

Bake A.

*Si artifex calicem diatretum
faciendum imperitia fregit. Ущерб,
причиненный разбитием
драгоценных камней или кубков:
оговорки о несении риска в
римском ремесле*

[Stable URL: <http://elar.uniyar.ac.ru/jspui/handle/123456789/2576>]

[Публикация работы:]

Bake A. 2004: Si artifex calicem diatretum faciendum imperitia fregit. Ущерб, причиненный разбитием драгоценных камней или кубков: оговорки о несении риска в римском ремесле // IVS ANTIQVVM. Древнее право. 14, 79-90.



НАУЧНО-ОБРАЗОВАТЕЛЬНЫЙ
ЦЕНТР АНТИКОВЕДЕНИЯ
ЯРОСЛАВСКОГО ГОСУДАРСТВЕННОГО УНИВЕРСИТЕТА
ИМ. П.Г. ДЕМИДОВА
ЯРОСЛАВЛЬ, РОССИЯ

THE SCIENTIFIC & EDUCATIONAL
CENTRE FOR CLASSICAL STUDIES
AT YAROSLAVL DEMIDOV STATE UNIVERSITY
YAROSLAVL, RUSSIA

DAS WISSENSCHAFTLICHEN FORSCHUNGS- UND
STUDIENZENTRUM FÜR DIE GESCHICHTE,
KULTUR UND RECHT DER ANTIKE
DER STAATLICHEN DEMIDOW-UNIVERSITÄT YAROSLAWL
YAROSLAWL, RUSSLAND



РОССИЙСКАЯ АССОЦИАЦИЯ АНТИКОВЕДОВ
RUSSIAN SOCIETY OF CLASSICAL STUDIES



НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ И ОБРАЗОВАТЕЛЬНЫЙ ФОНД
«ЦЕНТР ИЗУЧЕНИЯ РИМСКОГО ПРАВА»
ЯРОСЛАВСКИЙ ФИЛИАЛ
THE RESEARCH AND EDUCATIONAL FOUNDATION
“THE CENTRE FOR ROMAN LAW STUDIES”
YAROSLAVL BRANCH



ЯРОСЛАВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
ИМ. П.Г. ДЕМИДОВА
YAROSLAVL DEMIDOV STATE UNIVERSITY

SI ARTIFEX CALICEM DIATRETUM
FACIENDUM IMPERITIA FREGIT. УЩЕРБ,
ПРИЧИНЕННЫЙ РАЗБИТИЕМ
ДРАГОЦЕННЫХ КАМНЕЙ ИЛИ КУБКОВ:
ОГОВОРКИ О НЕСЕНИИ РИСКА
В РИМСКОМ РЕМЕСЛЕ

А. Археологические находки

Когда по утрам стайки учеников посещают Римско-германский музей в Кельне, их учителя часто дают им задание найти самый ценный предмет экспозиции. Это стеклянный кубок, *vas* или *calix diatretum*, который из-за его маленьких размеров почти не замечают (высота 12 см, диаметр 10 см). В богатом кельнском собрании римского стекла, знаменитом во всем мире, этот кубок представляет собой важный экспонат среди предметов роскоши¹. Часто спрашивают, сколько он может стоить. Но его стоимость так же трудно оценить, как улыбку Моны Лизы². Так же как и этот шедевр Лувра, его редко предоставляют для особых выставок вне Кельна из-за повышенного риска транспортировки. Точкой отсчета для примерной оценки его стоимости может служить тот факт, что один британский *vas diatretum*, не совсем похожий на этот, был продан с аукциона в Лондоне несколько лет назад за 3 миллиарда лир. То есть существует частная торговля римскими древностями, даже столь дорогими; однако она ограничена малым числом доступных экспонатов. Сумма страховки *calix diatretum* условная, поскольку в случае его утраты было бы невозможно вновь приобрести столь уникальный экземпляр.

На запад от ворот римской Колонии находился важный центр античного стекольного производства. Из-за опасности пожаров мастерские стекольщиков были расположены за стенами города³. Во Фрехене находится – и это случай скорее даже уникальный, чем просто редкий в римской рейнской области, – широкая полоса мельчайшего белого наносного песка (эпохи плейстоцена), который почти на сто процентов состоит из кремниевой кислоты, основного материала для стекольного производства. Эти песочные поля, вероятно, были известны уже римлянам. Изобилие и разнообразие римских кубков, изготовленных в Колонии, не имеют себе равных. В то же самое время это давало римлянам возможность показать на северном рубеже их империи превосходство своей культуры по отношению к отброшенным германским племенам. Качество этих кубков ни в чем не уступает качеству современных. Еще сегодня Рейнбах, расположенный южнее, является центром стекольного производства. Там производятся прекрасные реплики римских кубков. Там же находится музей стекла.

* Вакке Андреас – профессор римского права, немецкого частного права и гражданского процесса Университета Кельна, *professor emeritus*. Эта статья была впервые опубликована на итальянском языке. Русский перевод выполнен старшим преподавателем кафедры теории и истории государства и права юридического факультета Санкт-Петербургского гуманитарного университета профсоюзов, аспиранткой ИВИ РАН И. В. Лушиковой, под ред. А. Д. Рудокваса.

¹ Последним его описал Гансгерд Гелленкемпер в каталоге выставки, изданном: *Donald B. Harden. Glas der Caesaren*. 1988. S. 240 сноска с лит.

² Так: *Otto Doppelfeld* (посмертное издание Герда Бигеля). *Vom unterirdischen*. Köln, 1979. S. 201, nt. 139.

³ *Fremersdorf*. «Die Anfänge der römischen Glashütten Kölns» // *Kölner Jahrbuch für Vor- und Frühgeschichte*. 8 (1996) 24 ss.

Среди известных нам кубков *diatreta*, а в целом их около полусотни, различают фигурные *diatreta* (со сценами) и решетчатые *diatreta* (с геометрическими мотивами). Решетчатых *diatreta* в мире известно не более двадцати. Английское их название – «sage-cup», немецкое – «Korbbecher». Уже в 1844 г. в Кельне были найдены два решетчатых *diatreta*. Один из них отправился в Берлин, будучи подарен прусскому королю; там он погиб во время Второй мировой войны. Баварский король получил второй, который по сей день находится в Мюнхене. Именно поэтому Кельн долгое время не мог выставить ни одного римского *vas diatretum* (в противоположность Триру)⁴. По этой причине стало сенсацией, когда в 1960 г. в Кельн-Браунсвельде на античном семейном кладбище одной римской *villa rustica* рядом с каменным саркофагом был найден кубок *diatretum*, который после реставрации стал гордостью музея. Из-за даты находки, первого апреля, пресса сначала думала, что речь идет о шутке⁵. Кубок с двумя стенками состоит из внутренней прозрачной чаши, обрамленной в корзинку из трехцветного стекла. Нижняя половина представляет собой декоративную решетку изумрудного цвета; сверху находится изящный ободок золотого цвета; на верхнем ободке надпись темно-пурпурного цвета из 17 греческих букв «ΠΙΕ ΖΗΣΑΙΣ ΚΑΛΩΣ ΑΕΙ», то есть «пей, живи счастливо вечно»⁶. Надпись на *sage-cup* из Мюнхена гласит BIBE MULTIS ANNIS. Как видно, эти фразы представляют собой типичные тосты. Однако для использования в качестве бокала для питья, как пиала, кубок без ножки был непрактичен, и, кроме того, пользоваться им было бы очень рискованно. Вероятно, *diatreta* уже в древности выполняли чисто декоративную функцию. Кусочки, отсутствующие в нижней решетке, не были обнаружены на месте находки. Возможно, они откололись еще в античности при жизни владельца, до того как кубок был помещен в могилу среди личных вещей умершего.

Процесс изготовления кубка с двумя стенками, чаши которого, внутренняя и внешняя, удерживаются вместе тонкими стеклянными связующими мостиками, долгое время был предметом спора среди специалистов. Согласно господствующему сейчас мнению, судя по наличию пузырьков воздуха и по ясным следам шлифовки, решетка, декоративный ободок и надпись были изготовлены из единого куска⁷. То есть это не были два кубка, выдутые и помещенные один в другой и затем закрепленные между собой литым мостиком. Обработка с помощью сверла (или абразивного колеса), сравнительно примитивная, была процессом чрезвычайно нудным и тяжелым. Ф. В. Шефер, немецкий инженер из Мюнхена, в 1967 г. предпринял попытку симитировать его: используя простые технические средства, имевшиеся в римскую эпоху, работая день за днем, он сделал подобный колоколовидный кубок, но ему понадобился целый год, чтобы создать точную копию *diatretum* из Дарувара; чистый доход от его работы уже тогда составлял более тридцати миллионов лир⁸.

⁴ Landsmuseum Трира владеет еще одним хорошо сохранившимся *diatretum*, происходящим из Нидерэммеля и состоящим из одной чаши, изображенным в: Brockhaus-Enzyklopädie IV (1968) s. v. *Diatreta*. Там описано изготовление псевдо-*diatretum*, то есть осуществленное посредством введения капель литого стекла внутрь пустого тела, чтобы сделать мостики, связывающие его с решетчатой внешней частью.

⁵ Signon H. *Die Römer in Köln*. Köln, 1970. S. 96.

⁶ Данные греческие афоризмы показывают, что состоятельная образованная буржуазия на северных границах Империи в IV в. еще понимала греческий язык. Не следует думать о греческом как об общем языке, так же, как и об импорте из Греции. Также семь текстов мозаики философов в Кельне содержат надписи на греческом – что на севере очень редкий случай – но, конечно, мозаичный пол не был ввезен из Греции.

⁷ См.: *Doppenfeld*. Op. cit.; *Idem*. Das neue Kölner Diatretglas // *Germania*. 1960. № 38. S. 403 ss., 410 ss.; *Idem*. Das Kölner Diatretglas etc. // *Gymnasium*. 1961. № 68. S. 410 ss. Другого мнения придерживается К. Ведманн.

⁸ *Ternes Ch.-M.* Das römische Luxemburg // *Küsnacht b. Zürich*. 1972. S. 119; *Doppenfeld*. Op. cit. S. 137. (nt. 2). Другая современная техника изготовления реплик *diatreta* описана в: *Behrends O.* Die Rechtsformen des römischen Handwerks / Hrsgs. H. Jankuhn, W. Jansen (Ed.), *Das Handwerk in vor- und frühgeschichtl. Zeit I* // Abh. Akad. Göttingen, 1981. S. 146, nt. 15.

В. Юридические источники

Таким образом, несение риска уничтожения изделия, притом риска чрезвычайно высокого, представляет собой, без сомнения, важный юридический вопрос. О нем говорил позднелатинский юрист Домиций Ульпиан в своем комментарии к преторскому эдикту. Это тот редкий случай, когда юридическое решение проблемы и археологические данные удачно согласуются⁹. Размышления Ульпиана восходят ко второй декаде III в. н. э., к эпохе единоличного правления Каракаллы¹⁰; следовательно, они на целый век старше кельнского *diatretum*, изготовление которого датируется первой половиной IV в. н. э.¹¹ Мы сравним этот текст с параллельным фрагментом того же Ульпиана об ответственности ювелира, а также дадим их перевод. Знакомство с его содержанием является обязательным для кельнских юристов (и студентов, изучающих право). Эти два фрагмента показывают интерес римских юристов к проблеме произведений искусства¹².

«Ульпиан в 18-й книге “Комментариев к эдикту”». Если ты передал (ремесленнику) кубок, чтобы он сделал (из него) *diatretum*, и он разбил его по неопытности, он несет ответственность за нанесение противоправного ущерба. Но если он разбил его не по неопытности, а (потому что кубок) был надтреснут, он может быть оправдан. И поэтому ремесленники, когда им дают такого рода материалы, имеют обыкновение заключать договор, чтобы не выполнять работу за свой риск. Такое соглашение исключает как иск из договора подряда, так и по закону Аквилы»¹³.

«Ульпиан в 32-й книге “Комментариев к эдикту”». Если был дан драгоценный камень, чтобы он был вставлен в оправу или врезан, и он сломался, то не будет иска, вытекающего из договора подряда, если это произошло из-за дефектов материала; но будет иск, если это произошло по неопытности ремесленника. К этому мнению следует добавить: если только ремесленник не взял на себя риск, тогда ведь будет дан иск из договора подряда, хотя бы это случилось и из-за дефекта материала»¹⁴.

Римляне называли *gemma* светлые драгоценные камни, такие как аметисты или изумруды. Черный камень, например обсидиан, назывался *lapillus*; и те и другие отличались от жемчужин (*margarita*: D. 34, 2, 19, 17–18). В современном, более узком смысле слова геммы – это только твердые камни, украшенные и резные, то есть вырезанные вглубь, которые применяются для печатей, в отличие от камей, выполненных в виде выпуклых рельефов. Античное значение слова *gemma* в смысле драгоценных камней любого вида сохранилось до сих пор в слове «геммология».

В 18-й книге своего комментария к эдикту Ульпиан говорит об ответственности за неправомерное действие по закону Аквилы¹⁵, в 32-й книге – о договорной ответствен-

⁹ Возможности проиллюстрировать юридические проблемы археологическими свидетельствами, на что я обращаю внимание также и в целях преподавания, не очень многочисленны. Введение в юридическую археологию античности я изложил в: Studi Biscardi. I. Milano, 1981. P. 117 ss.

¹⁰ Tony Honoré. Ulpian. Oxford, 1982. P. 129 ss., 148 датирует 18-ю *liber ad edictum* Ульпиана немногим позднее 212 г., 32-ю – около 214 г. н. э. О жизни Каракаллы см.: Kienast D. Römische Kaisertabelle. 1996. S. 162 ss.

¹¹ Hellenkemper (см. *supra*, сн. 1) 240 ss. Между концом III и началом IV в. н. э. производство *diatretra* достигло своей вершины.

¹² Об эстетических вопросах в римских юридических источниках см. обзор: Horak // Iura. 1987. N 38. P. 155–165 (зд. p. 164 s.).

¹³ D. 9. 2. 27. 29 (Ulpianus libro 18. ad ed.): Si calicem diatretum faciendum (artifici) dedisti: si quidem imperitia fregit, damni inuria tenebitur; si vero non imperitia fregit, sed rimas habebat (calix) vitiosas, potest esse excusatus. et ideo plerumque artifices convenire solent, cum eiusmodi materiae dantur, non periculo suo se facere; quae res ex locato tollit actionem et Aquiliae.

¹⁴ D. 19. 2. 13. 5 (Ulpianus libro 32. ad ed.): Si gemma includenda aut insculpenda data sit eaque fracta sit: si quidem vitio materiae factum sit, non erit ex locato actio; si imperitia facientis, erit. Huic sententiae addendum est, nisi periculum quoque in se artifex receperat: tunc enim etsi vitio materiae id evenit, erit ex locato actio.

¹⁵ Плебисцит 286 г. до н. э. не имеет ничего общего с Aquileia. Предположение, иногда выдвигаемое, что *diatretra* были изготовлены в Аквилее, не имеет под собой никаких оснований; см.: Doppenfeld // Germania. 1960. N 38. S. 411 Abm. 14.

ности из *locatio conductio*. Современная литература по римскому праву часто обращалась к обоим текстам¹⁶. Латинские формулировки чрезвычайно коротки (стиль почти телеграфный); для гладкого перевода нам пришлось добавить некоторые слова (мы поставили их в скобки). Процесс абстрагирования от реалий юридической жизни, характерный для стиля римских юристов, также и здесь заметно продвинулся вперед¹⁷. Чтобы полностью передать их смысл, оба текста нуждаются в комментариях; в этих текстах каждый намек должен восприниматься серьезно. Нельзя пропускать ни одного слова, к чему склоняются некоторые авторы¹⁸.

В обоих фрагментах Ульпиана речь идет об ответственности ремесленников за разбитие материалов, переданных им для обработки. Оба касаются настоящего договора подряда (*locatio conductio operis*, согласно трехчастному делению пандектистики), в котором необработанный материал предоставляется заказчиком (как в § 631 и след. BGB)¹⁹. Вид материала точно не описан: *eiusmodi materiae* – коротко говорит Ульпиан в первом тексте. Материал в обоих текстах, возможно, имеет дефекты, это не просто необработанный материал (например, чистое золото для изготовления кольца ювелиром), а предмет определенного характера и формы, переданный для обработки²⁰. Учитывая вопрос об ответственности в случае разбития, который обсуждает юрист, предмет, о котором идет речь в первом тексте, должен был уже иметь значительную ценность, так же как и драгоценный камень во втором тексте. Действительно, убыток от неоправданного *frangere*, который ответчик в случае осуждения должен был возместить, подсчитывался, согласно третьей главе *lex Aquilia*, исходя из самой высокой цены, которую вещь имела в течение тридцати дней, предшествующих нанесению ущерба²¹. Следовательно, только литье и выдувание гладкого полихромного кубка стоило дорого еще до обработки. А, вероятно, были *diatrete* даже из полудрагоценных камней, в частности из горного хру-

¹⁶ Оcob.: *Arangio Ruiz*. Responsabilità contrattuale. II ed. 1935, ristampa 1958 e 1987. P. 193 ss.; *Berneker*. Die Vertragsklauseln über das Risiko und die Schadenersatzverpflichtung im römischen Recht // *Eranion in honorem G. S. Maridakis* I. Athen. 1963. S. 123–131; коротко: *Betti*. Zum Problem der Gefahrtragung // *ZSS*. 1965. № 82. S. 13 s.; *Cannata*. Per lo studio della responsabilità per colpa. Corso di diritto romano. Milano, 1969. P. 241 ss.; *Fuhrmann/Liebs*. Fälle aus dem röm. Recht. Bamberg. 1974. Nr. 56 (с несколько отличной интерпретацией); *Behrends* (supra, сн. 8). P. 146 s.; *Molnar*. Verantwortung und Gefahrtragung bei der locatio conductio // *ANRW*. 1982. II. 14. S. 602 s.; *Pinna Pargaglia*. Vitia ex ipsa re: Aspetti della locazione in diritto romano. Milano, 1983. P. 82 ss. с обширным обзором литературы p. 83 (пец. *Mayer-Maly* // *Iura*. 1983. № 34. P. 152 ss.; коротко: *Rainer*. Bauvertrag // *ZSS*. 1992. № 109. S. 520 и *Reinoso Barbero*. Sobre los precedentes griegos del casus // *Index*. 1993. № 21. P. 497 со сн. 27. P. 514 s. с обзором литературы).

¹⁷ Об этом, в целом, см.: *Wacke* // *ANRW*. 1980. II. № 13. S. 563 ss.

¹⁸ Особенно радикален *Haymann* // *ZSS*. 1919. № 40. S. 190 ss.; более умерен *Mayer-Maly*. *Locatio conductio*. 1956. P. 193 s. и *Lubtow von*. Untersuchungen zur *lex Aquilia* etc. 1971. S. 100 ss.; справедливо против: *Liebs*. Die Klagenkonkurrenz im röm. Recht. 1972. S. 17, nt. 5.

¹⁹ Договоры о предоставлении работ, близкие к купле-продаже, соответствующие § 651 BGB, в которых исполнитель достает материал заранее, редко встречаются в римских юридических источниках. Примером такого договора является производство кирпичей, о котором говорится в D. 18. 1. 65; об этом см.: *Schermaier*. *Materia*. 1992. S. 241 ss.; *Corbino*. Op. cit. P. 148 ss. Об изготовлении кольца из предоставленного слитка золота (*Gai*. 3. 147) см.: *Corbino*. *Nozione formazione e interpretazione del diritto* // *Studi Gallo*. 1997. 1. P. 139 ss. Предположение, выраженное *Doppelfeld* // *Gymnasium*. 1961. № 68. S. 417, что *diatrete* были изготовлены не для продажи, а по заказу богатых любителей искусства, является только гипотезой.

²⁰ *Schermaier*. *Materia*: Beitr. Zur Frage der Naturphilosophie im klass röm. Recht. 1992. S. 235 s., с краткими ссылками на наши тексты. Согласно Ульпиану, кубок должен был быть изготовлен (*faciendum*), а не просто улучшен, см.: *Berneker* (supra, сн. 14) 125 против всех противоречивых мнений.

²¹ *Quanti ea res in triginta diebus proximi (plurimi) fuit*: D. 9. 2. 27. 5. 9. 2. 29. 8; *Kaser*. Das römische Privatrecht. II ed. 1971. Bd. I. S. 621; *Schebitz B*. Berechnung des Ersatzes nach der *lex Aquilia*. Diss. Berlin, 1987. S. 101 ss.; *Valditara*. Superamento dell' «*aestimatio rei*» nella valutazione del danno Aquiliano etc. 1992. passim. Потерянный заработок не компенсируется законом Аквилы: ср. рыболовные сети, сорванные по вине моряков в D. 9, 2, 29, 3; *Valditara* 259 ss.

стала²². Наличие в материале, переданном на обработку, мелких (или больших) трещин, как те *rimae vitiosae*, о которых говорит Ульпиан, более вероятно в образовавшемся естественным образом необработанном камне, чем в литом и дутом кубке²³. В обратном иске о договорной ответственности *ex locato* сумма, которую следовало уплатить, возрастала, вероятно, до более высокого уровня, то есть до интереса заказчика в нормальном исполнении договора, за неисполнение которого исполнитель должен был отвечать, или до положительного интереса (то есть за исключением только платы, которую должен был уплатить заказчик): *id quod eius interest*²⁴. Следовательно, клиент должен был выбирать между *actio ex lege Aquilia*, который возмещал ему стоимость кубка до обработки, и *actio ex locato*, который компенсировал ему убытки от сведения на нет окончательной работы²⁵.

C. Imperitia facientis или vitium materiae

Решение Ульпиана следует в обоих фрагментах одной и той же схеме. Ситуация в обоих случаях похожая. Заказчик (*locator*) передает предмет, чтобы он был обработан, и *conductor* разбивает его во время обработки. *Artifex* лично осуществляет эту работу²⁶. Характеристика производства *diatreta* как высококвалифицированной отрасли обработки не должна быть поколеблена тем фактом, что мы имеем дело с маленькими ремесленными предприятиями и еще не развитой техникой разделения труда. За изложением ситуации следует решение Ульпиана: ответственность *artifex* зависит от того, надо ли искать причину в его *imperitia* или в *vitium materiae*. *Imperitia* – это именно недостаточный опыт работы, который противопоставляется квалификации эксперта. Эксперт от латинского *ex-pers* (немецкое «*er-fahren*») имеет ту же конструкцию) означает, что человек приобрел знания и способности, необходимые для осуществления определенной работы, в результате долгой практики. Римские примеры ответственности за *imperitia* являются предшественниками современной профессиональной ответственности. Ремесленник должен гарантировать своим клиентам профессиональную квалификацию и необходимые технические навыки. Недостаточная компетентность и способность должны вменяться ему в вину так же, как недостаточная внимательность в выполнении своей работы. Цель в D. 19, 2, 9, 5 причисляет *imperitia* лица, которое предложило свои услуги как мастер, к *culpa*, *quippe ut artifex conduxit* (ибо он подрядился как мастер своего дела). Также и его вознаграждение подсчитывается соответственно. Таким образом, принцип, согласно которому никто не обязан к предоставлению, превышающему его возможности или способности, *ultra posse nemo obligatur*, ограничивается: критерий меры состоит не в

²² Дорофей (Bas. 60. 3. 27) (Heimbach. V. 298) называет *lithos* = камень (значит, твердый камень) основным материалом. Изготовление кубков из твердого камня было воспринято Римом из Египта, где оно имело многовековую традицию. В Кельнском собрании есть чашка из горного хрусталя (высота 6,5 см, диаметр 10,3 см) с невероятно тонкой стенкой всего лишь в 2 или 3 мм; об этом см.: *Fremersdorf // Festschrift Andreas Rumpf. Krefeld, 1952. S. 76 ss.* Ваза большего размера, высотой 20 см и диаметром 30 см, из горного хрусталя есть в сокровищнице Сан Марко в Венеции. Для дальнейших сведений см. статью: *Bergkristall // Lexicon der Alten Welt. LAW. 1965. S. 455.*

²³ Ср.: *Doppelfeld // Germania. 1960. № 38. S. 411.*

²⁴ Ответчик должен был истцу *quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona*. Остается предполагать, что заинтересованность в исполнении также заключалась в этой формулировке, как во всех исках доброй совести, хотя для договора подряда этому нет явных свидетельств; ср.: *Medicus. Id quod interest. 1962. S. 185; Honsell H. Quod interest in bonae fidei iudicium. 1969. S. 146.*

²⁵ В отличие от современного процессуального принципа *da mihi facta, dabi tibi ius* в классическом процессе *per formulas* выбор более благоприятного иска принадлежал истцу. В аналогичном случае конкуренции между двумя исками Гай (*Gai. 3. 74*) называл *stultus* истца, который выбирал неблагоприятный иск (Юстиниан в Институциях (4. 7. 5) – даже *stultissimus*).

²⁶ Для случая, если кубок разбивался, сравни два раза повторяющееся выражение *(non) imperitia fregit*, а также *se facere* в конце первого текста. Не так ясна пассивная конструкция *eaque facta* во втором фрагменте; *imperitia facientis* может относиться как к самому ремесленнику, так и к его работнику; ср.: *Knütel R. // ZSS. 1983. № 100. S. 423, nt. 354.* Заставлять мастера отвечать за его учеников и подмастерьев кажется естественным; ср. перевозку колонн *supra. sn. 29.*

индивидуальных (или личных) способностях должника (как в *diligentia quam in suis* или в *culpa in consereto*, о которых см. в § 277 BGB), а в тех способностях, необходимых в торговых операциях, которые клиенты ожидают от эксперта²⁷. Тот, кто считает себя способным к определенной рабочей деятельности, не имея при этом соответствующей квалификации, принимает на себя ответственность за это²⁸.

Однако исполнитель не несет ответственности за дефектное состояние материала, предоставленного ему для обработки. *Vitium materiae* попадает в сферу ответственности заказчика²⁹. Точно так же и тот, кто взял подряд на постройку здания, не несет риск того, что постройка обрушится и станет невыполнимой по причине *vitium soli* (то есть недостаточной устойчивости грунта или оползня)³⁰. Это соответствует норме § 645 BGB, одному из немногих случаев, когда в BGB четко выражен принцип *casum sentit dominus* (гибель отражается на собственнике) или *res perit domino*³¹. В основе этой нормы лежит так называемая «Теория сфер».

Насколько легко теоретически различить *imperitia* и *vitium materiae*, настолько сложно, с другой стороны, выяснить в каждом конкретном случае действительную причину ущерба. Теоретическое знание простых фундаментальных норм, которые должны применяться, не означает еще разрешения отдельного случая, хотя решение для него и готовится просто. Более чем на 80 % решение зависит от доказательственного аспекта: «Одной унции юридического следует центнер фактов». Распределение бремени доказательства заметно влияет на применение или неприменение нормы. В современном праве в исковых требованиях, вытекающих из неправомерных действий, пострадавший, если есть сомнения, должен сначала доказать нанесшему ущерб его ответственность; действительно, на нем как на истце лежит бремя доказательства неправомерности действия и вины ответчика. В исках о договорной ответственности, напротив, оправдываться должен должник (§ 282 BGB); поскольку, так же как обязанный должен обыкновенно предоставить доказательства правильного исполнения, он должен в случае неисполнения доказать, что он не несет за это ответственности. Оба фрагмента Ульпиана не содержат никакого явного указания на бремя доказательства в случае ущерба от разбития предмета при работе ремесленников³². Однако не следует представлять здесь взгляд слишком отличный от современного, поскольку бремя доказательства распределяется согласно логике изложенных выше структурных принципов гражданского процесса³³. Выражение *actore non probante reus absolvitur* является частью той сокровищницы паремий, которые имеют непреходящую и универсальную ценность, как недавно написал

²⁷ Нужно ли было доказывать с помощью специальных проверок владение такой профессиональной квалификацией, имеет второстепенное значение для вопроса об ответственности. Античность не знала официальных проверок или экзаменов на профессиональную пригодность даже для медиков, см.: *Wacke // ZSS. 1996. № 113. S. 386 s.*

²⁸ Отсюда *imperitia culpaе adnumeratur* в D. 50. 17. 132. Даже недостаточная физическая сила при приручении упряжных животных могла влечь за собой принятие на себя ответственности, как ясно говорит Гай в случае с погонщиком мулов в D. 9. 2. 8. 1. Об этом см.: *Schipani. Responsabilità ex lege Aquilia. 1969. P. 246 ss.* Неправильное поведение в момент заключения договора (не во время исполнения) приближается к *culpa in contrahendo*; ср.: *Behrends* (см. *supra*, сн. 8) 145; подобным же образом *actio libera in causa. Visky // RIDA. 1979. № 26. S. 497 ss.* неверно видел в этих случаях (в слишком краткой интерпретации) расширение понятия вины в направлении простой объективной ответственности. Поэтому более подходящим представляется определение *culpa in abstracto*; ср.: *Hofstetter. Schweizerisches Privatrecht VII 2: Auftrag und GoA. 1979. S. 97 s. § 8 VIII 4.*

²⁹ Об этом особ.: *Pinna Parpaglia* (см. *supra*, сн. 14).

³⁰ D. 19. 2. 62; *Rainer // ZSS. 1992. № 109. S. 517 ss.*; ср. сн. 49.

³¹ Вообще см. § 1311 австрийского ABGB; ст. 1105 испанского *Codigo Civil*: *Wacke / Festschrift H. Hübner. 1984. S. 670 ss., 690.* Об огромной литературе по *periculum* см.: *MacCormack // ZSS. 1979. № 96. P. 129 ss., o locatio conductio P. 141 ss.*

³² В пользу обязанности ремесленника оправдываться в интересах клиентов свидетельствует исключение *potest esse excusatus*, противопоставленное нормальному *tenebitur*.

³³ А не согласно оценке судьи, как считал Эрнст Леви (*Iura. 1952. № 3. S. 155 ss.*); против (среди других) в особ. *Wacke // ZSS. 1992. № 109. S. 411 ss.*

болонский цивилист Франческо Галгано в своей книге «Обратная сторона права» (I (1991) pp. 85–94 (p. 89). С другой стороны, в пользу клиента имеются несколько аргументов за ответственность ремесленника, для избежания которой он в конкретном случае обязан оправдываться, поскольку за основным *tenebitur* в первом тексте следует исключительное *potest esse excusatus*. Так же и в подобном случае с колонной, разбитой во время транспортировки, есть предприниматель, который, согласно Гаю (D. 19. 2. 25. 7), обязан оправдываться.

Д. Экономические причины введения пункта о принятии риска со стороны ювелира

Согласно Ульпиану, ремесленники предупреждали сложности с определением конкретных причин ущерба, оговаривая соответствующие пункты в договоре. Их наличие уже само по себе достойно внимания. Договариваясь с ювелирами, клиенты обычно не думают о том, что при обработке что-то может пойти не так. Благодаря этим пунктам в договорах привлекается внимание клиентуры к возможному риску разбития. Однако удивительно противоположное содержание двух пунктов в сфере одного и того же типа договоров – *locatio conductio operis*, и даже в отраслях, близких, как в данном случае, к ремеслу. Ювелир расширяет свою ответственность с помощью пункта о принятии ее также и за дефекты материала, за которые в нормальной ситуации он бы не отвечал; изготовитель *diatreta*, напротив, стремится избежать или ограничить ее. Введение таких пунктов не возникает просто из фантазии Ульпиана: как он объясняет (*plerumque artifices convenire solent*), они были обычными в этой сфере³⁴. Почему ювелир явно принимал на себя ответственность за дефекты материала, не будучи вынужден это делать, можно предположить только на основании экономических причин. Ясно, что перед лицом заметного давления конкуренции³⁵ ювелиры обещали определенные выгоды, чтобы привлечь клиентов: «я беру на себя даже риск дефектов материала». Такие пункты договоров сегодня помещаются, в основном, в ущерб клиентам. Оговорка нашего ювелира, наоборот, идет исключительно в пользу клиента, так же как это бывает в тех случаях, когда производитель в рекламных целях добровольно предоставляет более долгий гарантийный срок. Даже оправка или резка драгоценного камня не были столь нудным и рискованным процессом, как изготовление *diatretum*, которое продолжалось месяцы. Хрустальный кубок разбивается гораздо легче, чем кубок из другого материала, и риск растет с продвижением процесса обработки, когда решетка и мостики становятся все тоньше. Античные геммы, сохранившиеся в большом количестве, некоторые из которых использовались в качестве печаток еще в Средние века³⁶, не достигают стоимости редчайшего *vas diatretum*³⁷. Согласно Талмуду, *diatreta* были столь же ценными, как золотые кубки³⁸. *Diatretarii*, вместе с большой группой специализированных ремесленников и представителей свободных профессий, со времен Константина были освобождены от муниципальных *munera*, чтобы у них было время продолжать создавать новые творе-

³⁴ *Berneker*. Op. cit. P. 126. Там указывается также на вероятные мотивы, к которым скорее скептически относится *Cannata* (см. *supra*, сн. 14). S. 144 s.

³⁵ Ремесленники, которые работали в одной отрасли, размещались на одной улице, как и сегодня (по средневековой привилегии) ювелиры на Понте Веккьо во Флоренции. Ср.: *Petrikowitz von*. Die Spezialisierung des röm. Handwerks / Jankuhn (см. *supra*, сн. 8) 70 s.; *Kudlien*. Die Rolle der Konkurrenz im antiken Geschäftsleben // *Münstersche Beiträge zur antiken Handlungsgeschichte*. 1994. № 13. S. 1–39, особ. S. 22 ss., об огромных толпах в некоторых отраслях.

³⁶ Каролингами начиная с Карла Великого; ср.: *Egon Frhr. von Berchem*. Siegel. II ed. Berlin, 1923. S. 57; *Erich Kittel*. Siegel. Braunschweig. 1970. S. 208. Даже разбитые античные геммы использовались как печати, например королем Людовиком (сыном Людовика Немецкого), см.: *Gustav A. Seyler*. Geschichte der Siegel. Berlin, 1894. S. 60 ss., 62. За эти ссылки я благодарю доктора Ф. Матиаса Кордеса из Городского архива Кельна, участвующего в моем курсе *Digestenexegese*.

³⁷ Иначе, но без достаточных оснований, *Cannata* (см. *supra*, сн. 14). S. 145.

³⁸ Ср.: *Lenel/Zahn*. *Diatreta* // *Archäolog. Anzeiger*. 1938. № 43. S. 563 ss.; *Doppelfeld* // *Germania*. 1960. № 38. S. 410.

ния³⁹. Следовательно, они были очень востребованными людьми, и поэтому могли формулировать договорные узы в свою пользу.

Если у ювелира было много заказов, которые надо было выполнить быстро и в короткий срок, он мог дополнительно взять на себя гарантию за возможный ущерб от разбития из-за дефектов материала, в которой при подсчете цены его работы отделялась и сохранялась для вышеназванных случаев определенная доля вознаграждения как страховой взнос. Таким образом, в добавление к соответствующей чистой плате за работу он должен был насчитывать прибавку как вознаграждение за риск, и клиенты были готовы платить немного более высокую цену в обмен на освобождение от риска разбития изделия. То есть речь идет о случае «страховой ответственности» (*Versicherungshaftung*, как ее назвал Пауль Крюкман)⁴⁰. Принятие на себя риска (в нашем случае, конечно, не безвозмездное) посредством *actum adiectum* также за неумышленный ущерб в области диспозитивного права совместимо с *bona fides* исков из договора подряда⁴¹. Такой пункт о принятии ответственности в данных обстоятельствах был, конечно, допустимым для ювелира, тогда как *diatretarius* соответствующая оговорка привела бы к разорению.

Е. Значение пункта об освобождении от ответственности в пользу шлифовщика стекла

Противоположная оговорка об освобождении от ответственности в пользу изготовителя *diatreta* однозначна в своем действии: освобождение от ответственности по договору должно (как и в современном праве) преобладать⁴² над конкурирующим притязанием, вытекающим из деликта; иначе оно не имело бы никакого эффекта. Другими словами, пункт об освобождении от договорной ответственности устраняет ответственность по обоим этим притязаниям. Для этой цели не было необходимости в *exceptio*: *exceptio pacti* была присуща *bonae fidei iudicium* по *actio locati*⁴³. А в *actio legis Aquiliae*, если заказчик соглашался на ограничение договорной ответственности, уже не хватало элемента *iniuria fractum* (по принципу *volenti non fit iniuria*)⁴⁴.

Однако не ясно распространение освобождения от ответственности. Размышления Ульпиана в этом отношении кратки и не лишены противоречий. Процесс шлифовки согласно содержанию пункта договора (*non periculo suo se facere*) не должен был проходить с риском для *artifex*. Таким образом, этот пункт только подтверждает то, что уже действительно по праву. Но, с другой стороны, согласно второй половине последней фразы этот пункт исключает требования, которые при ее отсутствии принадлежали бы заказчику. Это предполагает определенную вину со стороны *artifex*, хотя в пункте договора не говорится об освобождении от *culpa*. В литературе возникали предположения,

³⁹ C. 10. 66. 1 (a. 337); *Doppelfeld*. S. 411 s.

⁴⁰ *Krückmann*. Gerade zu Versicherungshaftung in Reinkultur // ZSS. 1943. № 63. S. 11. О принятии риска по договору также: *De Robertis*. La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione. 1983. I. P. 459 ss.

⁴¹ Напротив, *Pinna Parpaglia* 83 ни в коем случае не «совершенно скандальна» (согласно *Eisele*). О договорных изменениях критериев ответственности, общий взгляд: *De Robertis*. La responsabilità contrattuale nel dir. Rom. Bari, 1996. P. 193–208, о случае *diatreta* p. 207; особое мнение см.: *Willwonseder* *Vertragliche Haftungsbeschränkungen* // Questions de responsabilité. XLV Session de la Società SIDHA. Miskolc. 1993. S. 415 ss., 423 s. Другой известный случай страховой ответственности – принятие риска ранения или смерти гладиатора в случае найма гладиаторов, осуществленного, согласно Гаю (3, 146), через сочетание найма и продажи.

⁴² *Liebs* (как в сн. 16); в целом: *Thomas*. Studi Biondi II. 1965. P. 185 ss. Иначе: *Mayer-Maly*. S. 194, который считает недостоверными слова «et Aquiliae».

⁴³ Ср.: *Knutel* // ZSS. 1967. № 84. S. 133 ss.

⁴⁴ Согласен Либс, против фон Любтов (*supra*, сн. 16), который упрекал Ульпиана в *Hysteron-Proteron* (ложном доказательстве), поскольку эти иски не были «изъяты» (*tollit*), а вообще не возникли по причине соглашения. *Tollere* (*actionem*, *condictionem*, *obligationem*; ср.: *Heumann-Seckel*. *Handlexicon* s. v.) может также означать «снимать предпосылки его возникновения». Способ выразиться плодovitого писателя нельзя мерить слишком строгим мерилom.

что этот пункт оправдывал *artifex* именно в *imperitia*⁴⁵. Но у Ульпиана не было причин интерпретировать его вне его буквального значения, в смысле, неблагоприятном для клиентов. Согласно правилу интерпретации *ambiguitas contra stipulatorem*⁴⁶ (которое Ульпиану не известно) этот пункт был бы интерпретирован против той стороны, которая его установила, то есть против ремесленника, а не в его пользу. Однако в своей формулировке пункт о *periculum*, примененный здесь, ясен⁴⁷. В случае серьезной вины *diatretrarius*, несомненно, должен отвечать за нее, несмотря на этот пункт, так же, как он отвечал бы за злой умысел, от ответственности за который никогда нельзя освободиться (*dolus semper praestatur*, ср. § 276 II BGB)⁴⁸. Наш ремесленник также должен отвечать, если уронит кубок на землю (D. 19. 5. 23) или если поручит работу совсем неопытному ученику. Этот пункт договора также не исключает ответственность за неопытность⁴⁹: клиент хочет поручить обработку ценного кубка только квалифицированному *artifex*; предлагается заплатить вознаграждение соответственно более высокое, и можно сделать вывод, что изделие не должно быть уничтожено *imperitia*.

Но *vitium materiae* не является единственной причиной исключения ответственности за вину *artifex*. Ульпиан говорит о трещинах (или *gimae vitiosae*) только ради примера, и говорит с сознательной осторожностью «*potest esse excusatus*». Ущерб от разбития может быть нанесен по вине ремесленника также и без дефекта материала; другими словами, дефекту материала может следовать вина. Чтобы *artifex* нес ответственность, достаточно самой легкой неосмотрительности (Ульпиан. D. 9. 2. 44: *in lege Aquilia et levissima culpa venit*); то же самое действует и для договорной ответственности. Задачей ремесленника является, в частности, тщательное изучение материала, полностью ли он подходит для вышеизложенной обработки. Если же он не оказывался таковым, ремесленник обязан был предупредить об этом заказчика и отказаться от работы⁵⁰. Насколько тщательным должно быть изучение материала, позволяет оценить пример знаменитого алмаза Куллинан, который был найден в 1805 г. в Трансваале в 30 км от Претории в ЮАР. Алмаз был подарен английскому королевскому дому и разделен более чем на сто частей

⁴⁵ Так, в общем: *Arangio Ruiz*. Op. cit. P. 194; аподиктически (но не убедительно): *Berneker*. Op. cit. S. 126. Освобождение от ответственности «auch für handwerkliche Unzulänglichkeit» или «mangelhaftes Können» (так: *Fuhrmann/Liebs*, см. *supra*, сн. 14) было бы против *ordre publique*: клиенты должны иметь возможность рассчитывать на умение противоположной стороны в договоре. – Также и депоненты должны рассчитывать на сохранность своих вещей, отданных на публичное хранение. Освобождение от ответственности *hominarius* через пункт договора «хранение ценных предметов осуществляется с риском депонента» не допускалось, что показательно, уже Лабеоном (D. 19. 2. 60. 6); об этом: *Wacke*. Rechtsfragen der römischen Lagerhausvermietung // *Labeo*. 1980. № 26. S. 299 ss., 312 s.; согласен *Willwoseder* (*supra*, сн. 31) 425. Внутри договорной формы *locatio conductio* освобождение от ответственности *per periculum* (и в определенной мере *per culpa*, см. *supra*, сн. 48) согласно индивидуальным потребностям частично допускалось, а частично – нет: и это изредка имело место в соответствии с равной оценкой интересов.

⁴⁶ Ср.: *Krampe*. Die Unklarheitenregel. 1983; *Honsell H.* // *Iuris professio*, Festg. Kaser (1986) 73 ss.; ср.: *Baldus*. Regelhafte Vertragsauslegung nach parteirollen. 1998. S. 683 ss.

⁴⁷ Толкование, возможно, еще скрытое лингвистическим смыслом, согласно которому ремесленник возьмет работу «без риска судебного требования», было бы плохо понятно римлянам, и, конечно, в нем нет необходимости. У Гаия встречается *periculum* в смысле процессуального риска, особенно в связи с *pluris petitio* см.: *Heumann-Seckel* s. v. *periculum*, а; но это риск того, что иск будет отвергнут вследствие процессуальной ошибки истца, а не судебной жалобы должника. Ссылка на *facere* здесь подразумевает, без сомнения, *periculum* как риск незавершения изделия.

⁴⁸ Также и *pactum de non praestanda evictione* ограничен злым умыслом продавца: *Impallomeni*. Festgabe von Lübtow. 1970. S. 595 ss. Землемеры, которые имели высокий престиж в обществе, равным образом отвечали за *dolus*.

⁴⁹ Так, согласный с результатом, *Mayer-Maly*. Op. cit. S. 194.

⁵⁰ Согласен, в том что касается результата, *Haymann* (см. *supra*, сн. 16). S. 191. Обязанность проверить предоставленный заказчиком материал и сообщить о результатах, которая лежит на ремесленнике, была детально обсуждена составителями BGB, см. причины в: *Haidlen*. Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. I. 1897; к § 645 BGB p. 718 s. По § 1168a австрийского ABGB предприниматель обязан возместить ущерб в случае неудачного исхода работы.

(из которых 5–7 больших). Некоторые бриллианты, полученные из него, до сих пор украшают английскую корону. Шлифовка была произведена в Амстердаме, где уже более 200 лет работают знаменитые резчики алмазов. Один высококвалифицированный мастер изучал самый большой алмаз мира целый год – учитывая очень высокий риск, перед этой нечеловеческой задачей он почти потерял рассудок и в итоге должен был отказаться от заказа, за который позднее взялись другие.

Если после изучения материала наш *diatretarius* не может исключить наличия трещин в необработанном куске, но заказчик все равно поручает ему работу, тогда справедливо, что также и клиент должен нести риск разбития, которое может произойти в ходе изготовления. Только к этому случаю относится, по моему мнению, процитированный пункт договора, который, таким образом, вместе с *et ideo* логично (а не просто чтобы преодолеть помеху) следует формулировать, сознательно неясной, *potest esse excusatus*. Пункт не переносит этим *periculum* за дефект материала, который в любом случае *de iure* должен нести заказчик. Напротив, он поясняет, что *artifex* выполнил свои обязанности проверки и подготовки, и что вина не может быть вменена ему, и что он взялся за работу по желанию заказчика, несмотря на риск разбития. Таким образом, ремесленник освобожден от некоторых обстоятельств, вызванных дефектом материала, которые, по сути, могут быть вменены ему в вину (согласно § 645 BGB). Поскольку *vitium materiae* приравнивается к *casus*, поэтому речь идет о *casus mixtus* (то есть *casus mixtus cum culpa*, в противоположность простому *casus fortuitus* по более поздней терминологии)⁵¹.

Г. Несение риска потери вознаграждения для шлифовщика

Наконец, в двух текстах Ульпиана мы не находим ответа на вопрос, еще более важный по социальным причинам, о несении риска потери вознаграждения. Оплата за работу (как и в современном праве согласно § 641 BGB) выплачивалась, в принципе, не ранее принятия (*adprobatio*) готового изделия (D. 19. 2. 36). Однако, если оно было разбито, его нельзя было передать. Если *artifex* несет ответственность за ущерб (как будто вследствие собственной неопытности), справедливо, что он не имеет права на вознаграждение, хотя он обязан возместить ущерб. В случае разбития из-за дефекта материала он работал бы зря. Если это происходило сразу же, в начале работы, потеря времени для него была бы менее тяжелой. С продвижением же работы риск потери вознаграждения со стороны *diatretarius* постоянно растет. Это принуждает его быть очень внимательным, однако опасность разбития после многомесячной работы может негативно отразиться на существовании такого внимания. При очень слабо развитой в древнем римском праве социальной защите было бы неудивительно, если бы молчание Ульпиана следовало понимать как общее отрицание права ремесленника на вознаграждение до принятия законченной работы.

В согласии с большинством новых кодификаций по соображениям равенства § 645 BGB предоставляет исполнителю работы в случае невозможности ее выполнения вследствие дефекта материала, предоставленного заказчиком, право на часть вознаграждения, соответствующую выполненной работе. Эта норма восходит к общему праву через неоспорную интерпретацию мнения Павла, приведенного в D. 19. 2. 62, по которому обрушение канавы или канала из-за *vitium soli* попадает в сферу риска заказчика (ср. *supra*, сн. 27). Согласно такой связи с *periculum* там подразумевается риск цены, который, следовательно, должен нести заказчик (*locator*). Мы не знаем, решил бы Ульпиан в таком смысле случай с *diatreta*. Согласно его мнению, оговорка *non periculo suo se facere* включает только требования заказчика, но *artifex* он не дает никакого встречного требования⁵². Хотя путем пояснения или расширения пункта договора *artifex* мог бы сохранить свое право на вознаграждение, соответствующее тому, насколько продвинулась его

⁵¹ То есть *casus mixtus cum culpa* (противопоставляемый *casus fortuitus*): примеры, соответствующие источникам в: *Wacke // Festschrift Hübner*. 1984. S. 688, nt. 86.

⁵² Именно так: *Berneker* (*supra*, сн. 14) 127 ss., 130.

работа, в случае разбития кубка, которое не могло быть вменено ему в вину⁵³. Его заказчики, ценители этого дорогого искусства, не были бедняками.

В занятиях римскими источниками захватывает возможность общаться с древними авторами, которые жили почти две тысячи лет назад. Метод и юридическая лексика существенно не изменились с тех пор. Однако юристы, которых нет, уже не могут нам ответить. Мы вынуждены сами пытаться ответить на вопросы, нами же самими поставленные. Часто это трудно сделать при отсутствии твердых точек опоры; иногда мы должны удовлетворяться простыми предположениями.

A. WACKE

**SI ARTIFEX CALICEM DIATRETUM
FACIENDUM IMPERITIA FREGIT. DANNI
DERIVANTI DALLA ROTTURA DI GEMME
E DI BICCHIERI PREZIOSI: LE CLAUSOLE
DI SOPPORTAZIONE DEL RISCHIO
NELL'ARTIGIANATO ROMANO**

(RIASSUNTO)

L'articolo è dedicato alle clausole di sopportazione del rischio nei contratti d'opera nell'artigianato romano. Nel lavoro si tratta di un bicchiere di vetro, un *vas* o *calix diatretum*, della collezione del *Romisch-Germanisches Museum* di Colonia. Il processo di lavorazione del bicchiere a doppia parete, le cui coppe, l'interna e l'esterna, sono tenute insieme da sottili ponticelli di collegamento di vetro, fu a lungo controverso tra gli specialisti. Secondo l'opinione oggi dominante questi sarebbero stati lavorati da un unico pezzo.

La sopportazione del rischio di rottura, straordinariamente elevato, costituisce lo spunto per una significativa questione giuridica. E' un caso raro che la soluzione giuridica ad un problema ed evidenza archeologica si combinino felicemente. Due passi di Ulpiano trattano della responsabilità degli artigiani per la rottura di materiali loro consegnati per la lavorazione. Entrambi concernono un vero contratto d'opera (*locatio conductio operis*) in cui il materiale grezzo viene fornito dal committente. La fattispecie rappresentata è simile in entrambi i casi. Il committente (*locator*) dà un oggetto perché venga lavorato e questo viene rotto dal *conductor* durante la lavorazione. La decisione di Ulpiano è la seguente: la responsabilità dell'*artifex* dipende dal se la causa sia da

ricercare nella sua *imperitia* o in un *vitium materiae*. Gli esempi di responsabilità per *imperitia* rintracciati nel diritto romano costituiscono così i precedenti della moderna responsabilità professionale.

Per lo stato difettoso della materia da lavorare, il prestatore d'opera invece non è responsabile.

Come è facile distinguere teoricamente tra *imperitia* e *vitium materiae*, così risulta difficile d'altro canto rintracciare nel caso concreto l'effettiva causa del danno. Per oltre l'80% la decisione dipende dall'aspetto probatorio. Entrambi i passi di Ulpiano non contengono alcun riferimento espresso all'onere della prova nel caso di danno da rottura durante il lavoro degli artigiani. Non si dovrebbe immaginare tuttavia troppo dissimile dalla visione moderna, poiché l'onere probatorio si ripartisce secondo la logica dei suesposti principi strutturali del processo civile.

Secondo Ulpiano, gli artigiani ovviavano alle difficoltà di identificare le concrete cause del danno convenendo apposite clausole contrattuali.

Un *vitium materiae* non è l'unico motivo di esclusione della responsabilità per colpa dell'*artifex*. Un danno da rottura può essere colposo anche senza che ci sia un difetto di materiale. Per converso, perché l'*artifex* sia responsabile è sufficiente anche la più lieve

⁵³ No такая оговорка приблизила бы договор подряда к договору найма услуг; она могла также побудить ремесленника работать менее тщательно.

negligenza. Compito dell'artigiano è in particolare la scrupolosa ricerca del materiale, in ordine alla sua idoneità a sopportare la lavorazione. Se dopo l'esame del materiale il *diatretarius* non rileva la presenza di crepe nel pezzo grezzo, ma il committente gli affida ciononostante il lavoro, allora anche il cliente deve sopportare il rischio della rottura che può verificarsi nel corso della realizzazione tecnica. Solo a questo caso si riferisce, a parere dell'autore, la citata clausola contrattuale.

Due testi di Ulpiano non ci danno alcuna risposta sulla questione della sopportazione del rischio di perdita del compenso. Di fronte a una tutela sociale solo debolmente sviluppata nel diritto romano antico, questo non dovrebbe destare meraviglia. Forse il silenzio di Ulpiano potrebbe essere inteso come una generale

negazione del diritto al corrispettivo da parte dell'artefice prima del ritiro dell'opera finita.

Il § 645 BGB concede al prestatore d'opera, nel caso di impossibilità di conduzione della stessa a seguito di un difetto del materiale fornito dal committente, un diritto ad una parte della remunerazione corrispondente al lavoro prestato. Se Ulpiano avrebbe deciso in questo senso nel caso dei *diatreta*, non lo sappiamo. Secondo l'opinione del giurista, la clausola escluderebbe solo le pretese del committente, mentre all'*artifex* non viene riconosciuta alcuna contropretesa. Eppure, in seguito ad una chiarificazione, o di un ampliamento della clausola contrattuale, l'*artifex* avrebbe potuto mantenere il suo diritto al corrispettivo nella misura corrispondente al progresso del suo lavoro e nel caso di una rottura del bicchiere a lui non imputabile.