ГРАЖДАНСКИЙ И УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС В ИСТОРИИ РИМСКОГО ПРАВА

Введение

1. Переход к формулярному процессу

2. Общие основания формулярного процесса

3. Преторские формулы и actiones praetoriae

4. Общий ход производства

5. Особенные формы судебной защиты

6. Уголовное право и уголовный суд

ВВЕДЕНИЕ

Что такое история гражданского процесса по отношению к современной практике? Это ничто иное, как практика прошлого времени в широком смысле слова. Как явления современной практики, так и исторические формы и начала процесса всегда можно свести к простым логическим моментам одной и той же системы. И такая теория может быть вполне практической, непосредственно применимой в современном праве.

Многие институты гражданского процессуального права имеют глубокие корни в истории права, и на их основе развилось современное судопроизводство. К ним относятся институты иска, доказательств и представительства. Это центральные институты римского права, которые составляют фундамент любого современного национального гражданского процессуального права.

Римское право – это основа всей системы гражданского процессуального права. Оно определило главные принципы гражданского процесса (диспозитивности, состязательности, устности, гласности), римские юристы разработали вопросы подсудности, подведомственности, судебного обжалования и т.д.

В монографии исследуются важнейшие гражданские процессуальные институты римского права с позиции их влияния на российскую правовую доктрину и российское гражданское судопроизводство.

Российский гражданский процесс прошел различные ступени в своем становлении, постепенно совершенствуясь путем собственного развития и путем знакомства российских юристов с законодательным опытом Западной Европы.

Теоретический правовой фундамент, заложенный римским правом, до тонкости разработанные им процессуальные институты оказали определенное влияние на российское законодательство. Степень такого влияния на российское право на протяжении всей истории его развития была неодинакова. В наибольшей степени воздействию римского права подверглись институты иска, доказательств и представительства. Однако среди указанных институтов степень использования римских норм российским правом различна. Если рассматривать институт доказательств в российском дореволюционном праве, то применительно к нему можно говорить о непосредственном заимствовании некоторых римских норм российским законодательством.

Что касается института иска, то понятие иска претерпело значительные изменения по сравнению с существовавшим в римском праве, но тем не менее основные начала искового производства были восприняты российским гражданским процессуальным правом. Римские юристы разработали учение о представительстве, проводили деление представителей, на выступающих по поручению, и на законных представителей, что было положено в основу института представительства в российском праве.

Проблема влияния римского права на российское законодательство издавна привлекала внимание русских ученых-правоведов и являлась предметом оживленных дискуссий. Однако в -советский период темой античного правового наследия занимались в основном историки, а не юристы, в работах которых римское право по большей части было предметом специального изучения.

В современной юридической литературе вопросы влияния римского права на законодательство, регулирующее российское судопроизводство, либо вообще не затрагивались, либо рассматривались фрагментарно.

Научные исследования по данной проблеме актуальны, так как многие процессуальные институты и догматические категории российской правовой системы восходят к принципам и структуре римского права, вырабатывались на основе или с учетом его критического восприятия.

Творчество римских юристов оказало большое влияние на последующее развитие правовой мысли. Это обусловлено как высокой культурой римской юриспруденции, характеризующейся обстоятельностью, аргументированностью правового анализа, четкостью формулировок, обширностью разработанных проблем общетеоретического и юридико-технического профиля, так и той ролью, которая выпала на долю римского права в дальнейшей истории права

1. ПЕРЕХОД К ФОРМУЛЯРНОМУ ПРОЦЕССУ

В области гражданского процесса в течение всей первой половины республики продолжала действовать система legis actiones, хотя не без некоторых дополнений и изменений. В ряду этих дополнений на первом месте надо упомянуть введение пятой формы legis actio – per condictionem, описанной выше и установленной, по свидетельству Гая, двумя законами – lex Silia и lex Calpurnia, время которых, однако, неизвестно. Как форма, сравнительно с другими более простая, legis actio per condictionem должна была для исков из обязательств занять главное место. Этому же времени принадлежит если не установление, то, во всяком случае, большее распространение и четвертой формы – legis actio per judicis arbitrive postulationem, хотя более точных данных на этот счет мы не имеем.

Существенные изменения претерпела и legis actio per manus injectionem. Как было сказано выше, сам должник, подвергнувшийся manus injectio, права возражения и защиты не имел: за него должен был выступить vindex, который, отстранив руку кредитора, освобождал от процесса должника окончательно, но в случае неосновательности своего вмешательства подлежал ответственности in duplum. В период республики отдельными законами для ряда случаев, к которым применяется manus injectio, этот порядок отменяется, и предоставляется самому должнику защищать себя (manum sibi depellere Iicet225, но под угрозой двойной ответственности на случай неосновательности спора), а затем lex Vallia (неизвестного времени) оставляет старый строгий порядок только для двух случаев: а) для взыскания по приговору суда – actio judicati и b) для взыскания поручителя против должника, за которого он принужден был заплатить – actio depensi. Таким образом, рядом с manus injectio в старом, строгом виде – рядом с так называемыми manus injectio pro judicato226, появляется более мягкий вид – так называемое manus unjectio pura227. Смягчение это в высокой степени соответствовало интересам беднейших классов населения, которым, конечно, всего труднее было найти в подобных случаях поручителя (vindex). – Весьма важное облегчение в положение несостоятельного должника, уже переданного во власть кредитора, вносит, далее, lex Poetelia (326 г.), закон, который, между прочим, отменил продажу должника в рабство. Вообще замечается тенденция ослабить строгость долговых взысканий и перенести ответственность за долг с личности должника на его имущество – тенденция, без сомнения, обязанная своим происхождением настойчивой борьбе плебеев и их трибунов.

Однако, несмотря на все подобные частичные изменения и поправки, система legis actiones оказывалась все более и более несоответствующей быстро развивавшемуся гражданскому обороту. Деловая жизнь с каждым годом выдвигала все новые и новые формы отношений, которые вовсе не были известны примитивному обороту эпохи XII таблиц и которые, даже путем чрезвычайных натяжек, не могли быть втиснуты в узкие рамки старых legis actiones. Гражданский оборот изыскивает искусственные средства для того, чтобы дать этим новым правоотношениям исковое осуществление. Таким искусственным средством является процесс per sponsiones.

Для того, чтобы дать своему спору возможность пойти судебным путем, спорящие стали облекать его в форму пари: каждый из них выставлял свое утверждение ("ты должен мне столько-то"; "я тебе ничего не должен" и т. п.) и на случай своей неправоты назначал для себя известный штраф, который он обещал уплатить противнику. Это обещание облекалось в особую форму вопроса и ответа (stipulatio) и называлось sponsio, с одной стороны, и restipulatio – с другой. На основании этих sponsiones возникал уже затем обыкновенный процесс об обещанном штрафе: кто кому должен его уплатить. Процесс этот происходит в форме legis actio и, вероятно, в форме legis actio per condictionem. От процесса per sacramentum процесс per sponsiones отличался прежде всего тем, что заключение пари здесь происходит не in jure, и потом тем, что облекаемые в форму пари претензии могли быть любого характера, а не только такие, которые признает закон.

Но, само собою разумеется, что процесс per sponsiones, возможный к тому же лишь при согласии обоих спорящих, только в слабой степени восполнял пробелы устарелой системы и вовсе не устранял крайнего формализма всей процедуры legis actio. Как было отмечено выше, стороны должны были в высшей степени точно формулировать свои требования in jure, так как малейшая оплошность в этом отношении вела за собой потерю процесса. При значительном усложнении правоотношений такие ошибки делались все возможнее, и понятно поэтому, что развивающийся оборот тяготился этим неуклюжим процессом и желал нового – более гибкого и более свободного. И вот, сообщает Гай, "per legem Aebutiam et dues Julias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas litigemus"228.

Согласно этому сообщению, новый порядок процесса был введен законом Эбуция (lex Aebutia) и двумя законами Юлия (duae leges Juliae). Все эти законы, ввиду отсутствия более подробных сведений, возбуждают многочисленные споры. Прежде всего, неизвестно время их издания. Что касается lex Aebutia, то, по новейшим исследованиям Жирара, этот закон приходится на время между 149 и 126 г. до Р. Х. Относительно leges Juliae мнения чрезвычайно расходятся: одни думают, что оба эти закона суть законы Августа; другие приписывают один из них Августу, другой Цезарю; третьи, наконец, приписывают оба Цезарю229.

Неясна, далее, роль этих законов в самой реформе. Старая теория держалась того мнения, что lex Aebutia была вполне реформирующим законом, который прямою буквой своей уничтожал legis actiones и устанавливал новый процесс. Но эта теория ныне совершенно оставлена; против нее говорит, во-первых, участие в той же реформе двух законов Юлия, а во-вторых, самое выражение Гая "effectumque est", что указывает на реформу как на посредственный результат этих законов. Ввиду этого высказываются различные предположения. По мнению одних (Беккер), уже в позднейшую эпоху процесса per legis actiones после устного совершения legis actio in jure претор стал давать судье письменное изложение (так сказать, протокол) высказанных там претензий; lex Aebutia и Juliae только уничтожили необходимость устного совершения legis actio и предписали прямо составлять формулу. По мнению других (Влассак, Жирар и др.), lex Aebutia ввела только рядом с прежними формами legis actio новую форму per formulam, предоставив сторонам самим выбирать между ними. Новая же форма процесса была заимствована, вероятно, или из процесса между перегринами перед praetor peregrinus, или из процесса, бывшего в употреблении в провинциях. Мало-помалу эта новая форма, как гораздо более удобная, стала вытеснять legis actiones из употребления. Законы Юлия идут дальше по этому пути: они ограничивают сферу применения legis actiones только известными случаями в виде исключения (именно сохраняют legis actiones для процесса перед судом центумвиров и для исков о damnum infectum230).

Как бы то ни было, но в результате этих законов установился в Риме новый процесс – процесс per formulas, или формулярный. Общий смысл совершившейся реформы заключается в переложении обязанности формулировать предмет спора с плеч сторон на плечи претора. В процессе per legis actiones стороны сами должны были формализировать свои претензии, облекая их в соответствующие закону словесные формулы: "aio hanc rem meam esse ex jure Quiritium", "aio te mihi C. dare oportere" и т. д. В процессе формулярном стороны перед магистратом могут излагать дело в любых выражениях и в любой форме; дать же претензиям сторон соответствующее юридическое выражение составляет теперь дело претора. Из объяснений сторон он выводит юридическую сущность спора и эту сущность излагает в особой записке судье, назначаемому для разбора этого дела. Эта записка судье и есть formula, отчего и самый процесс называется формулярным. Вместо прежней точной словесной формулы "aio hanc rem meam esse ex jure Quiritium" истец перед претором может говорить какими угодно словами; претор уже сам разберет, чтo собственно с юридической точки зрения утверждает истец, и в своей записке судье напишет: "si paret hominem Stichum ex jure Quiritium Auli Agerii (стереотипное обозначение истца от слова agere) esse, judex Numerium Nigidium (стереотипное обозначение ответчика от слова negare) condemna, si non paret, absolve"231.

Таким образом, формула теперь, как прежде legis actio, представляет изложение юридической сущности спора и составляет те рамки, в которых затем должно двигаться дальнейшее производство in judicio.

Так возник в Риме процесс, который (конечно, развиваясь и совершенствуясь) действовал затем не только в период республики, но и в течение всего следующего периода, процесс, при котором совершилось перерождение римского права из узконационального в общемировое. Вся классическая юридическая литература, отрывки которой дошли до нас в Юстиниановской компиляции, предполагает именно этот формулярный процесс, и потому он заслуживает несколько более обстоятельного рассмотрения.

Освобожденный от оков строгой формалистики, формулярный процесс оказался в достаточной степени гибким, чтобы воспринять в себя самые разнообразные нарождающиеся отношения и дать место различным, даже самым тонким, оттенкам каждого конкретного случая.

2. ОБЩИЕ ОСНОВАНИЯ ФОРМУЛЯРНОГО ПРОЦЕССА

Осью всего формулярного процесса является формула; она составляет цель производства in jure и основание производства in judicio, являясь юридической формулировкой происходящего перед судом спора. Сообразно такому своему назначению, формула слагается из следующего основного содержания (так называемые обыкновенные составные части формулы).

Начинается она всегда наименованием судьи, к которому данное дело отсылается для разбора; это так называемое judicis nominatio: например, "Octavius judex esto" или "Licinius, Sempronius, Seius recuperatores sunto"232. Затем следуют: а) intentio – изложение претензии истца, самой сущности спора, например, "hominem Stichum Ai Ai esse" или "Nm Nm и Аo Аo 100 dare oportere"233, и b) condemnatio – поручение судье обвинить или оправдать ответчика, смотря по тому, окажется ли предположение intentio правильным или неправильным: "condemna, si non paret, absolve". Таким образом, формула имеет всегда вид некоторого условного повелительного предложения:

"Octavius judex esto. Si paret hominem Stichum ex jure Quiritium Ai Ai (Auli Agerii) esse, judex Nm Nm (Numerium Nigidium) Аo Аo condemna, si non paret, absolve". ("Октавий да будет судьей. Если окажется, что раб Стих составляет квиритскую собственность Авла Агерия, то ты, судья, Нумерия Нигидия в пользу Авла Агерия обвини; если не окажется, оправдай").

Иногда, в случаях более сложных, может оказаться необходимым изложить в самой формуле вкратце те факты и обстоятельства, из которых истец выводит свою претензию; тогда в начале формулы перед intentio ставится demonstratio или praescriptio, и формула примет, например, такой вид:

"Ea res agatur, quod AS AS de No No incertum stipulatus est (Дело идет о том, что А. А. заключил с N. N. договор с неопределенной заранее стоимостью, например, о постройке дома, domum aedificari; это demonstratio); quidquid ob eam rem Nm Nm Ao Ao dare facere oportet (сколько на этом основании – разумеется, при его неисполнении – следует теперь ответчику в пользу истца уплатить – это intentio), ejus judex Nm Nm Ao Ao condemna, si non paret, absolve (столько ты, судья, приговори, в противном случае оправдай – condemnatio)".

Иногда, наконец, в формуле появляется еще одна часть – adjudicatio. В исках о разделе общего имущества (общей собственности, общего наследства) судье для лучшего осуществления раздела необходимо предоставить право передавать общую вещь в полную собственность одному из участников с тем, чтобы он уплатил за это известную сумму другому. Вот это-то право и дается судье посредством поручения – "adjudica".

Таковы четыре так называемые обыкновенные составные части формулы. Несколько подробнее надо остановиться на intentio и condemnatio.

В intentio излагается претензия истца, но она может быть различного характера. Прежде всего различаются intentio in rem и intentio in personam. Intentio in rem есть всегда там, где спор идет о каком-либо вещном праве, например, о праве собственности ("S. p.234 hominem Stichum Ai Ai esse" или о праве вещного пользования чужой вещью – о так называемом сервитуте ("S. p. Ai Ai jus esse eundi agendi in fundo235 Ni Ni "). Intentio in personam есть тогда, когда спор идет об обязательстве между истцом и ответчиком (например, "S. p. Nm Nm Ao Ao 100 dare oportere"). Согласно этому различию, и самые иски делятся на actiones in rem и actiones in personam236.

Далее, различают intentio stricti juris и intentio bonae fidei237. Intentio stricti juris вытекает из строгого цивильного права, и потому судья при разборе иска должен принимать во внимание только нормы этого строгого права. Но есть случаи, когда судье предписывается обсудить спор между сторонами, принимая во внимание обычаи оборота и правила деловой порядочности (bona fides). В таких случаях в формуле делается добавка "ex fide bona", например:

Quod As As de No No hominem Stichum emit (demonstratio), quidquid ob eam rem Nm Nm Ao Ao dare facere oportet ex fide bona (intentio bonae fidei), ejus judex Nm Nm Ao Ao condemna, si non paret, absolve"238.

Наконец, различаются intentio certa и intentio incerta. Первая есть всегда там, где дело идет об определенной денежной сумме или об определенной вещи ("S. p. Nm Nm Ao Ao 100 dare opertere", "S. p. hominem Stichum Ai Ai esse". Но бывают и такие случаи, когда заранее невозможно указать точную сумму претензий, когда она должна выясниться еще на суде; тогда мы имеем intentio incerta. Например:

"S. p. Am Am apud Nm Nm mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo Ni Ni redditam non esse (demonstratio: истец отдал ответчику на сохранение серебряный стол, а ответчик его не возвратил), quidquid ob eam rem Nm Nm Ao Ao dare facere oportet ex fide bona (intentio incerta bonae fidei), ejus judex Nm Nm Ao Ao с. s. p. a.".

Condemnatio может быть также различна. Иногда судье в самой формуле указывается та сумма, на которую он должен обвинить ответчика (например, "S. p. Nm Nm Ao Ao centum dare oportere, judex Nm Nm Ao Ao centum condemna"239), в таком случае мы имеем condemnatio certa. В других случаях такого указания нет, и сумма приговора еще должна быть определена судьей на основании разбора и расчетов ("quidquid ob eam rem dare facere oportet, ejus judex condemna" или "quanti ea res ejus judex condemna"240); это – condemnatio incerta. Бывают, наконец, случаи, когда сумма приговора в общем предоставляется судье, но при этом ему указывается известный maximum; тогда мы имеем condemnatio incerta cum taxatione (например, "judex Nm Nm dumtaxat centum condemna"). Но во всяком случае приговор должен гласить теперь всегда на определенную денежную сумму; condemnatio в формулярном процессе есть всегда condemnatio pecuniaria.

Нет, однако, необходимости, чтобы все указанные составные части были в каждой данной формуле налицо. Непременную принадлежность всякой формулы (кроме judicis nominatio) составляет только intentio, ибо без претензии истца не было бы и иска. Не столь необходима condemnatio: есть случаи, когда истец добивается в настоящий момент только судебного признания своего права, не требуя никакой condemnatio ответчика; это признание ему необходимо, по общему правилу, для того, чтобы потом возбудить целый ряд исков и, быть может, против различных лиц. Такие иски называются actiones praejudiciales и в формуле, вместо condemnatio, содержат только предписание судье объявить о своем признании или непризнании права истца, что технически называется pronuntitiao (например, "S. p. hominem Stichum ex j. Q. Ai Ai esse, judex eum videri, si. n. p. eum non videri pronuntia"). Масса формул содержит, далее, только intentio и condemnatio (таковы все иски с intentio certa stricti juris); многие формулы имеют, кроме того, еще и demonstratio (таковы все иски с intentio incerta), и только формулы исков о разделе состоят из всех четырех частей.

Кроме этих обыкновенных составных частей, формулы принимают иногда в себя некоторые особые добавки различного рода. Таковы:

1) Exceptio. Против претензии истца ответчик может представить свои возражения. Если он просто отрицает существование утверждаемого истцом права, то он без всякого особого упоминания в формуле защищен словами "si non paret, absolve". Но возможно, что ответчик признает, что право истца действительно возникло, но приводит то или другое обстоятельство, которое делает осуществление этого права со стороны истца несправедливым, например, ссылается на данную ему истцом отсрочку (pactum de non petendo241) или на обман истца при заключении сделки (dolus). В таком случае для того, чтобы предотвратить обвинение, претор включает в формулу особую добавку, как отрицательное условие condemnatio; это и есть exceptio. Например:

"Si paret Nm Nm Ao Ao centum dare oportere atque inter Nm Nm et Am Am non convenit, ne ea pecunia peteretur" (exceptio pacti de non petendo) или "si in ea re nihil dolo malo Ai Ai factum sit (exceptio doli), judex Nm Nm Ao Ao c. s. n. p. a"242.

2) Praescriptio есть вставка в начале формулы, делаемая для различных целей. а) Во многих случаях praescriptio является лишь изложением обстоятельств дела и тогда она есть то же, что demonstratio. b) Иногда praescriptio вставляется в интересах ответчика – praescriptio pro reo – и имеет то же назначение, что и exceptio. c) Но иногда она имеет в виду интересы истца – praescriptio pro actore. Нередко бывает, что истец в настоящий момент желает ограничить свой иск только одним каким-либо пунктом, оставляя другие требования из того же правоотношения до другого раза; например, в настоящий момент он желает только, чтобы купленный им участок земли был ему ответчиком передан; все же прочие требования из того же договора покупки (об убытках вследствие несвоевременного исполнения договора и т. д.) он пока оставляет в стороне. В таком случае в начале формулы делается praescriptio: "ea res agatur dumtaxat de fundo mancipando"243.

3) Arbitratus judicis. Если иск идет о возвращении вещи, которой неправильно владеет ответчик, то перед condemnatio делается оговорка "nisi arbitratu tuo ea res restituetur". Этой оговоркой предписывается судье обвинить ответчика только тогда, если он добровольно после приказания судьи не возвратит вещь истцу. Если ответчик возвратит вещь, он оправдывается; если не возвратит, то приговаривается к платежу ее оценки – aestimatio ("quanti ea res est, condemna"). При этом, если ответчик не возвращает вещи из простого упорства (contumacia), то судья в виде наказания за это предоставляет самому истцу под присягой (jusjurandum in litem) оценить вещь. Впрочем, если судья найдет эту оценку слишком высокой, он может ее понизить. Все иски с arbirtatus judicis носят название actiones arbitrariae.

Составленная таким образом формула является инструкцией для судьи, который будет разбирать дело по существу in judicio, является теми рамками, которыми определяется дальнейшая процессуальная деятельность и судьи, и сторон, и из которых выходить он не вправе. С введением формулярного процесса формализм не исчез окончательно: стороны свободны делать всякие заявления перед претором (in jure), но для судьи (in judicio) решающее значение имеет то, что написано в полученной им формуле. Поэтому ошибки в формуле, допущенные по оплошности претора или самих сторон, могут иметь самые решительные последствия.

Возможна, прежде всего, ошибка в intentio. Истец, например, может заявить требование на несколько бoльшую сумму, чем он имеет на самом деле право: вместо 90, он требует с ответчика 100 (истец, например, забыл, что ответчик 10 ему уже уплатил); он, таким образом, plus petit244. Так как в формулу условием condemnatio будет поставлен заявленный истцом долг ответчика на 100 ("Si paret Nm Nm Ao Ao centum dare oportere, condemna"), то судья, следуя тексту формулы и не найдя по расследовании указанного ему условия (долга на 100 нет), должен будет истцу отказать вовсе. Истец потеряет свой процесс, но мало этого: в силу правила, что об одном и том же деле нельзя искать два раза ("ne bis de eadem re sit actio"245, он не имеет возможности возобновить иск и на действительно должную сумму; его требование погибло навсегда.

Такая pluspetitio возможна в различных видах. Можно plus petere: а) re - вместо девяносто сто, b) tempore – слишком рано, не дождавшись срока, с) loco – в другом месте, чем должно, d) causa – несогласно с другими особенностями договора, например, по договору ответчик обязался доставить истцу или вещь a, или вещь b по собственному выбору; истец же просто требует вещь а.

Если, напротив, истец просит меньше, чем следует – minus petit, то, так как в большем заключается и меньшее (в долге на 100 есть и долг на 90), он получит требуемое, но для того, чтобы получить остальное, необходим новый иск, причем истец должен ждать вступления в должность другого претора.

Ошибка, далее, может быть в demonstratio: обстоятельства дела неверно изложены; истец настоящий процесс потеряет, но может немедленно начать новый иск, ибо этот новый иск формально будет идти de alia re, чем прежний.

Наконец, в condemnatio может оказаться поставленной иная сумма, чем в intentio: например, сказано: "Si paret Nm Nm Ao Ao centum dare oportere, judex 200 condemna". Судья присудит к сумме, обозначенной в condemnatio (к 200). Если обозначено больше, от этого в убытке ответчик; если обозначено меньше, в убытке истец. Но в случае уважительной причины (например, ошибка произошла от рассеянности претора) и тому и другому даруется претором restitutio in integrum, то есть восстановление в прежнее положение, как если бы прежнего дела и не было.

Уже из сказанного видно, насколько формулярный процесс проникнут еще процессуальным формализмом. С течением времени этот формализм ослабляется, но все же до самого конца формула остается моментом, для всего дальнейшего производства весьма существенным.

3. ПРЕТОРСКИЕ ФОРМУЛЫ И ACTIONES PRAETORIAE

Закон Эбуция имел в виду лишь упрощение процессуального производства, но эта процессуальная реформа имела громадное значение и в другом отношении: она открыла упрощенные и более удобные средства для преторского влияния в области гражданского права, а вместе с тем и для развития jus honorarium. Благодаря тому, что составление формулы находится теперь всецело в руках претора, он приобретает возможность воздействовать в двояком направлении.

I. В эпоху legis actiones, когда весь ритуал in jure состоял из заявлений и действий сторон, когда магистрат играл роль чисто пассивную, он, конечно, в рамках этого процесса не имел никакой возможности оказать какое-либо влияние на исход проходящего пред ним спора, не мог наложить на цивильную претензию истца свое veto, хотя бы и находил эту претензию по существу несправедливой. Если истец заявил "aio hanc rem meam esse"246 и затем на этом основании совершалась vindicatio, contravindicatio и т. д., то претор не имел средства остановить legis actio и помешать переходу дела in judicium. Он не мог парализовать иска или, как говорят технически, не мог actionem denegare247.

Конечно, если претор желал быть настойчивым, он мог потом, после окончания дела, мерами своей власти (multae dictio и т. д.) заставить выигравшего процесс истца вернуть вещь обратно ответчику; но все эти меры лежат уже за пределами данного процесса и не всегда могут дать потерпевшему надлежащее удовлетворение (владельцу всегда лучше не выдавать вещи, чем выдать и затем добиваться ее обратно).

С переходом к формулярному процессу положение изменилось. Теперь составление формулы находится в руках претора; отказав истцу в составлении формулы, претор этим самым может остановить дальнейшее течение процесса и, следовательно, сделать цивильное право истца практически ничтожным (nudum jus), правом без эффекта" (sine effectu). Возникает, таким образом, denegatio actionis, которая делает претора уже прямым контролером и распорядителем цивильных исков.

К подобной denegatio претор прибегает тогда, если для него сразу же ясно, что претензия истца, хотя бы основанная на jus civile, несправедлива. Обыкновенно же случается так, что ответчик приводит в свою защиту какое-нибудь такое обстоятельство, которое еще нужно проверить относительно его истинности, например, ссылается на то, что, хотя он и обещал уплатить истцу известную сумму, но лишь потому, что был принужден к тому насилием. Так ли оно было в действительности или нет – надо еще проверить. Такую фактическую проверку претор может произвести и лично (causae cognitio), после чего он может actionem aut dare aut denegare248. Гораздо же чаще, чтобы не затруднять себя фактическим расследованием, он перелагает его на судью in judicio, вставив в формулу соответствующую exceptio. Таким образом, exceptio по своему материальному значению есть не что иное, как условная denegatio.

II. Но, кроме такого отрицательного воздействия на цивильное право, формулярный процесс открыл дорогу и для более интенсивного положительного влияния претора. Выше было уже отмечено (§ 19), что еще в эпоху legis actiones претор мог оказывать известное влияние на отношения между частными лицами путем своих административных приказаний (interdicta) и административных мер. С установлением процесса per formulas в руках претора оказалось для той же цели средство гораздо более простое и удобное.

Если к нему являлось лицо с претензией, хотя и не имеющей для себя оснований в цивильном праве, но все-таки, по мнению претора, справедливой, то он мог теперь, вместо того, чтобы, как прежде, расследовать дело лично и вынудить исполнение посредством multae dictio и т. д., просто-напросто составить соответствующую формулу и передать дело на решение судьи, предписав ему по проверке фактических данных обвинить ответчика. Таким образом, рядом с исками, основанными на цивильном праве, actiones civiles, появляются иски преторские – actiones praetoriae. В создании этих исков преторское творчество достигает своего зенита.

В основе цивильного иска лежит всегда такое или иное цивильное право истца, некоторое jus, которое в иске осуществляется. Поэтому в формуле этого иска условием condemnatio ставится наличность такого или иного jus истца ("S. p. rem ex jure Q. Ai Ai esse", "S. p. jus esse Ai Ai eundi agendi" и т. д.), и самые формулы этого рода называются formulae in jus conceptae249.

Материальным основанием всех преторских исков, напротив, является уже не какое-либо право истца на то, чтобы ответчик ему что-либо заплатил, а просто известное фактическое положение дел, совокупность известных фактических обстоятельств, которые делают справедливым, чтобы ответчик заплатил. Поэтому преторские иски опираются всегда на некоторое factum, а их формулы являются formulae in factum conceptae250.

Раз претор признал справедливым при совокупности известных фактических условий дать просителю иск, то для того, чтобы судья действительно обвинил ответчика, необходимо, чтобы претор в самой формуле даруемого иска условием condemnatio поставил эти фактические обстоятельства, чтобы в самом тексте ее они нашли себе надлежащее место. Редакция формулы при этом, однако, может быть различна.

Чаще всего претор просто перечисляет эти факты: если окажется то-то и то-то, ответчика обвини; тогда мы имеем conceptio in factum просто.

Но иногда дело может быть упрощено: претор может прибегнуть к фикции251, и тогда мы будем иметь formula ficticia. Например, в известных случаях лицо могло потерять свою цивильную правоспособность, подвергнуться так называемому capitis deminutio; тогда оно исчезало из списка субъектов гражданского права, теряло права, но освобождалось и от обязанностей. Последнее обстоятельство было несправедливо по отношению к его кредиторам, и вот претор стал давать им иск с фикцией "ac si capite deminutus non esset"252, то есть судье предписывалось в формуле судить так, как если бы ничего в этом смысле не произошло.

Наконец, иногда тем фактическим обстоятельством, на котором истец основывает свою претензию, является долг ему со стороны лица постороннего, чем ответчик, или даже лицу постороннему, чем сам истец (например, предъявляется иск опекуном за малолетнего, находящегося под опекой). Тогда формула образуется посредством так называемой перестановки субъектов. Например: "Si paret Nm Nm Lo Titio (малолетнему) centum dare oportete, judex Nm Nm Ao Agerio (опекуну) condemna": в condemnatio вместо L. Titium ставится A. Agerius.

Но будет ли формула преторского иска конципирована так или иначе – посредством простого перечисления фактов, посредством фикции или перестановки субъектов, – все равно, формула эта будет по существу всегда formula in factum concepta.

Изложенное только что учение о formulae in jus и in factum conceptae расходится, однако, с учением господствующим. Это последнее полагает, что различие между этими видами формул покоится на том, отсылается ли в данной формуле судья для постановки своего решения только к фактам или же он должен принимать во внимание и объективные нормы juris civilis. Поэтому к formulae in factum conceptae господствующее учение относит только те, где мы имеем conceptio in factum просто; напротив, farmulae ficticiae и formulae с перестановкой субъектов оно считает за formulae in jus conceptae. С различием цивильных и преторских исков различие между actiones in jus и in factum conceptae не совпадает: как есть преторские формулы in jus conceptae (только что упомянутые formulae ficticiae и с перестановкой субъектов), так, с другой стороны, есть и цивильные formulae in factum conceptae (таковы так называемые actiones in factum civiles или praescriptis verbis, где есть цивильная претензия истца, но в формуле, сверх нее, еще указываются и фактические обстоятельства в виде praescriptio).

Но это господствующее учение покоится на весьма шатких основаниях: критерий господствующего учения относительно деления формул на in jus и in factum conceptae настолько слаб, что даже многие из его представителей actiones ficticiae причисляют к formulae in factum; выражение "actio in factum civilis"253 является ныне уже общепризнанной интерполяцией и т. д.254 Возможно, что в более позднее время выражение "actio in factum" стали употреблять для обозначения исков, которые не имели типичных, в преторском эдикте выставленных формул, следовательно, в противоположность actio proditae или vulgares255 (Жирар), – но такое словоупотребление не может затемнить первоначальноого и истинного значения различия между actiones in jus и in factum conceptae.

4. ОБЩИЙ ХОД ПРОИЗВОДСТВА

Производство и в формулярном процессе сохраняет свое разделение на две стадии – jus и judicium. В этом состоит обычный порядок – ordo judiciorum privatorum, почему и самый этот процесс, как ординарный, противополагается всякому административно-судебному разбирательству, где нет такого разделения, как экстраординарному (extra ordinem).

1. Производство in jure. Органом суда in jure являются в Риме претор, а в муниципиях – муниципальные магистраты, то есть главным образом Duoviri jure dicundo.

Как в системе legis actiones, так и теперь для начала всякого процесса необходима явка обеих сторон к магистрату: производства заочного и формулярный процесс не знает. Равным образом, и в эпоху формулярного процесса не существует официального вызова в суд: истец сам должен позаботиться о явке ответчика. Для этой цели сохраняются прежние средства – in jus vocatio и vadimonium – с тем, однако, различием, что преторский эдикт отменил, на случай отказа ответчика, насильственный привод и manus injectio, заменив их штрафом in duplum.

Стороны, по общему правилу, ведут процесс лично, но в эпоху формулярного процесса появляется уже и процессуальное представительство, причем различаются два вида представителей – когнитор (cognitor) и прокуратор (procurator). Cognitor – это представитель формальный; он назначается представляемым в присутствии противной стороны и в определенных выражениях ("quod ego tecum agere volo, in am Titium tibi cognitorem do"256), но зато он потом совершенно заменяет представляемого: последний уже не может предъявить тот же иск во второй раз; с другой стороны, взыскание по приговору (actio judicati) принадлежит ему, а не когниторy, и направляется против него, а не против когниторa.

Procurator, напротив, назначается бесформально и даже, быть может, без ведома противной стороны. Даже более того: прокуратор может выступить сам в интересах представляемого без всякого поручения (например, кто-либо желает предъявить иск для охраны интересов лица отсутствующего). Вследствие этого его процесс не имеет такого значения, как процесс когниторa: а) после процесса прокураторa представляемый (dominus) может сам вчинить новый иск против того же ответчика; и вот, для того, чтобы защитить последнего от двойного взыскания, от всякого прокураторa требуется обеспечение в том, что, если dominus не признает процесса прокураторa и предъявит иск лично во второй раз, он, прокуратор, возместит ответчику все его убытки – так называемые cautio257 de rato habendo. b) Взыскание по иску, веденному прокуратором, дается ему, а не dominus (он уже сам должен передать взысканное последнему) и направляется против него, а не против dominus. Если прокуратор выступил за ответчика, то приговорен будет прокуратор, ввиду этого истец может требовать от прокураторa обеспечения в том, что он, в случае обвинения, уплатит по приговору – так называемое cautio judicatum solvi.

В более позднее время, однако, это различие сглаживается: устанавливается правило, что если прокуратор ведет иск по поручению представляемого (procurator cum mandato), хотя бы и бесформальному, то dominus уже не может не признать процесса прокураторa и не может вчинить иск вторично; вследствие этого подобный procurator cum mandato уже освобождается теперь от представления cautio de rato. И только представители без поручения остались в прежнем положении.

Когда стороны (лично или через представителей) явились к претору, производство начинается с заявления претензии истцом. Это заявление истец адресует как к претору, так и к ответчику. По отношению к претору это заявление имеет смысл испрошения формулы; по отношению к ответчику это заявление имеет смысл выяснить, какое положение он займет.

Ответчик может сразу же признать претензию истца правильной; тогда мы имеем так называемое confessio in jure258, дальнейший процесс не нужен, истец получает сразу иск об исполнении (actio judicati) совершенно так же, как если бы состоялся приговор: своим признанием ответчик сам произнес над собою приговор – confessus pro judicato accipitur. Если, однако, претензия истца была incerta (то есть не состояла в требовании определенной денежной суммы), тогда необходимо было еще назначение особого судьи для установления размера того, что должен ответчик уплатить истцу – arbitrium litis aestimandae259.

Но confessio in jure случай редкий; обыкновенно же ответчик вступает в спор и тем принимает процесс – accipit judicium. Тогда все производство in jure имеет своею целью формулирование встречных заявлений сторон (intentio, exceptiones, replicationes и т. п.), составление формулы описанным выше порядком.

Этот нормальный ход производства in jure может иногда несколько модифицироваться.

а) В некоторых случаях предъявление иска против данного ответчика зависит от предварительного выяснения некоторых обстоятельств, и с этой целью истцу предоставляется in jure предложить ответчику необходимые вопросы, ответ на которые для последнего обязателен. Это так наз. interrogatio in jure. Так, например, истец является кредитором какого-нибудь лица, которое умерло, оставив наследство; он вызывает предполагаемого наследника в суд и здесь предлагает ему вопрос "an heres sit"260. Чужое животное причинило истцу убытки; неуверенный вполне, кто собственник этого животного, он вызывает предполагаемого собственника в суд и здесь задает вопрос "an dominus sit"261 и т. д. В зависимости от полученного ответа иск или будет поставлен, или нет.

б) Тотчас после заявления претензии каждая из сторон может предложить противнику подтвердить свое заявление присягой – jusjurandum in jure delatum262 - и тем закончить спор. Принять это предложение, по общему правилу, для противника не обязательно: он может отказаться, и тогда процесс пойдет своим чередом. Но он может принять предложение и присягнуть (jusjurandum voluntarium263); тогда наступает следующее: а) присягнул истец – процесс прекращается, а истец получает для взыскания особый иск – actio jurisjurandi; b) присягнул ответчик – он свободен и от всяких дальнейших нападений истца защищен посредством exceptio jurisjurandi. – Есть, однако, случай, когда jusjurandum обязательно (jusjurandum necessarium): при строгих цивильных исках об определенной денежной сумме или об определенной вещи (condictio certae pecuniae или certae rei) в случае требования со стороны истца ответчик должен присягнуть: отказ от присяги будет равносилен признанию и поведет к его обвинению.

Если процесс не окончен уже in jure посредством сознания ответчика или присяги, то с установлением формулы производство перед магистратом заканчивается. Этот момент сохраняет прежнее название litiscontestatio, хотя воззвание к свидетелям ("testes estote"264) в формулярном процессе отпало. Выражается ли теперь litiscontestatio в каком-либо внешнем акте или нет – это вопрос невыясненный. По мнению одних (Келлер и др.), litiscontestatio представляет теперь тот момент, когда претор передает составленную им формулу истцу. По мнению других (и это, по-видимому, есть мнение господствующее: Влассак и др.), litiscontestatio состоит в передаче формулы со стороны истца ответчику (edere judicium – accipere judicium). По мнению третьих (Ленель), передача формулы могла быть заменена тем, что истец диктует ее ответчику (dictare formulam).

Во всяком случае, существенно то, что litiscontestatio и теперь сохраняет характер некоторого процессуального договора ("judicio contrahitur"265) между сторонами: передавая и принимая составленную при их участии претором формулу, истец и ответчик этим самым соглашаются между собою о передаче их спора на решение судьи. Этим договорным характером litiscontestatio объясняются многие из последствий этого акта. Важнейшими из них являются следующие:

1) Исконным правилом римского процесса было то, что, раз дело было доведено до litiscontestatio, истец после этого не может уже во второй раз вчинить иск о том же, хотя бы по первому процессу разбора и приговора почему-либо не было. Это правило было сформулировано, вероятно, еще республиканскими юристами в виде изречения "ne bis de eadem re sit actio"266. Осуществляется это правило, однако, различно: при actiones in personam in jus conceptae – ipso jure, то есть без особой ссылки на это со стороны ответчика; при actiones in rem и при actiones in factum – посредством включения в формулу (вторичного иска) exceptio rei in judicum deductae267: ответчик, таким образом, должен заявить об уже состоявшейся litiscontestatio in jure, иначе потом судья его обвинит.

2) По римскому воззрению, в момент litiscontestatio старое правоотношение между сторонами, подавшее повод к иску, уничтожается, заменяясь новым – процессуальным правоотношением, которое вообще может быть определено, как обязательство сторон подчиниться приговору суда. Эта смена правоотношений между сторонами формулируется римскими юристами так: вместо "dare oportere" после litiscontestatio возникает "condemnari oportere"268. Таким образом, происходит некоторое обновление правоотношений, novatio, и притом, в отличие от обновления, которое может произойти по соглашению сторон вне суда, – novatio necassaria269.

3) Момент litiscontestatio является решающим для разбирательства in judicio: при обсуждении вопроса об основательности претензии истца судья обязан расследовать, была ли она правильна в момент litiscontestatio, хотя бы после того, к моменту разбора и приговора, обстоятельства изменились. Положим, что в момент litiscontestatio истец был собственником вещи, которою владеет ответчик, но к моменту разбора in judicio для ответчика закончился срок приобретательной давности; судья тем не менее приговорит ответчика к выдаче вещи. То же правило применялось первоначально со всей строгостью и к обязательствам: уплата долга после litiscontestatio не освобождала ответчика от condemnatio; лишь впоследствии это правило было отменено и было признано, что при всяких исках уплата после litiscontestatio должна вести к освобождению ответчика от вторичного платежа – "omnia judicia absolutoria debent esse"270:

4) Наконец, во многих случаях после litiscontestatio ответственность ответчика усиливается; он отвечает строже за гибель или порчу спорной вещи, сверх суммы долга обязан платить проценты и т. д.

II. Производство in judicio. В день, выбранный сторонами по взаимному соглашению (однако, не позднее 18 месяцев – lex Julia), они должны явиться к назначенному судье для второй стадии производства in judicio.

Органами суда in judicio являются, по общему правилу, как и прежде, частные судьи – judices privati. Однако, для некоторых родов дел в период республики появляются специальные судебные коллегии. Таковы – decemviri и centumviri. Decemviri stlitibus judicandis в leges Valeriae et Horatiae 449 г. наравне с плебейскими трибунами были объявлены sacrosancti; вероятно, потому (Моммзен), что они тогда же были и учреждены. Компетенция децемвиров (вообще неясная), по-видимому, простирается на дела о праве гражданства (споры о status). – Centumviri представляют коллегию из 105 человек. Время возникновения центумвирального суда еще более спорно: одни относят его еще к эпохе Сервия Туллия, другие к эпохе XII таблиц и т. д.; вероятнее всего, что этот суд возник лишь после того, как число триб доросло до 35 (105 человек – по 3 от каждой трибы). Суду центумвиров подлежат дела о наследстве, но составляют ли эти дела их исключительную компетенцию, неизвестно. Интересно отметить, что в суде центумвиров процесс per legis actiones сохранился и после закона Эбуция.

За исключением тех случаев, когда по тем или другим причинам дело идет на разбирательство в одну из этих коллегий, во всех остальных в качестве судей назначаются каждый раз частные лица – judices privati. Иногда они назначаются в количестве нескольких – трех, пяти; это так называемые recuperatores, ведущие свое начало, вероятно, от процесса между иностранцами. Гораздо же чаще назначается одно лицо, judex unus, причем существует некоторое различие между судьями: одни из них называются judices, другие – arbitri. В качестве arbiter судья является в тех исках, где требуется не столько применение норм права, сколько посредническая деятельность – например, в исках о разделе, размежевании и т. д.; обыкновенно же судья называется judex.

Судья назначается претором, но при выборе его главная роль принадлежит соглашению сторон; лишь при невозможности соглашения претор прибегает или к назначению по собственному усмотрению, или к жребию (sortitio). Судьи обыкновенно выбирались из сенаторов, а в более позднее время из ordo senatorius и ordo equester.

Самое производство in judicio движется совершенно свободно, не связанное никакими формами. В случае неявки истца ответчик может требовать своего оправдания. В случае неявки ответчика спорно: по мнению одних (Жирар), истец может требовать обвинения не явившегося; по мнению других, истец все же должен доказать свой иск, и, если судья признает доказательства недостаточными, он может оправдать ответчика.

Если обе стороны являлись, то производство начиналось с заявлений сторон (causam perorare); затем приводились и проверялись доказательства, причем в оценке этих доказательств судья никакими предписаниями не связан: римский процесс так называемой формальной теории доказательств не знает.

Если в конце концов judex, несмотря на приведенные доказательства, найдет дело для себя неясным, он может отказаться дать приговор, принеся присягу "sibi non liquere"271, – и тогда дело будет передано другому судье. Если же он решает, то свой приговор – sententia - он объявляет сторонам устно, без всяких формальностей и без указания мотивов. Произнесением приговора роль судьи оканчивалась.

Приговор (sententia или res judicata) творит между сторонами право - "jus facit inter partes". Такое значение имеет приговор независимо от вопроса о том, справедлив ли он или нет, ибо "res judicata pro veritate accipitur"272. В принципе на приговор судьи не может быть никакой апелляции в нашем смысле слова, ибо инстанционного порядка судов не существует. Конечно, заинтересованная сторона могла оспаривать действительность состоявшегося приговора, доказывать, что он по тем или другим причинам (например, в момент постановления приговора судья был не в здравом уме) ничтожен, что res judicata non est273. Если такой заинтересованной стороной является истец, то он может обратиться за новым назначением судьи и на возражение ответчика о том, что по делу состоялся уже приговор, он может доказывать, что этот приговор мнимый, ничтожный. Если заинтересован ответчик, он в случае предъявления истцом иска о взыскании по приговору – actio judicati – может доказывать, что judicatum не было. Разумеется, если он этого не докажет, он подлежит ответственности вдвое, вследствие чего такая ссылка на недействительность приговора называется иногда revocatio in duplum274. Некоторые думают, что ответчик может в случаях подобного рода и не выжидая предъявления против него actio judicati предъявить самостоятельный иск о признании приговора ничтожным с риском той же ответственности in duplum, – но это мнение спорно. Во всяком случае, оспаривание действительности состоявшегося приговора не есть апелляция: последняя предполагает именно действительный приговор и лишь имеет целью его пересмотр и исправление. Такого пересмотра формулярный процесс принципиально не допускал. Защиту против приговора, материально несправедливого, можно было получить только путем экстраординарных мер римских магистратов.

Так, прежде всего, благодаря правилу об intercessio, можно было обратиться к тому или другому из магистратов (например, к трибуну) с просьбой приостановить взыскание, поскольку оно осуществляется мерами преторской власти. Это и есть apellatio в римском смысле. Но intercessio здесь только парализует меры преторской власти (например, missio in possessionem) и нисколько не затрагивает самого приговора, который de jure остается нерушимым.

Кроме того, можно было обратиться и к самому претору, который, если признает жалобу просителя на приговор уважительной, мог в силу своей власти (imperium) дать ему так наз. restitutio in integrum275, то есть повеление считать бывший процесс как бы не бывшим: тогда дело может быть передано другому судье. Но все это меры чрезвычайные, зависящие от особого усмотрения магистрата.

При известных условиях (умышленного неправосудия и т. д.) лицо, потерпевшее от несправедливого приговора, может обратиться с иском об убытках против самого судьи: своим неправосудием судья как бы переносил претензию на себя – "judex litem suam facit"276.

III. Исполнение приговора. Приговор или прекращает всякие отношения между сторонами, или cоздает новые. Прекращает, если приговор был оправдательный: против всяких новых претензий истца из того же спора ответчик защищен посредством exceptio rei judicatae. Создает новые, если приговор был обвинительный: тогда возникает вопрос об исполнении, о взыскании. В силу того, что в формулярном процессе приговор всегда гласит на определенную денежную сумму (condemnatio pecuniaria), исполнение приговора направляется всегда на взыскание с ответчика этой денежной суммы.

Нормальным средством для такого взыскания является исполнительный иск – actio judicati. Этот иск заменил собою прежнюю manus injectio, сохранив, однако, некоторые черты этой последней. Между приговором и предъявлением actio judicati должно пройти 30 дней, чтобы дать ответчику возможность добровольно исполнить приговор. Если за это время исполнения не последовало, истец предъявляет actio judicati, и претор отдает (addicit, addictio) ответчика истцу, после чего этот последний уводит его к себе, как своего кабального. Положение долгового кабального, однако, в период республики было значительно смягчено: закон Петелия (lex Poetelia 326 г.) отменил продажу в рабство, наложение оков и т. д.; целью кабалы является теперь отработка долга. – Если ответчик желает оспаривать actio judicati, он может это сделать сам, не нуждаясь в заступнике (vindex); но, вчиная этот спор, он должен представить поручителя в том, что в случае неосновательности спора истцу будет уплачено (это так называемая satisdatio или cautio judicatum solvi); таким образом, прежний vindex продолжает в ослабленном виде существовать в поручителе. С другой стороны, если спор против actio judicati будет впоследствии признан неосновательным, ответчик (или его поручитель) обязан будет платить вдвое – in duplum; это тоже остаток прежней manus injectio.

Таким образом, взыскание и в этом периоде прежде всего направляется на самую личность должника; нормальным средством исполнения приговора признается личная экзекуция.

С течением времени, однако, обнаруживается тенденция освободить личность должника от непосредственной ответственности и перевести взыскание только на его имущество. Важным в этом отношении является закон Цезаря или Августа – lex Julia de cessione bonorum277, предоставивший должнику право передать все свое имущество кредитору под присягой, что у него более ничего нет, и тем освободить себя вовсе от личной ответственности.

Рядом с этим претор мало-помалу (быть может, по образцу взысканий казенных) вводит и прямую реальную экзекуцию, обращая взыскание непосредственно на имущество должника и оставляя в стороне его личность. При этом в истории постепенно вырисовываются два вида такой реальной экзекуции: универсальная, – когда взыскание охватывает сразу всю совокупность имущества должника, и специальная, – когда оно направляется на те или другие отдельные вещи.

Универсальная экзекуция есть то же, что конкурс. По просьбе кредитора, имеющего в руках приговор, претор вводит его во владение имуществом должника, дает ему missio in possessionem278. Вступивший во владение кредитор делает об этом публичное оповещение, после чего к нему могут присоединиться другие кредиторы того же лица, и, таким образом, открывается общий конкурс. Для ведения дел и ликвидации имущества назначается особый magister bonorum, который и производит затем venditio bonorum, то есть продажу имущества с аукциона. Имущество несостоятельного продается все огулом; приобретатель его – emptor bonorum – вступает во все права должника, делается его универсальным преемником, с обязательством расплатиться с его кредиторами в условленном при продаже проценте.

Позже, уже в императорское время, универсальная venditio bonorum заменяется посредством distractio bonorum, распродажей имущества по частям.

Специальная реальная экзекуция развилась из права магистратов брать вещи в залог для обеспечения исполнения какого-либо их приказания – pignoris capio. Мало-помалу претор стал прибегать к этому средству и в интересах частных лиц, для исполнения приговоров, и таким образом появляется pignus in causa judicati captum279, которое делается впоследствии нормальным средством для исполнения единичного приговора, оставляя venditio bonorum для случаев настоящего конкурса. Порядок взыскания при этом таков: по просьбе истца претор посылает своих apparitores взять одну или несколько вещей должника; если затем должник в течение 2 месяцев не выкупит залог, то есть не уплатит кредитору, то взятая вещь продается магистратом с аукциона, и вырученною суммой удовлетворяется кредитор.

Благодаря указанным средствам, в развитом формулярном процессе (уже в период империи) личная долговая кабала почти вовсе не встречается.

5. ОСОБЕННЫЕ ФОРМЫ СУДЕБНОЙ ЗАЩИТЫ

Рядом с обыкновенным гражданским процессом существуют для известных случаев особенные формы судебной защиты, причем общим для всех их является то, что все они вытекают из imperium магистрата и представляют такую или иную модификацию административного воздействия.

Важнейшую из этих форм представляют интердикты. Происхождение их таково (см. § 19). Еще во времена процесса per legis actiones лицо, не находившее себе защиты в jus civile и в форме обыкновенного гражданского процесса, могло обратиться к консулу, а потом к претору с просьбой защитить его, помочь ему своей властью. Претор лично производил расследование – causae cagnitio, – и, если находил просьбу просителя заслуживающей уважения, то отдавал противной стороне соответствующее приказание: не производи насилия (vim fieri veto), выдай вещь (exhibeas) и т. п. Это приказание называется decretum, а если содержит в себе запрещение чего-либо, то interdictum, откуда и пошло общее обозначение этого средства – интердикт. Преторский декрет или интердикт имеет в эту эпоху характер личного (то есть к определенному лицу адресованного) и безусловного приказания. Если затем противная сторона приказания претора не исполняла, то по новой жалобе просителя и по новому расследованию (действительно ли приказание не исполнено) претор для вынуждения прибегал к обычным мерам imperium – multae dictio, pignoris capio и т. д.

Но этот древнейший порядок имел для претора то большое неудобство, что обременял его необходимостью производить все фактические расследования (допрос свидетелей, осмотр на месте и т. д.). Чтобы избавиться от этой фактической стороны дела, претор стал прибегать к следующему приему. После того, как проситель изложил свое дело, если претор находил, что при изложенных просителем обстоятельствах помочь ему необходимо, он, не расследуя фактической истинности заявлений просителя, издавал общее приказание: так быть не должно, вещь нужно вернуть и т. д. Это приказание, называющееся и теперь интердиктом, имеет уже несколько иной характер; оно есть приказание условное: если неверно то, что сообщил проситель, то приказание претора, конечно, не касается ответчика; если же верно, то он должен его исполнить. Если же он все-таки не исполнит, то истец явится к претору во второй раз с заявлением об этом, и тогда претор, опять-таки для того, чтобы самому не проверять этого заявления, принуждает спорящих к процессуальному пари посредством sponsiones (sponsio истца и restipulatio ответчика – ср. § 22: "если я сделал что-либо против приказания претора, обещаю столько-то" и т. п.). На основании этих sponsiones возникает потом между ними обыкновенный процесс. Благодаря такому приему, претор, сохраняя в своих руках принципиальную, юридическую оценку жалоб, переносит всю фактическую сторону дела на судью in judicio, а разбирательство чисто административное заменяется процессом судебным.

Интердиктное производство в только что описанном виде связано было всегда для стороны проигравшей с риском потерять сумму пари, то есть тот штраф, который был обещан в sponsio; поэтому оно называется производством cum periculo280. Но, по взаимному согласию, стороны могли избежать этого риска, обратившись к претору с просьбой прямо дать им судью (arbiter), и процесс в таком случае будет sine periculo281.

Иногда обе стороны являются к претору с одинаковыми претензиями: они спорят, например, о владении пограничной полосой земли, причем каждый из спорящих считает себя владельцем, а другого нарушителем владения. Тогда претор издает общее приказание, относящееся к обоим: "uti nunc possidetis, quominus ita possideatis vim fieri veto"282; в результате этого двухстороннего приказания каждый из спорящих может оказаться в роли истца и в роли ответчика, вследствие чего здесь необходима уже не одна пара sponsio и restipulatio, а две пары их. Такие интердикты называются interdicta duplicia.

По своему содержанию приказание претора может требовать или исполнения чего-либо, или ненарушения чего-либо; поэтому интердикты делят на interdicta restitutoria (приказание восстановить что либо, например, вернуть владение вещью), exhibitoria (предъявить вещь) и prohibitoria (воспрещение чего-либо, обыкновенно совершать насилие – "vim fieri veto"). Они встречаются в самых различных областях отношений, касаясь то права сакрального (interdictum ne quid in loco sacro fiat283), то права публичного (ne quid in loco publico, in flumine publico и т. д. fiat284), то, наконец, права частного. В области этого последнего наибольшее значение имеют так называемые владельческие интердикты – interdicta possessoria, созданные для защиты фактического обладания вещами. Interdicta possessoria, в свою очередь, распадаются на interdicta adipiscendae possessionis, дающие просителю такое владение, которого он раньше не имел вовсе (например, interdictum quorum bonorum о получении владения наследством), interdicta retinendae possessionis, защищающие наличное (уже имеющееся) владение от посягательств, и interdicta recuperandae possessionis, возвращающие назад владение, кем-либо отнятое. Но об этих интердиктах подробнее будет сказано в истории гражданского права (§ 58).

В некоторых случаях предъявление интердикта предоставляется всякому из граждан – cuilibet ex populo: например, когда дело идет об ограждении порядка в месте священном или публичном. Такие интердикты называются популярными – interdicta popularia.

С установлением формулярного процесса, когда претор оказался в состоянии давать формулы, основанные просто на фактических обстоятельствах (in factum conceptae), весь описанный сложный ход интердиктного производства сделался, собственно говоря, излишним: для того, чтобы перевести спор in judicium, претор мог обойтись без всяких sponsiones сторон, дав просто формулу, в которой предписывалось бы судье при наличности утверждаемых истцом фактов обвинить ответчика. Другими словами, интердикты теперь могли бы быть без всякого ущерба заменены посредством actiones in factum. И действительно, мы имеем примеры такой замены; с другой стороны, все дальнейшее развитие права преторской властью совершается не посредством создания новых интердиктов, а посредством создания преторских исков. Если же многие интердикты сохраняются и позже, то это объясняется отчасти историческим консерватизмом, отчасти некоторыми чисто практическими соображениями.

Вторую особенную форму судебно-административной защиты составляют stipulationes praetoriae. Stipulatio есть то же, что sponsio, то есть торжественное обещание уплатить или сделать что-либо, даваемое в виде ответа на торжественный вопрос контрагента ("Centum mihi dare spondes? – Spondeo"285). Обыкновенно stipulatio или sponsio заключается по добровольному соглашению сторон, но иногда претор принуждает к заключению ее в интересах защиты какой-нибудь стороны. Так, например, проситель заявляет претору, что здание его соседа грозит обрушиться и при своем падении причинить ему убытки; тогда претор приказывает соседу дать просителю обещание, что, если это случится, он возместит все убытки (так называемая cautio damni infecti, пришедшая на смену какого-то бывшего ранее для этого случая легисакционного процесса). Такое обещание нередко сопровождалось еще поручительством, вследствие чего различались nuda repromissio (без поручительства) и satisdatio (с поручительством).

Третий способ преторской защиты составляет missio in possessionem: претор по просьбе просителя вводит его во владение целым имуществом или отдельной вещью. Поэтому missio in possessionem является или как missio in bona, или как missio in rem specialem. Missio in bona мы уже встречали выше при исполнении приговоров (§ 25), но есть и другие случаи (например, ввод во владение наследством для обеспечения того, что наследник выплатит возложенные на него отказы – missio legatorum servandorum causa и т. д.). Missio in rem наступает, например, в только что упомянутом случае damnum infectum: если сосед не захочет дать требуемое обещание возместить убытки, то претор вводит просителя во владение угрожающим зданием с правом самому произвести необходимый ремонт за счет ответчика (missio ex primo decreto286); если сосед не пожелает возместить и этих издержек на ремонт, претор передает просителю даже самое право собственности на здание (missio ex secundo decreto287).

Наконец, четвертым средством преторской защиты является restitutio in integrum. Иногда может оказаться, что самые правовые последствия какого-нибудь юридического факта приводят в том или другом конкретном случае к явной несправедливости: безвинно пропущен срок; сделка заключена, но под влиянием принуждения или обмана и т. п. Вследствие этого желательным является восстановление прежнего состояния, то есть поставление лица в такое положение, в каком оно находилось бы, если бы означенный юридический факт не совершился. Вот эта-то задача – restitutio in integrum – и составляет тогда цель преторского вмешательста. Для такой restitutio необходима, с одной стороны, наличность какого-либо вреда, ущерба (laesio), и притом значительного, ибо "minima non curat praetor"288, а с другой стороны – наличность тех или других уважительных причин (justa causa), причем оценка уважительности принадлежит претору. В эдикте такими уважительными причинами признаются: minor aetas (несовершеннолетие), dolus (обман при сделке), error (существенная ошибка), capitis deminutio (потеря гражданской правоспособности вследствие, например, усыновления) и justa absentia (отсутствие лица, потерпевшего ущерб, вследствие какой-либо государственной надобности и т. п.). В случае признания просьбы о restitutio заслуживающей внимания, претор осуществляет затем восстановление в прежнее состояние различными путями: иногда давая просителю иск, иногда защищая его посредством exceptio и т. д.

Таким образом, restitutio in integrum, в существе своем, не есть какое-либо особое средство преторской защиты, наравне с интердиктами, stipulationes praetoriae, missio in possessionem или actio praetoria; она сама для своего осуществления нуждается в том или другом из этих средств, иногда даже в целом комплексе их. Restitutio есть в материальном отношении не что иное, как только известная цель, известная тема для преторского вмешательства в известных случаях.

6. УГОЛОВНОЕ ПРАВО И УГОЛОВНЫЙ СУД

Период республики в области уголовного права унаследовал от царского периода полную неопределенность. За исключением тех преступлений против частных лиц (delicta privata), которые были предусмотрены в законах XII таблиц и которые были указаны выше, вся остальная область преступлений публичных (delicta publica) остается без всякого ближайшего определения. Какого-либо кодекса, который определял бы, какие деяния признаются преступными и какие следуют за них наказания, по-прежнему не существует. Общим источником уголовного права служит и теперь coercitio магистратов, то есть материально их свободное усмотрение.

Крупное изменение в этот порядок вещей вносят, однако, уже в самом начале республики законы о provocatio и законы о пределах административного штрафования (lex Aternia Tarpeia). Магистрат привлекает к ответственности за любое деяние, которое ему покажется преступным, и по своему усмотрению судит, но, если его приговор постановит смертную казнь или штраф свыше указанной нормы, этот приговор может быть обжалован в народное собрание. Благодаря этому обстоятельству приговор магистрата мало-помалу теряет свое значение, и собственными органами уголовного суда делаются comitia centuriata, если дело идет о capite anquirere289, и tributa, если дело идет об anquisitio pecunia290. Все производство у магистрата приобретает характер предварительного следствия. Таким образом, и в уголовном процессе как бы устанавливается деление на две стадии, аналогичные jus и jusdicium в процессе гражданском. Но было бы полной ошибкой усматривать здесь аналогию. Производство перед магистратом в уголовных делах по своему смыслу отнюдь не соответствует производству in jure в процессе гражданском: здесь магистрат ничего не разбирает и ничего не решает, меж тем как в уголовном процессе суд магистрата имеет характер настоящего суда по существу: магистрат проверяет обвинение и выносит такой или иной приговор. При этом следует отметить: если приговор магистрата будет оправдательный, то дело решено окончательно: переноса в народное собрание быть не может. Если же приговор магистрата обвинительный, то дело переносится в народное собрание; там происходит новое разбирательство, которое ведет магистрат, но в результате этого разбирательства может быть только или принятие приговора магистрата, или его кассирование: среднего приговора народное собрание ни предложить, ни вотировать не может. Мы видим, насколько иначе складывается уголовный процесс по сравнению с гражданским.

При постановке своих решений народное собрание руководится также своим свободным усмотрением, своим непосредственным чувством; никаких формальных норм и для него не существует. Вследствие этого замена суда магистратов судом народных собраний обозначает собою, в сущности, не что иное, как замену произвола магистратов произволом народа, подчинение магистрата гражданству, а вместе, по справедливому замечанию Моммзена, "могущественнейшую манифестацию римской гражданской свободы".

Уголовный суд народных собраний действует в течение всей первой половины республики, изредка заменяясь для тех или других отдельных случаев, по специальному назначению, особыми чрезвычайными комиссиями – так называемыми quaestiones extraordinariae.

Во второй половине республики, однако, суд народных собраний начинает терять свой престиж (в связи с общим падением их авторитета); все более и более дают себя знать все неудобства процесса перед таким огромным судилищем, легко поддающимся соображениям политики и настроениям минуты. Равным образом чувствуется и отсутствие законодательных определений преступных деяний и полагающихся за них наказаний. Под влиянием этих соображений возникает тенденция для различных отдельных видов преступлений создавать постоянные судебные комиссии, причем в инструкциях этим комиссиям точнее определяется как самое понятие данного преступления, так и полагающееся за него наказание. Так возникают quaestiones perpetuae, к концу республики почти вовсе отстранившие суд народных собраний. Первою по времени quaestio perpetua является quaestio de repetundis, комиссия по делам о взятках и вымогательствах должностных лиц, учрежденная законом Кальпурния (149 г. до Р. Х.). Затем другими специальными законами учреждаются quaestiones de sicariis (о разбое с убийством), de veneficiis (об отравлениях), de peculatu (о похищении казенного имущества). Особенно много их было создано законами Корнелия Суллы: quaestio de ambitu, de majestate, de falso291 и др.

Каждая комиссия находится под председательством особого претора – praetores quaesitores – и состоит из известного и притом довольно большого (100-200 и более) количества judices, выбираемых председателем при участии обвиняемого и обвинителя из особого списка (album judicum), составленного на год.

Существеннейшую особенность производства перед quaestiones perpetuae составляет то, что инициатива обвинения принадлежит только отдельным гражданам – частным лицам; это так называемый принцип частной accusatio. Ни председатель quaestio, ни какой-либо другой магистрат не имели права вчинать уголовное прследование ex officio; если не находилось частных лиц, готовых взять на себя роль обвинителя, преступление оставалось безнаказанным. Равным образом, на обвинителе лежала обязанность собирать доказательства, выискивать свидетелей, вести обвинение на суде и т. д. Прекращение дела обвинителем прекращало и самое производство перед судом. За недобросовестное обвинение обвинитель (accusator) подлежал известным наказаниям, за успешно проведенный процесс он получал иногда награды. Уголовный процесс, таким образом, построен в значительной степени по началам гражданского, что имеет массу невыгодных сторон, но что по условиям римской действительности являлось также известной "манифестацией римской гражданской свободы"292. Самое производство велось устно и свободно, сопровождалось обвинительными и защитительными речами ораторов и заканчивалось голосованием приговора судьями.

Благодаря указанным специальным законам, учреждавшим quaestiones perpetuae, в Риме появляется ряд отдельных уголовных уставов, определяющих отдельные преступления, а во всей совокупности их возникает впервые некоторый, хотя и разрозненный, уголовный кодекс.

Что касается наказаний, то здесь следует отметить следующую особенность республиканского периода. Уже в первую половину его образовалось правило, что обвиняемый перед comitia centuriata, которому грозит смертная казнь, может избежать ее, оставивши до приговора Рим и удалившись в изгнание – так называемое jus exulandi. Во второй половине это изгнание – aquae et ignis interdictio293, – сопровождаемое, по общему правилу, потерей гражданской правоспособности лица и конфискацией имущества, делается обыкновенным наказанием за все высшие преступления, вместо прежней смертной казни. Дольше всего смертная казнь сохранилась за убийство родственников, но при Помпее она была отменена и здесь.