantive law proceeded from particular concrete cases and avoided, as a rule, formulating abstract rules; their opinions did not always match, which brought about the development of a particular phenomenon known as *ius controversum*. It is concluded that the wellknown principle put forward by Macer (D. 49.8.1.2), and based on the opposition of the judgments *contra ius constitutionis* and *contra ius litigatoris*, is only one of a number of possible nullity criteria, which reflects a personal opinion of this lawyer, rather than a well-established principle generally accepted by the Roman jurisprudence. Particular attention is paid to the following sources: Mac. 2 de appell. D. 49.8.1.2; Call. 3 cogn. D. 42.1.32; Ulp. 11 ad ed. D. 4.4.11.2; Alex. C. 7.64.2; Mod. l. sing. de enucl. cas. D. 49.1.19; Mod. 1 resp. D. 42.1.27.

Keywords: Roman law, *cognitio extra ordinem*, Roman civil procedure, *sententia contra ius*, *sententia contra constitutiones*, nullity of judgment;

1. ВСТЪПИТЕЛНИ БЕЛЕЖКИ

Противоречието на съдебното решение или на друг правен акт с подобен характер с императорските *constitutiones*, с *leges* или в най-общ план – с *ius*, е най-значимото основание за недействителност, което в къснокласическата епоха се добавя към другите принципи, формирани в рамките на процеса (*ordo*)¹. Става въпрос за един-единствен случай в римското право, при който нищожността на процеса се дължи на допуснатата несправедливост в него поради порок *in iudicando* или *in procedendo*, като при това се привеждат не процесуални мотиви, а по същество. Това основание за нищожност се появява едва при *cognitio extra ordinem*, при това в къснокласическата епоха, и по-точно – по времето на Северите². В римския граждански процес – *ordo iudiciorum privatorum*, съдебното решение по принцип се счита за нищожно само поради процесуални съображения или ако, макар и формално да е перфектно, то е неприложимо или с неясно съдържание. Валидността на решението „е напълно независима от неговата справедливост“³. И е напълно естествено, че със създаването на това ново основание за недействителност „санкцията, която римското право придава на *error in iudicando* [...] е [...] всъщност разширяване на концепцията за несъществуване на решение [...], принципно прилагана само за случаите на най-тежки *errores in procedendo*“⁴.

Основният проблем е точно да се определи критерият, според който съдебното решение (или друг правораздавателен акт), което се отклонява в своето съдържание от нормативното предписание, съдържащо се в императорска конституция или в друг източник на правото, може да се счита за нищожно. Според преобладаващото становище в доктрината се поддържа, че за да бъде обявено съдебното решение за нищожно, не е достатъчно да бъде в

¹ Вж. ORESTANO, R. *L'appello civile in diritto romano*. 2. ed. Torino, 1953, p. 276 s.

² Срв. CALAMANDREI, P. *La cassazione*. 1. *Storia e legislazioni*. Milano ; Torino ; Roma, 1920, p. 53 ss.; LAURIA, M. 'Contra constitutiones': primi appunti. Napoli, 1927, със заглавие 'Contra constitutiones'. – In: *Studi e ricordi*, Napoli, 1983, p. 79 s. (по-нататък цитирам това издание); ORESTANO, R. *L'appello*, cit., p. 278 s.; PUGLIESE, G. *Note sull'ingiustizia della sentenza nel diritto romano*. – In: *Studi in onore di Emilio Betti*, Vol. 3. Milano, 1962, p. 775 s.; RAGGI, L. *La 'restitutio in integrum' nella 'cognitio extra ordinem'*. Contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica. Milano, 1965, p. 317 ss.

³ Вж. CALAMANDREI, P. *La cassazione*, cit., p. 27. Срв. и LAURIA, M. 'Contra constitutiones', cit., p. 77.

⁴ Вж. CALAMANDREI, P. *La cassazione*, cit., p. 38.

противоречие с правна норма⁵: противоречието трябва да има специални характеристики, традиционно определяни, като се има предвид установеното *Glossa* и в още някои текстове от епохата на Северите.

2. КРИТЕРИЯТ НА МАКРОН (MAC. 2 DE APPELL. D. 49.8.1.2) И ПРЕОБЛАДАВАЩОТО СТАНОВИЩЕ НА ДОКТРИНАТА

Примерният и най-значителен текст по тази материя принадлежи на Макрон:

Mac. 2 de appell. D. 49.8.1.2: Item cum contra sacras constitutiones iudicatur, appellationis necessitas remittitur. contra constitutiones autem iudicatur, cum de iure constitutionis, non de iure litigatoris pronuntiatur. nam si iudex volenti se ex cura muneris vel tutelae beneficio liberorum vel aetatis aut privilegii excusare, dixerit neque filios neque aetatem aut ullum privilegium ad muneris vel tutelae excusationem prodesse, de iure constituto pronuntiasse intellegitur: quod si de iure suo probantem admiserit, sed idcirco contra eum sententiam dixerit, quod negaverit eum de aetate sua aut de numero liberorum probasse, de iure litigatoris pronuntiasse intellegitur: quo casu appellatio necessaria est.

Тук се съдържа известната двустранна връзка *contra ius constitutionis* ↔ *contra ius litigatoris*, считана за крайъгълен камък в цялата доктрина за невалидността на съдебно решение, произнесено в противоречие с правните норми, а също и за самия критерий за такава недействителност. Ако съдията се произнесе че нито броят на децата, нито определена възраст, нито някаква привилегия за ищеца могат да освободят едно лице от участие в публични дейности (*munera*) или от задължения за упражняване на настойничество (т.е. отхвърля, в противоречие с действащото право, съществуването на валидна норма, следователно и неприложимостта ѝ), той се произнася *contra ius constitutionis* и тогава неговото решение – *sententia*, е нищожно. Ако, обратното, съдията не отрича че посочените обстоятелства могат, абстрактно погледнато, да доведат до освобождаване от публични задължения или настойничество, но поради грешка не ги обвързва с личността на ищеца, тогава той се произнася *contra ius litigatoris* и това решение може (и само по тази причина) да се обжалва, което означава, че то се счита за валидно.

Това примерно илюстриране на проблема най-общо е интерпретирано в съвременната доктрина в смисъл, че противоречието с *ius constitutionis*, и оттам

⁵ Срв. най-вече LITEWSKI, W. Die römische Appellation in Zivilsachen. – In: *RIDA*, Vol. 12, 1965, S. 379.

нищожността, е само когато решението по абстрактен начин, като главна предпоставка в силогизма за неговото приемане, приема за действащо право това, което всъщност не е⁶.

Друг въпрос е дали и в каква степен прогласеният от Макрон принцип може да се счете за приет „най-общо“ от римската юриспруденция. По-голямата част от доктрината приема, впрочем, че всъщност концепцията на Макрон признава и изразява по най-подходящия за правото от епохата на Северите начин критерия за нищожност на решенията, които по своето съдържание са в противоречие с правото (*ius*)⁷.

Не може да не се отбележим че принципът, който произтича от буквалното съдържание на текста на Макрон, представлява една чисто теоретична, идеална конструкция, дори, може да се каже, учебен пример. Разграничението, формулирано по този начин от юриста, и проследено от съвременните тълкуватели, не би могло да има, както основателно допуска Lauria⁸, никакво практическо значение. Всъщност твърде ясният пример, даден от Макрон, би представлявал казус, който не би изчерпал в разсъжденията на римските юристи всички хипотези, в които може да се проявява нищожността на решението, произнесено *contra constitutiones*.

Оттам и по-мекото тълкуване на този пасаж, което се дава от средновековната юриспруденция и от немската доктрина на XIX в., според които би било достатъчно нарушаването на правната норма, дори и по имплицитен начин, да произтича от самото решение, за да се счита то за нищожно⁹. Но едно такова тълкуване не ми изглежда приемливо. На първо място, Макрон казва много ясно – дори и само като пример, че съдията трябва открито да отрича съществуването на действаща правна норма (*si iudex dixerit neque [...]*). На второ

⁶ Вж. VASSALLI, F. *Miscellanea critica di diritto romano* (fasc. II: L'Antitesi 'Ius-Facrum' nelle fonti Giustiniane). – In: *Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Perugia*, 1914, Vol. III.12, 1914, и In: *Studi giuridici*, Vol. 3, Milano, 1960, no. 1, p. 389 ss. (по-нататък се позовавам на това издание); CALAMANDREI, P. *La cassazione*, cit., p. 39 ss.

⁷ Вж. напр. VASSALLI, F. *Miscellanea*, cit., p. 390; CALAMANDREI, P. *La cassazione*, cit., p. 46; ORESTANO, R. *L'appello*, cit., p. 279; LITEWSKI, W. *Die römische Appellation*, cit., S. 379 ss.; PERGAMI, F. *L'appello nella legislazione del tardo impero*. Milano, Giuffrè, 2000, p. 261 s.

⁸ Вж. LAURIA, M. 'Contra constitutiones', cit., p. 80 s.

⁹ В този смисъл е и тълкуването у LITEWSKI, W. *Die römische Appellation*, cit., S. 381; APELT, H. *Die Urteilsnichtigkeit im römischen Prozeß*, S. I e a. Schramberg, Gatzert & Hahn, [1937], Beschreibung III, S. 93 f.; KASER, M. und HACKL, K. *Das römische Zivilprozeßrecht*, cit., S. 497, n. 30.

място, такова тълкуване би довело до невъзможност принципът на Макрон да служи като критерий за разграничаване на нищожните от валидните съдебни решения. Всъщност грешката на съдията при тълкуването на правната норма би означавала във всеки случай по подразбиране да се приема принцип, който е несъвместим със самата норма и следователно трябва да доведе нищожността на решението; докато обратното е потвърдено съвсем спокойно и в източниците (предимно в становището на Калистрат, което ще анализирам накратко) – че, напротив, такава грешка, дори и очевидна, не е в състояние да доведе до нищожност на решението.

Да се опитаме да разберем дали наистина в D. 49.8.1.2 става въпрос за общопризнат принцип, който е установен в епохата на Северите, както се поддържа от доктрината. Самата концепция изразява само едно от възможните разрешения на юриспруденцията по проблема за оценката на решението, произнесено в противоречие с норма на материалното право. Обикновено в подкрепа на перфектната теоретична конструкция на Макрон се привеждат някои други сведения от източниците¹⁰, които ще бъдат обект на в този анализ. Да видим в каква степен те наистина потвърждават тази концепция.

3. ГРЕШКА ПО СЪЩЕСТВО В ПРИЛОЖЕНИЕТО НА ПРАВНАТА НОРМА (CALL. 3 COGN. D. 42.1.32)

В потвърждение, посоченият принцип от пасажа на Макрон е най-общо поддържан и в следния текст на Калистрат:

Call. 3 cogn. D. 42.1.32: Cum prolatis constitutionibus contra eas pronuntiat iudex, eo quod non existimat causam de qua iudicat per eas iuari non videtur contra constitutiones sententiam dedisse. ideoque ab eiusmodi sententia appellandum est: alioquin rei iudicatae stabitur.

Текстът на Калистрат прогласява една напълно ясна идея – че не всяко противоречие на решението с правна норма води до нищожност на самото решение и че, по-специално, може да доведе до грешка по същество, т.е. грешка при преценката за приложимостта на дадена норма към конкретния казус. Това твърдение, изцяло негативно формулирано, не казва всъщност нищо за позитивния критерий, въз основа на който може да се поддържа нищожност на

¹⁰ Вж. CALAMANDREI, P. La cassazione, cit., p. 41.

решението поради противоречие с правна норма. Впрочем, разглежданият пасаж, макар и да не противоречи на прогласения от Макрон принцип, не го и потвърждава по позитивен начин¹¹.

4. ПОСЛЕДВАЩО ПОТВЪРЖДЕНИЕ В МАТЕРИЯТА НА *EXCUSATIONES* (ULP. 11 AD ED. D. 4.4.11.2)

В доктрината се поддържа, че опозицията *ius constitutionis* ↔ *ius litigatoris* е въз основа на текст на Улпиан, който разглежда същата материя като Макрон, т.е. *excusatio contra constitutiones* (но в специфичния казус на *excusatio curae*):

Ulp. 11 ad ed. D. 4.4.11.2: Ex facto quaesitum est: adulescentes quidam acceperant curatorem Salvianum quendam nomine: hic cum curam administrasset, beneficio principis urbicam procurationem erat adeptus et apud praetorem se a cura adulescentium excusaverat absentibus eis: adulescentes adierant praetorem desiderantes in integrum adversus eum restitui, quod esset contra constitutiones excusatus. cum enim susceptam tutelam non alii soleant deponere, quam qui trans mare rei publicae causa absunt vel hi qui circa principem sunt occupati, ut in consilarii Menandri Arrii persona est indultum, meruisset autem Salvianus excusationem, adulescentes quasi capti in integrum restitui a praetore desideraverant. Aetrius Severus quia dubitabat, ad imperatorem Severum rettulit: ad quam consultationem successorii eius Venidio Quieto rescripsit nullas partes esse praetoris: neque enim contractum proponi cum minore annis viginti quinque: sed principes intervenire et reducere hunc ad administrationem, qui perperam esset a praetore excusatus.

Един настойник е освободен от настойничество, защото получава по волята на принцепса (*beneficio principis*) назначение в Рим (*procuratio urbana*). Непълнолетните, поставени под неговото настойничество, които не са били призовани в процеса, в който е прието освобождаването му от това задължение (*excusatio*), искат от претора *in integrum restitutio*, сякаш са *capti*, като се мотивират с факта, че това освобождаване е направено в противоречие с императорските конституции (*contra constitutiones*), защото това основание, изтъкнато от настойника и прието от претора, каквото е *procuratio urbana*, не е споменато в тези конституции. Император Септимий Север отговаря, че преторът няма съответна функция по този случай, следователно не може да постанови *in integrum restitutio*, защото няма никакъв договор с лицето, ненавършило 25 години; такава мярка биха могли да постановят само самите

¹¹ Спв. APELT, H. Die Urteilsnichtigkeit, cit., S. 94; BONINI, R. I 'Libri de cognitionibus' di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della 'cognitio extra ordinem'. Vol. I. Milano, Giuffrè, 1964, p. 63 s.; LITEWSKI, W. Die römische Appellation, cit., S. 383.

императори¹², които да върнат обратно настойника в неговите функции по настойничество, от които погрешно (*perperam*) са го освободили.

Традиционно, като се започне от глосаторите¹³, този пасаж е тълкуван в смисъл че прогласява нищожност по право (*ipso iure*) на действията по освобождаване (*excusatio*) на настойника, и че в случая се представя диалектиката *contra ius constitutionis* ↔ *contra ius litigatoris*, потвърждавайки това, което приема и Макрон¹⁴. Но едно такова тълкуване не изглежда напълно сигурно. Вярно е, че на пръв поглед ситуацията, описана от Улпиан, изглежда почти идентична на тази, анализирана от Макрон в D. 49.8.1.2¹⁵: и в двата случая разпоредбата привидно се сблъсква, според терминологията на Макрон (подчертавам – неизползвана от Улпиан) с правото от императорските конституции (*contra ius constitutionis*) с последица нищожност на решението.

Всъщност обаче считам, че има дълбока разлика между двата случая, така както са описани в разгледаните текстове. По-специално, докато Макрон определя недвусмислено решението като нищожно, Улпиан се въздържа от каквато и да е квалификация. Общоприетото тълкуване на Улпиановия текст в смисъл на нищожност на преторското решение (което очевидно би изключило *in integrum restitutio*) се основава на изразите, възприети в императорския рескрипт, и на които се позовава Улпиан – *perperam esset a praetore excusatus e nullas partes esse praetoris*¹⁶. По мое мнение обаче, *perperam* изглежда означава по-скоро „по неправилен начин“, „несправедливо“, „погрешно“, но не и „недействително“, следователно нищо не се казва за валидността на споменатото решение. По отношение на израза „*nullas partes esse praetoris*“, буквално това означава „няма никакво задължение на претора“, следователно просто се отрича приложимостта в този случай на *in integrum restitutio*, без обаче

¹² Споменаването за конституции в множествено число се дължи на факта, че от 198 г. Каракала е император заедно с баща си Септимий Север.

¹³ PANDECTARUM seu Digestum vetus Iuris civilis Tomus Primus. Venetiis, 1581, p. 346: „*Adversus sententiam ipso iure nullam, minor non restituitur, sed res in pristinum statum reducitur per iudicem competentem. Bar.*“; 346 n: „*excusatio data absentibus adolescentibus non tenuit ipso iure*“.

¹⁴ Вж. LAURIA, M. *Ius. Visioni romane e moderne. Lezioni*. 3. ed. Napoli, 1967, p. 249; Id., 'Contra constitutiones', cit., p. 80; RAGGI, L. La 'restitutio', cit., p. 346, 348, 350.

¹⁵ Трябва да се отбележи, че много от мотивите за *excusatio*, предварително въведени за попечителството, по-късно се разпростират и по отношение на настойничеството – вж. по-специално CERVENCA, G. *Studi sulla cura minorum*. 2. In tema di excusationes dalla cura minorum. – In: *BIDR*, Vol. 77, 1974, p. 201 s.

¹⁶ Вж. напр. LAURIA, M. *Ius*, cit., p. 249.

да се обяснява защо. В същото време основанието за неприложимостта на реституторното средство може да бъде не нищожността на *excusatio*, а по-скоро, като се предполага нейната валидност, необходимостта да се използва друг начин за обжалване, различен от *in integrum restitutio*. И наистина, точно за такова средство става въпрос в края на пасажа: *principes intervenire et reducere hunc ad administrationem* [...]. Императорът изглежда тук потвърждава – по общ и абстрактен начин, независимо от представения пред него конкретен казус (*sed principes intervenire et reducere hunc ad administrationem, qui perperam esset a praetore excusatus*), своята собствена компетентност¹⁷, като признава необходимостта от намеса на по-високо ниво¹⁸ и съответно на един различен от самия претор орган, като този орган трябва да вземе решение по въпроса.

Така можем да направим заключение, че Улпиановият текст, макар и да не се противопоставя на концепцията *contra ius constitutionis*, поддържана от Макрон, не дава и никакво позитивно доказателство в нейна подкрепа¹⁹.

5. КРИТЕРИЯТ ЗА ПРЕЦЕНКА В ЕДИН ИМПЕРАТОРСКИ РЕСКРИПТ (ALEX. C. 7.64.2)

В потвърждение на концепцията на Макрон се цитира обикновено една конституция на Александър Север:

Imp. Alexander Severus A. Capitoni C. 7.64.2 pr. (a. 226²⁰): Si, cum inter te et aviam defuncti quaestio de successione esset, iudex datus a praeside provinciae pronuntiavit potuisse defunctum et minorem quattuordecim annis testamentum facere ac per hoc aviam potioem esse, sententiam eius contra tam manifesti iuris formam datam nullas habere vires palam est et ideo in hac specie nec provocationis auxilium necessarium fuit. § 1. Quod si, cum de aetate quaereretur, implesse defunctum quartum decimum annum ac per hoc iure factum testamentum pronuntiavit, nec provocasti aut post appellationem impletam causa destitisti, rem iudicatam retractare non debes.

¹⁷ В Глосата на Бартолус по отношение на този казус се споменава императорът като *iudex competens* (вж. по-горе бел. 13).

¹⁸ Трудно може да се определи същността на това разрешение. Срв. RAGGI, L. La 'restitutio', cit., p. 349, n. 142. Вж. по отношение на дискусията между глосаторите, спомената у Акурсий: PANDECTARUM [...] Tomus Primus, cit., p. 346.

¹⁹ За сравнение вж. LAURIA, M. 'Contra constitutiones', cit., p. 81 (но с различни основания).

²⁰ Датирането е възможно благодарение на скорошното откритие на Fragmenta Vallicelliana: вж. CORCORAN, S. J. J. New subscripts for old rescripts: the 'Vallicelliana' fragments of Justinian Code Book VII. – In: ZSS, Vol. 126, 2009, p. 410.

Става въпрос за наследствен спор между ищеца (законен наследник – *ab intestato*) и бабата на починалия непълнолетен съставител на завещанието, определена от него като наследник. Ако съдията се произнесе че и лицата, ненавършили 14 години, могат да съставят завещание и съответно правното положение на бабата е по-добро, тогава решението е в противоречие с една напълно ясна правна норма (*contra tam manifesti iuris formam datam*), т.е. с нормата, според която непълнолетните нямат завещателна дееспособност (*testamenti factio activa*), то е нищожно и срещу него не е необходимо да се подава жалба. Ако обаче съдията приеме погрешно, че починалият към момента на съставяне на завещанието е имал навършени 14 години, решението е валидно и, ако не бъде съответно обжалвано, подлежи на изпълнение.

Обикновено разглежданият рескрипт се вписва в противопоставянето *contra ius constitutionis* ↔ *contra ius litigatoris*, разработвано от съвременната доктрина, която следва тълкувателната линия на глосаторите²¹, както и едно точно съответствие между C. 7.64.2 и D. 49.8.1.2²².

Всъщност буквалното значение на текста е по-специално в думата *pronuntiavit*, като се разбира че съдията изрично и *in abstracto* провъзгласява по отношение на непълнолетните завещателна дееспособност (*testamenti factio*): така изглежда че това е всъщност основанието дискутираният случай да бъде традиционно отнасян към концепцията *contra ius constitutionis* на Макрон.

Все пак, по мое мнение, независимо че рескриптът на Александър Север съдържа пример, който е твърде подобен на този, разгледан от Макрон (без обаче да се използва разликата, установена от Макрон в терминологията на *ius constitutionis* ↔ *ius litigatoris*), в основата на разрешението, което същностно е

²¹ Вж. Codicis Dn. Iustiniani Sacratissimi Principis Imperatoris Augusti Libri IX. priores [...] Tomus Quartus. Venetiis, 1592, p. 2215, gl. a C. 7.64.2: "*Sententia lata contra ius constitutionis, est ipso iure nulla: secus si contra ius litigatoris. h. d. secundum Bar.*". Не липсват обаче и други тълкувания (вж. *ibidem*).

²² Срв. VASSALLI, F. *Miscellanea*, cit., p. 389; CALAMANDREI, P. *La cassazione*, cit., p. 41, 44; APELT, H. *Die Urteilsnichtigkeit*, cit., S. 94; KOSCHAKER, P. [Recensione a] H. Apelt, *Die Urteilsnichtigkeit im römischen Prozeß*. – In: ZSS, Vol. 58, 1938, S. 361, n. 3; ORESTANO, R. *L'appello*, cit., p. 281 ss.; LITEWSKI, W. *Die römische Appellation*, cit., S. 380 f., и в по-новата литература MURILLO VILLAR, A. *La motivación de la sentencia en el proceso civil romano*. – In: *Cuadernos de Historia del Derecho*, Madrid, Complutense, 1995, no. 2, p. 34 s. Достъпна и на <http://revistas.ucm.es/index.php/CUHD/article/view/CUHD9595110011A/20522>; PERGAMI, F. *L'appello*, cit., p. 261 s. Друго се приема от LAURIA, M. 'Contra constitutiones', cit., p. 81, за когото рескриптът на Александър Север не е паралелен на D. 49.8.1.2 (вж. и други в § 7), но по причини, различни от тези, които ще разгледаме по-нататък.

идентично, стои един напълно различен мотив: нищожността на решението се дължи, използвайки думите от текста, на факта че самото решение е постановено *contra tam manifesti iuris formam*, т.е. при твърде очевидно противоречие с правната норма²³. В този смисъл изглеждат необосновани²⁴ съмненията за интерполации по отношение на разглежданите изрази²⁵, макар и те да са редки в класическите източници и все пак да се срещат в предюстиниановите източници (*Consultatio* 9, 19; *Fragmenta Vaticana* 281).

Всъщност ние сме изправени пред противопоставяне на решение *contra ius constitutionis* и на решение *contra ius litigatoris* (както теоретизира Макрон), така както между *error iuris (pr.)* и обикновен *error facti* (§ 1)²⁶. Впрочем, вярно е че някои тълкуват *error iuris* така както е описан в конституцията, който може да бъде определен също и като в противоречие с *ius constitutionis*, макар че с това не се изчерпва тази категория. Решението може да бъде в противоречие с една *manifesti iuris forma* и следователно да е нищожно – не само защото се позовава открито на несъществуваща норма или обратното – отрича съществуваща (критерият на Макрон), но също и като следствие от едно неправилно тълкуване на напълно ясна норма.

Очевидно е че критерият за нищожност, възприет в рескрипта на Александър Север, не се съгласува – поне не формално, с предложения от Макрон, и би могъл да се възприеме като алтернативен критерий за оценка на решенията, произнесени в противоречие с нормативните предписания за различаване на нищожните от валидните решения.

²³ Това не е еквивалентно на „явно противопоставяне на нормата“. Както точно отбелязва LITEWSKI, W. *Die römische Appellation*, cit., S. 383, противоречието на една ясна норма може да е било явно, било скрито.

²⁴ Срв., макар и с известни съмнения, APELT, H. *Die Urteilsnichtigkeit*, cit., S. 95, n. 240.

²⁵ Напр. у BIONDI, B. *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano* – In: *Studi in onore di Pietro Bonfante*. Vol. 4. Milano, 1930, p. 69, n. 152, p. 74; вж. също и MURILLO VILLAR, A. *La motivación*, cit., p. 35.

²⁶ В рескрипта се припомня „известното разграничение между грешка в правото и грешка във фактите“ – вж. RAGGI, L. *Studi*, cit., p. 72. Според ORESTANO, R. *L'appello*, cit., p. 283, противоречието в последния смисъл би било по-скоро имплицитно.

6. КРИТЕРИЯТ ЗА ОЦЕНКА В ОБЩОТО ОПРЕДЕЛЕНИЕ НА МОДЕСТИН (MOD. L. SING. DE ENUCL. CAS., D. 49.1.19)

Следващ критерий за определяне дали решението, произнесено *contra constitutiones prolatae*, е нищожно или валидно, се съдържа в един пасаж на Модестин:

Mod. l. sing. de enucl. cas. D. 49.1.19: Si expressim sententia contra iuris rigorem data fuerit, valere non debet: et ideo et sine appellatione causa denuo induci potest. non iure profertur sententia, si specialiter contra leges vel senatus consultum vel constitutionem fuerit prolata. unde si quis ex hac sententia appellaverit et praescriptione summotus sit, minime confirmatur ex hac praescriptione sententia. unde potest causa ab initio agitari.

Пасажът обикновено се цитира, както и рескриптът на Александър Север и другите разгледани по-горе пасажки, като потвърждение (а също и като обобщение²⁷) на принципа, съдържащ се у Макрон²⁸. Но всъщност това не е така. Критерият, предложен от Модестин, е основан на формулата “*si ‘expressim’ sententia contra iuris rigorem data fuerit [...]*”. Следователно нищожно е решението, което изрично е в противоречие с *ius*²⁹. При липсата на други уточнения в този пасаж ми се струва, че за Модестин изрично (*expressim*) противоположно на *ius* ще бъде решението, засегнато от очевидна *error iuris*, а не само това, което открито и абстрактно прогласява принцип, противоречащ на правната норма, т.е. *contra ius constitutionis* в смисъла, употребен от Макрон. По този въпрос бихме могли да предположим, че според критерия на Модестин ще се смятат за нищожни и решенията, които открито прогласяват правило, различно от реално съществуващото, както е в примерите, дадени от Макрон и от имперската канцелария на Александър Север. С други думи, спрямо критерия на Макрон този на Модестин изглежда с по-широко приложение³⁰.

²⁷ Срв. LAURIA, M. *Ius*, cit., p. 255; ARU, L. *Il processo civile contumaciale*. Studio di diritto romano. Roma, 1934, p. 192.

²⁸ Вж. напр. VASSALLI, F. *Miscellanea*, cit., p. 390 s.; CALAMANDREI, P. *La cassazione*, cit., p. 41; ORESTANO, R. *L'appello*, cit., p. 277 s.; вж. по същество също и LITEWSKI, W. *Die römische Appellation*, cit., S. 383; MURILLO VILLAR, A. *La motivación*, cit., p. 32, n. 98, p. 35, n. 111.

²⁹ Вж. KOSCHAKER, P. [Recensione a] H. Apelt, *Die Urteilsnichtigkeit im H. Apelt, Die Urteilsnichtigkeit im römischen Prozeß*, cit., S. 360, n. 3; LITEWSKI, W. *Die römische Appellation*, cit., S. 382 (все пак авторът в крайна сметка отрича автономията на този критерий – вж. п. 30). Изглежда, че не го взема под внимание и PERGAMI, F. *L'appello*, cit., p. 260 s.

³⁰ Срв. също и LITEWSKI, W. *Die römische Appellation*, cit., S. 381 (макар че този автор изглежда идентифицира критерия на Модестин с изразения във фрагмента на Макрон и рескрипта на Александър Север).

Като се има предвид това, думата *expressim* придобива особена важност във връзка с определянето на разграничителния критерий между нищожните и валидните решения, произнесени в противоречие с нормативните предписания. По отношение на нея няма предполагаеми интерполации³¹. Трябва обаче да се отбележи липсата на конкретни доказателства в полза на същностния характер на разглежданата дума. Комисията на Трибониан не е могла да има никакъв валиден мотив да преразгледа по такъв начин анализирания текст³². Така думата *expressim* дава възможност да се обясни смисълът на разрешението, което същият юрист дава в D. 42.1.27 като своеобразен *responsum* на един конкретен казус, който на пръв поглед изглежда попада извън принципа, утвърден в D. 49.1.19:

Mod. 1 resp. D. 42.1.27: Praeses provinciae usuras usurarum condemnavit contra leges et sacras constitutiones ideoque Lucius Titius contra prolatam sententiam iniustam praesidis appellavit: quaero, cum non secundum legem Titius provocasset, an exigi possit pecunia secundum condemnationem. Modestinus respondit, si sententiae certa quantitas continetur, nihil proponi, cur iudicati agi non possit.

Управителят на една провинция осъжда Луций Тиций да плати лихва върху лихвата. От момента, в който това решение се сблъсква, както е казано в текста, със законите и императорските конституции, осъденото лице го обжалва.

Пред Модестин се поставя въпрос: тъй като жалбата на Луций Тиций не е на основание на закона (*secundum legem*), възможно ли е да се събере от него сумата, определена в решението? Отговорът на Модестин е, че щом решението определя *certa quantitas* без да споменава лихви (*usurae*), жалбоподателят няма никакво основание, въз основа на което да може да предяви *actio iudicati*.

Около този пасаж се разгръща една безкрайна дискусия. Проблемът е в явното противоречие между двата дискутирани текста на Модестин³³. Докато в първия – D. 49.1.19, юристът приема че решението, произнесено в противоречие със закона, няма правно значение (*sententia contra iuris rigorem data valere non*

³¹ Вж. VASSALLI, F. *Miscellanea*, cit., p. 391. Срв. също BIONDI, B. *Appunti*, cit., p. 69, n. 152; APELT, H. *Die Urteilsnichtigkeit*, cit., S. 95 f.; KOSCHAKER, P. [Recensione a] H. Apelt, *Die Urteilsnichtigkeit im römischen Prozeß*, cit., S. 360, n. 3. В по-ново време такива съмнения се споделят напр. от MURILLO VILLAR, A. *La motivación*, cit., p. 32, n. 98.

³² Вж. RAGGI, L. *Studi*, cit., p. 91 s.

³³ Вж. KASER, M. und HACKL, K. *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., S. 497, n. 30.

debet), във втория – D. 42.1.2.7 той твърди обратното – изпълнимостта на решението, произнесено *contra leges et sacras constitutiones*.

По мое мнение, независимо от различните нови предложения за разрешаване на явното противоречие между двата текста³⁴, остава непреодолимо становището, изразено преди почти осем века в *Glossa*³⁵. Според него във втория текст се съдържа *responsum* на Модестин, като значението на съдебното решение не се състои да разкрие явно, изрично противоречие със закона (*ius*), т.е. забрана за анатоцизма, като се вземе предвид че осъждането е направено за определена сума (*certa quantitas*). Достатъчно е да се каже, че съдията не се е произнесъл открито за лихва върху лихвата (*usurae usurarum*), а за цялостно дължимата сума от ответника³⁶. От тази гледна точка е очевидно, че думата *expressim* се явява всъщност критерий за разграничаване между две различни разрешения на Модестин: в D. 42.1.27 противоречието с *leges et sacras constitutiones* не е проявено и следователно не може да се определи като такова.

7. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Написаното по-горе дава основание да се предположи – за разлика от това, което следва от общото възприятие, очертано от *Glossa*³⁷ и следвано от съвременната доктрина, че римската юриспруденция не познава ясно определено правило в материята на решенията, постановени в противоречие

³⁴ Вж. по този проблем напр. VASSALLI, F. *Miscellanea*, cit., p. 392 ss.; BIONDI, B. *Appunti*, cit., p. 69, n. 152; APELT, H. *Die Urteilsnichtigkeit*, cit., S. 96 ff.; MARTINI, R. *Intorno al cosiddetto 'appello dell'assente'*. – In: *Archivio Giuridico*, Vol. 160, 1961, p. 34, n. 17; PIKULSKA, A. *Anatocisme*. C. 4,32,28,1: 'Usuras semper usuras manere'. – In: *RIDA*, Vol. 45, 1998, p. 442 (достъпна и на <http://local.droit.ulg.ac.be/sa/rida/file/1998/PIKULSKA.pdf>); MURILLO VILLAR, A. *Anatocismo: Historia de una prohibición*. – In: *Anuario de historia del derecho español*, Vol. 69, 1999, p. 506 ss.; VITTORIA, C. *Le 'usure usurarum' convenzionali e l'ordine pubblico economico a Roma*. – In: *Labeo*, Vol. 49, 2003, p. 314 ss.; FASOLINO, F. *Studi sulle usurae*. Salerno, 2006, p. 52 ss.; Id., *Le usurae rei iudicatae*. – In: *Diritto e storia*, 2006, Vol. 5 (Достъпна и на <http://www.dirittoestoria.it/5/Tradizione-Romana/Fasolino-Usurae-rei-iudicatae.htm>); CHERCHI, A. *Ricerche*, cit., p. 148 ss.

³⁵ Към разрешението в *Glossa*-та се присъединяват LITEWSKI, W. *Die römische Appellation*, cit., S. 382, n. 33; RAGGI, L. *Studi*, cit., p. 86 ss. Вж. в същия смисъл, макар и без позоваване на *Glossa*-та, MURILLO VILLAR, A. *La motivación*, cit., p. 38 ss. (cfr.); CHERCHI, A. *Ricerche*, cit., p. 151 s.

³⁶ "[...] Dico condemnavit, scilicet tacitè, non expressè, aliàs non valeret ipso iure sententia [...] Accur." (Pandectarum seu Digestorum Iuris civilis. (tomus tertius: Infortiatum, Digestum Novum). Venetiis, 1581, p. 372 i).

³⁷ При обяснението на съотношението между D. 49.1.19 и D. 42.1.27 позицията в *Glossa*-та изглежда приемлива, както се поддържа в предходния параграф.

със закона – *sententiae contra constitutiones* (или по-общо – *contra ius*) *datae*. И тук, както и при много други правни проблеми, при определянето на критерий за нищожност на съдебно решение, прието в противоречие с норми на материалното право, *iuris prudentes* се мотивират, тръгвайки от конкретни единични случаи, и тенденциозно избягвайки да формулират абстрактни норми; техните становища невинаги са взаимно съгласувани, но съдействат за формирането и развитието на едно феноменално явление, каквото е *ius controversum*.

Ако текстът на Макрон се преценява от тази гледна точка, става ясно че принципът, прогласен в него, е основан на противопоставянето на съдебните решения *contra ius constitutionis* и тези *contra ius litigatoris*. Но това е един от възможните критерии за недействителност и отразява само личното мнение на юриста, а не е консолидиран принцип и не е общоприет от юриспруденцията. Вече видяхме че този критерий не е единствен. Можем също да допуснем, че наред с алтернативните критерии, които разгледахме, е имало и други, за които обаче до нас не са достигнали сведения в източниците, с които разполагаме.

Конструкцията на Макрон се различава също така от различни гледни точки. На първо място, независимо от общопризнатия класически произход на текста³⁸, изразеният принцип (по-специално концепцията за *ius constitutionis*) изглежда твърде специфичен³⁹. От друга страна е показателно, че самите изрази *ius constitutionis* и *ius litigatoris* се използват само в разглеждания пасаж и не се откриват в други римски източници. Вече отбелязах на съответното място високото ниво на правна техника на конструкцията на Макрон: нейната несъмнена „елегантност“ я прави „изключително убедителна“⁴⁰. Изразите *de iure constitutionis* и *de iure litigatoris*, чието значение е прецизно обяснено от самия юрист, изглеждат твърде технични. Така, ако тази конструкция е нещо повече от

³⁸ Единствените предположения за интерполации не се отнасят до същността на текста: вж. VASSALLI, F. *Miscellanea*, cit., p. 389, n. 1; SOLAZZI, S. *La dispensa del tutore dopo M. Aurelio*. – In: *BIDR*, Vol. 35, 1927, p. 57, n. 1; LAURIA, M. *Sull'appellatio*. – In: *Archivio Giuridico*, Vol. 97, 1927, p. 231, n. 2; APELT, H. *Die Urteilsnichtigkeit*, cit., p. 93, n. 238, p. 94; LITEWSKI, W. *Die römische Appellation*, cit., p. 381, n. 31; BONINI, R. *I 'Libri'*, cit., p. 64, n. 26. Al contrario, per KOSCHAKER, P. [Recensione a] H. Apelt, *Die Urteilsnichtigkeit im römischen Prozeß*, S. 360, n. 3, като се твърди, че е интерполирана само началната фраза на текста, която съдържа правилото като такова.

³⁹ Срв. VASSALLI, F. *Miscellanea*, cit., S. 389, n. 1; CALAMANDREI, P. *La cassazione*, cit., p. 47 s.; ORESTANO, R. *L'appello*, cit., p. 283.

⁴⁰ Така APELT, H. *Die Urteilsnichtigkeit*, cit., S. 94.

лично мнение, дали наистина би било възможно тези изрази да се срещат и на други места в изворите, като при това се държи сметка за подбора, направен от компилаторите? Честно казано, струва ми се че това не е вярно.