

(§ 13. Inst. 1. 10), тому же подвергалась аппропация (Inst. 1. 11) и т. п.; въ то-же время въ нѣкоторыхъ случаяхъ была признана сила судебного доказательства за частными документами, напр. въ обязательственномъ правѣ формально принимается принципъ: *tunc enim stare eum oportet suae confessioni, nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit, sese haec indebite promississe* (L. 25. § 4. in f. Dig. 22. 3); въ уголовномъ же судопроизводствѣ письменные документы уже получили такое значеніе, что Цицеронъ считать уликой противъ Верреса плохо веденныя имъ *tabulae asserpti et expensi*. Конечно, всякій частный письменный документъ имѣлъ силу судебного доказательства только тогда, когда онъ удовлетворялъ особымъ выставленнымъ въ законѣ условіямъ, именно: 1) *in iudicio* долженъ быть представленъ оригиналъ документа, но не копія съ него «*non ex indice et exemplo alicujus scripturae, sed ex authentico*» (L. 2. Dig. 22. 4); 2) не могутъ быть представлены *in iudicio* документы, содержащіе въ себѣ указанія или повторяющія факты, изложенные въ другомъ хотя бы и представленномъ *in iudicio* документѣ «*commemorationem in chirographo pecuniarum..... vim obligationis non habere*» (L. 31. Dig. 22. 3), исключеніе дѣлается только въ случаѣ, указанномъ въ L. 57. Dig. 26. 7; 3) письменный документъ долженъ быть составленъ въ присутствіи семи свидѣтелей *rogati* (L. 20. § 10, L. 21. § 2. Dig. 28. 1) и съ приложеніемъ печати (§ 5. Sent. 5. 25), *aliter tabulae prolatae nihil momenti habent* (§ 6. ib.), наконецъ 4) представленные письменные документы не должны вредить постороннимъ интересамъ «*non debet alteri per alterum iniqua conditio inferi*» (L. 64. Dig. 50, 17). Таковы формальныя условія дѣйствительности частныхъ письменныхъ документовъ. Вообще все письменные документы могутъ быть раздѣлены на двѣ группы: *publicae tabulae* и *instrumenta privata*. Къ *publicae tabulae* относи-

лись: 1) книги, веденіе которыхъ лежало на обязанности опредѣленныхъ магистратовъ, напр. со времени Валерія *questores aëgarii* вели приходо-расходныя книги республики. *Immo vero iis tabulis professus quæ solæ ex illa professione colligioque prætorum obtinent publicarum tabularum auctoritatem* (Cic. pro Arch. 4. 9); 2) документы хотя бы частныхъ лицъ, но положенные на храненіе въ публичное мѣсто, напр. въ храмъ, позже въ особый архивъ. *Solet et sic, ne eo loci sedeant, quo in publico instrumenta deponuntur, archio forte vel grammatophylæcio* (L. 9. § 6. Dig. 48. 19), и 3) *acta forensia*, т. е. документы, подвергнутые регистраціи на форумѣ у *scribæ*, съ приложеніемъ печати. *Publicæ tabulæ* имѣли безусловную силу: *census et monumenta publica potiora testibus esse* (L. 10. Dig. 22. 3); онѣ не могли быть подвергнуты сомнѣнію въ подлинности, между тѣмъ какъ *instrumenta privata*, по мнѣнію *Donellus'a*, могутъ быть во всякомъ случаѣ заподозрѣны съ двухъ сторонъ: *si scripturam falsam dicit* или *confessionem falsam esse dicat, si scripturam non negans* (Don. XXV. 13). *Instrumenta privata* называются слѣдующія три группы частныхъ документовъ: 1) приходо-расходныя книги, *rationes domesticæ vel tabulæ accepti et expensi*; 2) *codices argentariorum*, и 3) различные документы, не входящіе въ первыя двѣ группы, напр. *syngraphæ, chirographa*. По словамъ Асконія «*moris autem fuit unumquemque domesticam rationem sibi totius vitæ per dies singulos scribere, ex qua appareret, quid quisque de redditibus suis, quid de arte, fœnore, lucrove seposuisset quoquo die, et quid idem sumptus damnumve fecisset*». *Codices accepti vel expensi* велись каждымъ *paterfamilias'омъ* и *filiusfamilias'омъ*, обладающимъ *peculium castrense*, и были назначены главнымъ образомъ для записки *nomina*, которыя назывались то *transcriptitia*, когда устанавливали *litterarum obligatio* (Gaij Inst. 3. 128), то *argaria*, когда служили доказательствомъ обязательства займа

(ib. 131). *Codices* составлялись изъ ежедневныхъ замѣтокъ на память, которые ежемѣсячно распредѣлялись на два столбца, — въ одинъ изъ нихъ заносилось все поступленное на приходъ (*resunia accepta relata*), въ другой заносилось *expensilatio*, т. е. расходъ и платежи, произведенные въ теченіе мѣсяца гражданиномъ. Ежедневныя замѣтки или *adversaria* не имѣли судебного значенія и имѣли силу только на мѣсяць (*menstrua*), между тѣмъ какъ составляемые ежемѣсячно изъ нихъ *codices* считались *aeternae* и служили важнымъ судебнымъ доказательствомъ: *itaque adversaria in iudicium protulit nemo, codicem protulit, tabulas recitavit* (Cic. pro Ros. Com. 2. 5 — 7). Если Тицій бралъ взаймы 100 ассовъ у Мевія, то онъ заносилъ эту сумму на приходъ, а Мевій на расходъ; слѣд. если-бы Тицій не отмѣтилъ этой суммы въ приходо-расходныхъ книгахъ, то она все-таки числилась бы у Мевія на расходъ, такъ-что по сличенію обѣихъ книгъ можно было бы уличить Тиція въ томъ, что онъ умышленно — если можно было это предполагать — не занесъ суммы въ 100 ассовъ на приходъ. Верресъ забралъ въ Сицилію статуи и картины, которыхъ онъ купить не могъ въ-силу ихъ особеннаго характера, а потому и не занесъ этой покупки на расходъ, вслѣдствіе чего въ его книгахъ явился пропускъ¹. Спрашивается, веденіе *tabulae* было ли обязательно для гражданина? Цицеронъ (in Verr. lib. 1, 23. 60) удивляется: *audimus aliquem numquam tabulas confecisse..... Hoc vero novum et ridiculum est.....* Кажется, нельзя полагать, чтобы правильное веденіе *codices* основывалось только на *prisca fides*, nam quem admodum turpe est scribere quod non debeat, sic improbum est, non referre quod debeas (Cic. pro Ros. Com. 1. 2); но

¹ Ib. lib. 4. 16. 36. Domus plena signorum pulcherrimorum jam ante praetura: multa ad villas tuas posita, multa deposita apud amicos, multa aliis data atque donata: tabulae nullum indicant emptum.

такъ-какъ nomina transcriptitia совершали новацию раньше заключеннаго обязательства и могли быть совершаемы inter absentes (Gaj. Inst. 3. 138), то можно сказать, что занесеніе въ книгу expensilatio было обязательно и только тогда obligatio litterarum считалось заключеннымъ между сторонами, вотъ почему Цицеронъ (pro Ros. Com. 1. 2) и замѣчаетъ, что æque enim tabulæ condemnantur ejus qui verum non retulit et ejus qui falsum perscripsit, такъ-что testes..... adversus scripturam interrogari non possunt (§ 1. Sent. 5. 15), впрочемъ оцѣнка tabulæ все-таки зависѣла отъ judges: valeant tabulæ, modo Caesaris non tuæ, quibus debuisti, non quibus tu te liberavisti (Cic. Phil. 2. 40. 103). Въ видахъ того, что лицо могло въ своихъ книгахъ сдѣлать подчистки, вставки, поправки и пр. какъ до суда, такъ и во время судебного слѣдствія, — обвинитель предпринималъ домашній обыскъ¹ и, если находилъ письменные документы, на мѣстѣ обыска составлялъ имъ опись при свидѣтеляхъ и съ приложеніемъ печати; опись съ приложеніемъ документовъ препровождалась на сохраненіе председателя данной комиссіи²; съ tabulæ же publicanorum представлялись однѣ копіи. При представленіи in iudicio запечатанныхъ документовъ, свидѣтели и судьи удостовѣрялись въ цѣлости приложенныхъ печатей и только тогда онѣ разламывались. Tabulæ testamenti aperiuntur hoc modo, ut testes vel maxima pars eorum adhiheatur, qui signaverunt testamentum: ita ut, agnitis signis, rupto lino aperiatur et recitetur (§ 1. Sent. 4. 6). Igitur per-

¹ Ib. lib. 3. 66. 154. Hæc epistola est, judices, quam nos Syracusis in ædibus Apronii, quum litteras conquirerimus, invenimus.

² Sig. 2. 16. Quin etiam litteræ et sygraphæ omnes uno tabularum nomine comprehenduntur eæque ab accusatore inquisitæ et obsignatæ, ne corrumpere, ad prætorem delatæ sunt.— Cic. pro Flac. 9. 21. Ne corrumpi tabulæ facile possint, idcirco lex obsignatas in publico poni voluit.

lectis litteris cum prius omnes signa sua cognovissent, senatus decrevit ut abdicato magistratu Lentulus itemque cæteri in liberis custodiis haberentur (Sall. Cat. 47). Tabellas proferri iussimus quæ a quoque dicebantur datæ primumque ostendimus Cethego. Signum cognovit. Nos linum incidimus, legimus (Cic. in Cat. 3. 5. 10). Письменные документы прочитывались на судѣ во время преній писцами (scribæ) въ порядѣ, указанномъ ораторомъ¹. Конечно задача обвинителя усложнялась, если ему нужно было доказать подчистки, подлогъ и пр. Multis efflagitatus, указываетъ Цицеронъ (in Ver. lib. 1. 36. 92), aliquando dixit HS deciens: deinde in codicis extrema cera nomen infimum in flagitiosa litura fecit..... quomodo ex deciens HS sescenta sint facta, quo modo DC eodem modo quadrarint..... cur id nomen infimum in lituraque sit vos existimabitis. Цицеронъ хвалитъ Фонтя за безупречное положение его книгъ: nullius in tabulis ulla hujus furti significatio, nullum in iis nominibus intertrimenti aut deminutionis vestigium reperietur (Cic. pro Font. 2. 3).

По преданію, лавки argentarii окружали форумъ: forum etiam ubi jus redditur, concionesque fiunt et cætera negotia peraguntur, ab illo rege ornatum est, officinis circumdatum et cæteris ornamentis publicis (Dion. 3. 15); argentarii должны были вести свои codices изо дня въ день съ указаніемъ на «dies et consul» (L. 1. § 2. Dig. 2. 13); argentarii должны были вести счета diligenter, потому что officium eorum atque ministerium publicam habet causam (L. 10. § 1. ib.); вотъ почему банкиры и ихъ наслѣдники по первому требованію должны были

¹ Cic. in Ver lib. 3. 10. 26. Recita hoc quoque, quod postulat: totum recita; или самимъ ораторомъ, pro Flacco. 9. 20. Litteræ Pompeji et Nypsaei .. или совершенно постороннимъ лицомъ, pro Sestio. 4. 10. Recita, quæso, P. Sesti, quid decrerint Capuæ decuriones....

представлять свои *rationes* и копии съ нихъ (L. 6. § 1. *ib.*) согласно общему правилу: *id quod mei causa confecit meum quodammodo instrumentum mihi edi* (L. 4. § 1. *ib.*), впрочемъ *nec interest cum ipso argentario controversia sit an cum alio* (L. 10. *pr. ib.*); но противъ нескромныхъ требованій банкиры могли требовать принесенія *calumnia* (L. 6. § 2, L. 9. § 3. *ib.*). Тѣ-же обязанности возлагаются и на мѣ яль (L. 9. § 2. *ib.*). По общему правилу, копию можно было только снимать съ параграфовъ *rationes*, имѣющихъ непосредственное отношеніе къ разсматриваемому *in iudicio* дѣлу (L. 6. § 4 и 5. *ib.*); *codices argentariorum* не могли быть замѣяемы другими равносильными документами (L. 4. § 5. *ib.*). Банкиры, отказавшіе въ *rationes edere*, должны были вознаградить причиненные убытки, которые разсчитывались съ момента отказа, *quum decernerentur a praetore* (L. 8. *pr. § 1. ib.*).

Кромѣ *transcriptitia nomina*, которыя для полученія обязательной силы должны были подвергнуться *expensilatio* въ *tabulae accepti et expensi* кредитора, Гай (Inst. 3. 134) говорить еще о *syngraphae*, съ помощью которыхъ устанавливался *genus obligationis proprium peregrinorum*. *Syngraphae* составлялись въ двухъ экземплярахъ, которыми за подписью каждой стороны размѣивались между собою кредиторъ и должникъ; обратно, *chirographa* выдавались кредитору должникомъ и служили указаніемъ на то: къ какой престаціи обязался должникъ. *Inter syngraphae et caetera chirographa hoc interest..... Chirographa ab una parte servari solent, syngraphae signatae utriusque manu utrique parte servandae traduntur* (Asc. in Cic. in Verr. lib. 1.). Въ дѣлесахъ сохранилось много примѣровъ *chirographa*, напр. L. 41. § 2. Dig. 22. 1. *Ab Aulo Agerio Cajus Sejus mutuam quandam quantitatem accepit hoc chirographo ille scripsi, me accepisse, et accepi ab illo mutuos et numeratos decem, quos ei reddam kalendis illis proximis cum suis usuris placitis inter nos.*

с) Мы уже выше замѣтили, что принесеніе *jusjurandum voluntarium* оспорено или на полюбовномъ соглашеніи сторонъ, — тогда она называется *jusjurandum extrajudiciale*, такъ-какъ судъ въ ея принесеніи не принимаетъ никакого участія; или же она налагается одной стороною на другую, — *jusjurandum in jure detatum*, которая не можетъ не принять предложенной присяги безъ извѣстныхъ для себя вредныхъ послѣдствій. Въ противоположность *jusjurandum voluntarium* существуетъ *jusjurandum necessarium seu judiciale*, предложеніе о принесеніи которой исходить отъ суда: если доказательства, представленныя истцемъ, судъ находитъ недостаточными, — онъ предложить истцу принести *jusjurandum suppletorium* и тѣмъ дополнить представленныя имъ доказательства или же судъ предлагаетъ принести ее отвѣтчику (*j. purgatorium*) и тѣмъ уничтожить предъявленный *actio*. Кромѣ того существовала еще присяга *in litem* (*j. quantitatis*). Главное отличіе *jusjurandum necessarium* отъ *j. voluntarium* заключается въ томъ, что ея послѣдствія могутъ быть уничтожены, *si quis nova instrumenta se invenisse dicat* (L. 31. Dig. 12. 2). *Jusjurandum in litem* предлагается судьей, *ceterum si alius detulerit jusjurandum, vel non delato juratum sit, nulla erit religio* (L. 4. § 1. Dig. 12. 3); предложенную судьей присягу принимаетъ *dominus litis* (L. 7. ib.), который можетъ *jurare in infinitum* (L. 4. § 2. ib.); впрочемъ *judex potest praefinire certam summam, usque ad quam juretur* (L. 5. § 1. ib.). По общему правилу *jusjurandum in litem* предлагается при неопредѣленности объекта, но въ рѣдкихъ случаяхъ она можетъ быть предложена судьей въ интересахъ истца: *quid enim, si sub poena pecuniam debuit, aut sub pignore, quod quia deposita ei pecunia adnegata est?* (L. 3. ib.). Во всякомъ случаѣ *ob dolum solum in litem juratur, non etiam ob culpam* (L. 5. § 3. ib.), т. е. необходимое условіе *jusjurandum in litem* есть *dolus*, оказанный отвѣтчикомъ. Вообще *in litem juratur in*

actionibus in rem et ad exhibendum et in bonae fidei iudiciis (L. 5. pr. ib.), также при actiones commodati et depositi (L. 16. Dig. 13. 6), иногда при actiones stricti juris (L. 5. § 4. ib.), но никогда при исках ex stipulatu и ex testamento (L. 6. ib.). Принесенная in litem iusjurandum не связывает судьи: item et si juratum fuerit, licet iudici vel absolvere, vel minoris condemnare (L. 5. § 2. ib.).

Присяга была употребительна въ глубокой древности, такъ еще Горацийъ призывалъ Юпитера: «audi Jupiter» (Liv. 1. 24) «Audi Jupiter, et tu, Jane Quirine, diique omnes caelestes, vosque terrestres, vosque inferni audite. . . .» (Liv. 1. 32). Формулы присяги были самыя разнообразныя; присяга нерѣдко сопровождалась поднятіемъ руки къ алтарю: ergo is, qui si aram tenens juraret, crederet nemo, per epistolam quod volet injuratus probabit? (Cic. pro Flac. 36. 90); иногда при принесеніи присяги tenebant lapidem silicem, который и бросали съ словами (juraturi per Jovem haec verba dicentes): «si, sciens fallo, tunc me Diespiter salva urbe arceque bonis ejiciat uti ego hunc lapidem» (Festus. v. Lapidem). Присяга приносилась лицомъ заинтересованнымъ или обязаннымъ къ тому по общимъ законамъ; впрочемъ у Ливія мы находимъ одинъ случай, когда вмѣсто лица, обязаннаго принести присягу, согласно постановленію народнаго собранія, позволено было принести присягу его брату: datus qui juraret pro fratre L. Valerius Flaccus, praetor designatus (см. стр. 19, прим. 6), вотъ почему мы не соглашаемся съ положеніемъ Пухта (I. § XLIV), который полагаетъ, что магистратъ, выходящій изъ должности, клялся, что онъ слѣдовалъ законамъ, in leges jurare; эта присяга допустима (Liv. 29. 37. — Cic. in Pis. 3. 6) только въ томъ положеніи, что каждый вновь избираемый магистратъ обязанъ былъ въ теченіи пяти дней, со дня своего выбора, принести присягу (L. 31. 50), — отъ этой обязанности былъ избавленъ только interrex, такъ-какъ его

lustrum длился не болѣе пяти дней.— Ложная присяга влекла infamia.

31. d) Улики принимались въ расчетъ въ ряду другихъ доказательствъ, сами-же по себѣ онѣ не имѣли большого значенія, хотя ихъ количество могло «какъ цѣпь обвивать подсудимаго»¹. Замѣчательно, что у ораторовъ мы находимъ нѣчто въ-родѣ системы уликъ. Что улики были извѣстны,—это видно изъ нѣсколькихъ процессовъ; такъ, въ процессѣ Клопія подозрѣніе въ убійствѣ пало на его сыновей, которые спали съ отцемъ въ одной комнатѣ². Обвинитель доказывалъ, что сыновья должны были слышать крики своего отца, такъ-какъ они спали въ той-же комнатѣ. Въ процессѣ Росція обѣ стороны опирались на улики, указывая на жизнь подсудимаго, на его отношенія къ убитому, на ожидаемыя имъ выгоды отъ смерти Секестія Росція и т. п. Въ процессѣ Опіаника улики также играли не мало-важную роль; извѣстенъ также поводъ, по которому изданъ SC Macedonianum³. У ораторовъ всѣ улики раздѣляются на antecedentia (conjuncta) и sequentia. Къ первому роду относили вражду, угрозу лишить жизни, видимое приготовленіе средствъ къ совершенію преступленія, мѣсто совершенія преступленія, мѣсто, откуда можно было слышать крикъ о помощи, мѣсто, гдѣ можно было удобнѣе скрыть слѣды преступленія, и пр. Къ sequentia относились напр. кровавыя пятна на платьѣ, на орудіяхъ, которыми было совершено преступленіе, нахожденіе вещей у подсудимаго, принадлежавшихъ убитому или похищенныхъ изъ его дома, или снятыхъ съ трупа, найденныя на мѣстѣ со-

¹ Cic. de orat. 2. 40. Si et ferro interfectus ille, et tu inimicus ejus cum gladio cruento comprehensus es in illo ipso loco et nemo praeter te ibi visus est, et causa nemini, et tu semper audax, quod est, quod de facinore dubitare possimus?

² Cic. pro Ros. Am. 23. 64. V. Max. 8. 1. 13. См. стр. 387.

³ L. 1. Dig. 14. 6. praeter sententiam vero eorum qui in praesentia

вершенія преступленія вещи, по которымъ можно сѣоставить прямое заключеніе о субъектѣ преступленія, присутствіе его у мѣста совершенія преступленія, его безпокойство, его боязливый разпросы о преступленіи и пр. Улики также раздѣляются на *necessaria* и *probabilia* (*non necessaria*). Къ *probabilia* напр. относились предложенія о томъ, что въ такомъ-то лицѣ есть достаточно мотивовъ для того, чтобы совершить такое-то преступленіе; образъ жизни подсудимаго, его характеръ, знакомства, склонность его къ совершенію запрещенныхъ закономъ поступковъ вообще или въ-частности по отношенію къ данному лицу, или извѣстному роду преступленій и пр. Понятно, что улики предоставляли широкій просторъ оратору при ихъ оцѣнкѣ; въ этомъ отношеніи превосходна рѣчь Цицерона *pro Roscio Amerino*.

е) Въ гражданскомъ процессѣ вслѣдствіе недостаточности представленныхъ доказательствъ часто прибѣгали къ *praesumptiones*, которыя распадутся на три группы: 1) *praes. juris et de jure*, которыя примѣнялись въ видахъ *ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem* (L. 6 Dig. 44. 2). Къ этимъ презумпціямъ, не допускавшимъ противъ себя никакихъ доказательствъ, относились *res judicata*, *jusjurandum* и случаи, указанные въ L. 3 § 11 Dig. 38. 16 (17), L. 3 § 12 *ib.* и Inst. 3. 21 (22); 2) *praesumptiones juris tantum*, которыя чаще всего вводятся закономъ и считающіяся презумпціями до тѣхъ поръ, пока противъ нихъ не будутъ представлены доказательства, см. напр. L. 25 Dig. 22. 3, L. 9 *ib.*, L. 24 *ib.*, L. 2 § 1 Dig. 2. 14, L. 12 Dig. 1. 5, L. 6 Dig. 1. 6 и проч.; 3) *praesumptiones hominis*, т. е. обыкновенныя умозаключенія отъ опредѣленнаго факта къ вѣроятному послѣдствію, напр. *Quum parricidii causam duo fratres Clœlii dicerent, splendido Tarracinæ loco nati, quorum pater T. Clœlius in cubiculo quiescens, filiis altero lecto cubantibus, erat interemptus, neque aut servus quisquam, aut liber inveni-*

retur ad quem suspicio cadis pertineret, hac uno nomine absoluti sunt; quia iudicibus plane factum est, illos aperto ostio inventos esse dormientes.... Judicatum est enim, rerum naturam non recipere, ut, occiso patre, supra vulnera et cruorem ejus quietem capere potuerunt (V. Max. 8. 1. 13). Можно сказать, что *præsumptiones* homini въ гражданскомъ процессѣ тоже самое, что улики въ уголовномъ.

32. Послѣ разсмотрѣнія доказательствъ и альтеркаціи *præco* провозглашалъ: *dixerunt*¹. Вслѣдъ за этимъ немедленно переходили къ послѣднимъ дѣйствіямъ — совѣщанію присяжныхъ на счетъ виновности или невинности подсудимаго². Подача голосовъ присяжными въ первое время существованія суда присяжныхъ производилась устно, шопотомъ. Сулла возвратилъ обвиняемому, не принадлежащему къ *ordo senatorius*, древнее право самому рѣшать вопросъ о способѣ подачи голосовъ присяжными, т. е. тайно или публично³; если же подсудимыми были лица изъ *ordo senatorius*, — подача голосовъ производилась всегда тайно. Къ концу республиканскаго періода вводится, какъ общее правило, тайная подача голосовъ, *per tabellas*⁴. Прецедентами

¹ Cic. in Verr. lib. 2. 30. 75. *Præco dixisse pronuntiat*.—Sig. 2. 22. Quo audito *præco* eos dixisse pronuntiavit.—Cic. pro Cluent. 27. 73.

² Предсѣдатель дѣлалъ распоряженіе, чтобы *judices mittebat in consilium*, присяжные тотчасъ *consurgitur in consilium*.—Sig. 1. 22. *Mittere autem aut dimittere in consilium judices erat jubere illos ad urnas ire, atque in eas tabellas sententiam dicendam, ubi allegatis omnibus argumentis orator dixerit... Tum vero consurgentes judices in consilium ibant*.—Cic. pro Cluent. 20. 55. *Quum in consilium iri oporteret... Itum est in consilium*...

³ Ib. *Quum in consilium iri oporteret, quæsit ab reo Junius quæsit ex lege illa Cornelia quæ tum erat, clam an palam de se sententiam ferri vellet*.

⁴ Cic. in Ver. lib. 4. 47. 104. *De quo vos sententiam per tabellam feretis?*—pro Flac. 39. 99. *Quum tabella vobis dabitur*...—pro

тайной подачи голосовъ служили слѣдующіе законы: 1) по закону Габинія (615 г.) вводится тайная подача голосовъ при избраніи магистратовъ и при рогации законовъ; по этому закону каждому члену центуріи выдавалась дощечка, на которой онъ могъ написать буквѣ: *u. r.*—*uti rogas*, *a. r.*—*antiquam legem probo*, *n. l.*—*non liquet*. 2) По закону Кассія (617) вводится тайная подача голосовъ при рѣшеніи уголовныхъ дѣлъ, кромѣ *perduellio*, но это исключеніе было уничтожено закономъ Целія (647 г.)¹. Преторъ черезъ *ргэсо* приглашалъ присяжныхъ приступить къ рѣшенію вопроса о виновности подсудимаго. Каждому присяжному преторъ вручалъ деревянную черную дощечку, натѣртую воскомъ, на которой присяжный могъ написать *A.*—*absolve*, или *C.*—*condemno* или *NL.*—*non liquet*,²—этимъ и отличалась подача голосовъ присяжными отъ голосованія по

Postum. 5. 11. Tabella est quae dat potestatem, occultat eadem libidinem.

¹ *Aug. De leg. Quatuor leges tabellarias fuisse, quibus populo permittebatur suffragium non voce sed tabella ferre... Prima Gabinia fuit de magistratibus mandandis.... Biennio post Cassia lata est de populi judicio (Cic. pro Sest. 48 102. Tabellaria lex ab L. Cassio ferebatur... populus libertatem agi putabat suam... Dissentiebant principes et in salute optimatum temeritatem multitudinis et tabellae licentiam pertimescebant). Papiria tertia fuit de legibus. Extrema Coelia de perduellionis judicio, quod solum lege Cassia excipiebatur.—Manutius. De leg. 9. Leges quoque tabellariae... quatuor fuerunt, omnes, ut puto, tribuniciae, Gabinia, Cassia, Papiria, Coelia. Gabinia sanxit, ut populus in magistratibus mandandis suffragium non, ut antea, voce, sed per tabellam ferret. Cassia biennio post idem jussis in omnibus judiciis populi, perduellione excepto. Papiria et ipso populo tabellam dedit, ut jubendis ac vetandis legibus. Coelia quo uno in genere vocis suffragium reliquum erat hoc est in perduellione, quod lex Cassia exceperat, ut in eo genere tabellam dedit.*

² *Sig. 2. 22. Tabellae vero, quae datae erant, iudicibus, quarum*

комиціямъ, гдѣ допускалось только *absolvo* или *condemno*. Цицеронъ осуждалъ подачу голосовъ *per tabellas*, замѣчая, что таблицами можно менѣе осудить, чѣмъ голосомъ¹. Изъ этихъ словъ оратора не слѣдуетъ однако выводить, что приговоры присяжныхъ были большею частію послабительныя, — совершенно на-противъ: тотъ-же Цицеронъ замѣчаетъ, что только съ помощью присяжныхъ онъ спасъ государство отъ Катилины, и называетъ ихъ «*severissimos judices*». По закону Ацилія, каждый присяжный, закрывши указательнымъ пальцемъ написанную имъ букву, обнаженною рукою опускалъ *tabella* въ *cista* (*sitella*)². Такъ-какъ первоначально присяжные брались изъ *ordo senatorius*, — таблички опускались въ одну урну; впоследствии было постановлено, чтобы каждый изъ трехъ *ordo* опускалъ таблички въ отдѣльныя урны,³ — такъ напр. было въ процессѣ Катилины. Приговоръ же во всякомъ случаѣ составлялся по абсолютному большинству голосовъ; если голоса раздѣлялись по-ровну, — предпочтеніе отдавалось оправдательному приговору⁴. Августъ постановилъ при равенствѣ голосовъ оправдывать подсудимаго, а при осужденіи по большинству голосовъ подвергать приговоръ на его усмотрѣніе. Впрочемъ, относительно приговора, состоявшагося по большинству голосовъ, еще Ю. Цезарь въ своемъ законѣ *de*

unam in urnam mitterent, erant tres, una absolutionis, altera condemnationis, tertia ampliacionis, eaque ceratae erant.

¹ Cic. de leg. 3. 16. Eoque nunc fit illud ut minus multas tabella condemnet quam solebant vox.

² Bracco. Aperto. Literam. Digiteis. Opertam. In eam. Sitellam. Manum. Dimitto.

³ Sig. 2. 22. Urnae vero sive cistae tot fuerunt quot judicum ordines qui judicarunt. Tres quidem, cum omnes adhibiti sunt, una senatorum, altera equitum, tertia tribunorum aerariorum.

⁴ Cic. pro Cluent. 27. 74. In consilium erant ituri judices XXXII, sententiis XVI absolutio confici poterat. — По закону Ацилія требовалось $\frac{2}{3}$ голосовъ для приговора NL.

repetundis ясно высказалъ ту мысль, *quod eorum iudicum maior pars judicavit in jus ratumque esto*. Преторъ удостовѣрялся въ результатахъ голосованія и, если приговоръ состоялся обвинительный, онъ произносилъ: «*fecisse videtur*» или «*non jure videtur fuisse*»; въ случаѣ приговора оправдательнаго онъ провозглашалъ: «*non videtur fuisse*» или «*jure videtur fuisse*»¹. Если результатъ совѣщаній присяжныхъ былъ приговоръ *non liquet*, — онъ объявлялъ: «*amplius cognoscendum*» или просто «*amplius*»² — въ этомъ случаѣ назначалась *ampliatio*³. Собственно говоря, *ampliatio* выяснялась только со введеніемъ судопроизводства по *quaestiones*, хотя употреблялась и въ комиціяхъ въ томъ случаѣ, когда самый фактъ преступленія не довольно былъ выясненъ. Въ случаѣ *amplatio* назначалось новое разби-

¹ Cic. in Ver. lib. 2. 38. 92. Sthenium litteras publicas corrupisse videri... — in Pison. 40. 97. tum tu ipse de te fecisse videri pronuntiavisti... — Sig. 2. 22. Formula vero, pronunciandae condemnationis fuit: videtur fecisse, aut non jure videtur fuisse; absolutionis: non videtur fecisse, aut jure videtur fuisse.... Addo illud in formula condemnationis non solum crimen commissum, sed etiam poenam sumendam comprehensam esse. Exempli gratia: videtur vim fecisse, atque eo nomine aqua et igni illi interdico... Videtur provinciam spoliasset atque eo nomine litem ei aestimandum esse. — L. 1 § 4 Dig. 48. 16. Si autem pronuntiavit: calumniatus es, condemnavit eum. . et quamvis nihil de poena subjecerit tamen legis potestas adversus eum exercebitur.

² Sig. 2. 22. Formula... ampliationis «*amplius cognoscendum*» — Ps.—Ascon. in Cic. in Ver. Aut statim sententia dicebatur, aut *amplius* pronuntiabatur, quum dixissent iudices non liquet... Mos veterum hic fuerat, ut, si absolvendus quis esset, statim absolveretur, si damnandus, statim damnaretur, si causa non esset idonea ad damnationem, absolvi tamen non posset ut *amplius* pronuntiaretur.

³ Cic. in Ver. lib. 1. 9. 26. Testibus editis ita mittam in consilium, ut etiam si lex ampliandi faciat potestatem... 29. 74. Ut de Philodomo *amplius* pronuntiaretur. — pro Cluent. 28 76.... re illa

рательство дѣла, т. е. повтореніе всего судопроизводства in judicio, съ превхожденіемъ новыхъ доказательствъ, свидѣтелей и пр.; прежнія свидѣтельскія показанія прочитывались при ampliatio. Цѣль ampliatio — выясненіе дѣла, вотъ почему она могла повторяться 2—8 разъ¹; при чемъ время между этими актами не было опредѣлено закономъ, а зависѣло отъ усмотрѣнія предсѣдательствующаго. Въ случаѣ ampliatio могъ быть назначенъ даже новый ораторъ, но первоначальное обвиненіе не могло быть измѣнено ни въ какомъ случаѣ. Ampliatio примѣнялось во всѣхъ преступленіяхъ и во всѣхъ quaestiones, за исключеніемъ тѣхъ случаевъ, когда прилагалась comperendinatio.

33. Параллельно съ ampliatio развивалась comperendinatio, впервые введенная по закону Сервилія². По общему мнѣнію, она относилась только къ преступленіямъ «de repetundis»; однакожъ это мнѣіе не соотвѣтствуетъ общему характеру закона Servilia Glaucia, обнявшаго всѣ преступленія по должности, слѣд. и

incognita primo condemnare vellent, non liquere dixerunt.—pro Cae. 10. 29... quum causam non audisset et potestas esset ampliandi, dixisse sibi liquere.—Sig. 2. 22. Ampliatio vero, in quibus causis adhibebatur... erat quoties iudices significabant rem sibi non liquere et secundam actionem instituendam esse et praetor ex consilii sententia pronuntiabat, amplius cognoscendum esse. Itaque ut nota absolutionis in tabula fuit A, condemnationis C, sic ampliationis NL id est non liquere.

¹ Val. Maxim. передаетъ, что въ процессѣ L. Cotta, обвинявшагося въ преступленія de repetundis, ampliatio было повторено до 8 разъ.—Въ рѣчи pro Tullio, 1. 5, Цицеронъ ссылается на prima actio; въ рѣчи pro Caecina, 2. 6, ораторъ говоритъ, что процессъ уже два раза подвергнулся ampliatio. Въ гражданскихъ процессахъ позже было принято за правило, что dilatio singulis causis plus semel tribui non potest, L. 10 Dig. 2. 12.

² Cic. in Verr. lib. 1. 9. 26. Glaucia primus tulit, ut comperendinaretur reus, antea vel judicari primo poterat vel amplius pronuntiari.

comperendinatio имѣло мѣсто во всѣхъ преступленіяхъ по должности, тѣмъ болѣе, что comperendinatio стремилась уничтожить неопредѣленность процесса. Сервилій избралъ древнѣйшую форму римскаго гражданскаго процесса, въ-силу которой стороны должны были явиться для выслушанія приговора отъ избраннаго ими судьи на третій день, *in diem perendinum* или *comperendinum*¹, что и составляло *prima actio*, по окончаніи срока которой обвиняемый или отвѣтчикъ долженъ былъ явиться, если желать, *in altera actione*,—тутъ ужъ приговоръ входилъ въ окончательную силу. Если comperendinatio имѣло мѣсто въ преступленіяхъ по должности,—присяжные подавали голоса *in altera actione*. Послѣ Суллы comperendinatio принимаетъ характеръ привилегіи для сенаторовъ. Такимъ образомъ comperendinatio состояло въ томъ, что весь процессъ раздѣлялся на *actio prima* и *actio secunda*², между которыми былъ свободный день; *actio secunda* допускалось въ томъ только случаѣ, если результатомъ совѣщаній присяжныхъ *in actione prima* былъ приговоръ *non liquet*. Обѣ *actiones* составляли одно цѣлое и съ окончаніемъ *actio secunda* приговоръ входилъ въ окончательную силу. Асконій думаетъ, что *in prima actione* происходили пренія и разсмотрѣніе доказательствъ, а остальные части процесса—*in secunda actione*, но напр. въ процессѣ Верреса *in secunda actione* также допускались пренія, такъ-что выходило 4 рѣчи, произнесенныя представителями сторонъ въ обѣихъ *actiones*. Если при-

¹ Cic. Brut. 22. Unum quasi comperendinatus medium diem fuisse. — Festus. Res comperendinata significat iudicium in tertium diem medium fuisse.

² Cic. in Ver. Ac. pr. 18. 55. Si quis erit qui perpetuam orationem accusationemque desideret, altera actione audiet.—pro Font. 17 (13). 40 (30). Fonteius ita duabus actionibus accusatus est, ut objectum nihil sit quo significari vestigium libidinis, petulantiae, crudelitatis, audaciae possit.

нять мнѣніе Асконія, то природа *comperendinatio* все-таки не будетъ понятна: что будетъ, если *in altera actione* присяжные все-таки вынесутъ вердиктъ *non liquet*? Лабуле полагаетъ, что при *comperendinatio* между обвиненіемъ и возраженіемъ, въ промежуткѣ, происходить допросъ свидѣтелей, — ходульность этого объясненія очевидна: если по общему правилу допросъ свидѣтелей не оканчивался *in prima actione*, то онъ, конечно, происходилъ между обѣими *actiones*, если только *actio altera* должна была имѣть мѣсто. Удобнѣе принять мнѣніе Кленде, который, согласно закону Сервілія, полагаетъ, что *comperendinatio* была родомъ *ampliatio*, но могла имѣть мѣсто всего только одинъ разъ, *tertio die*, т. е. послѣ окончанія процесса, который въ этомъ разѣ назывался *actio prima*, а *comperendinatio*, зависящее отъ вердикта *non liquet*, и составляло *actio secunda*. Такимъ образомъ выясняется различіе между *ampliatio* и *comperendinatio*. 1) *Comperendinatio* могла имѣть мѣсто только одинъ разъ и составляла по-необходимости продолженіе процесса, между тѣмъ какъ *ampliatio* могла быть повторена столько разъ, сколько желали того судьи, и составляла повтореніе процесса; *comperendinatio* большею частію примѣнялась въ преступленіяхъ по должности (процессы Верреса, Фонтея, Флакка, Скавра и др.), а *ampliatio* въ общихъ преступленіяхъ. 2) При *comperendinatio* загодя былъ извѣстенъ срокъ, въ который должна была произойти *actio secunda*, при *ampliatio* же срокъ зависѣлъ отъ усмотрѣнія претора и другихъ часто побочныхъ дѣлу обстоятельствъ, вотъ почему—3) *Comperendinatio* составляла необходимую часть процесса; назначеніе ея зависѣло отъ приговора *non liquet*, при *ampliatio* же каждый разъ требовалось отдѣльное постановленіе о томъ: назначить ли вновь повтореніе процесса? 4) Какъ *ampliatio*, такъ и *comperendinatio* пополняли тотъ чувствительный недостатокъ процесса, который отчасти смягчался альтеркаціей, т. е. что стороны не могли во

второй раз мѣняться рѣчами; это право сторонъ стѣснялось при *ampliatio* и вполне допускалось при *comperendinatio*, что видно изъ словъ Плинія: «стороны имѣютъ право не только мѣняться рѣчами во второй разъ, но и послѣ того могутъ обращаться другъ къ другу съ отдѣльными вопросами». Но *comperendinatio* имѣла то преимущество передъ *ampliatio*, что уничтожала неопредѣленность процесса, предоставляла удобѣйшее средство контроля и давала быстрѣйшую возможность освободить невиннаго¹.

34. Когда вердиктъ присяжныхъ становился извѣстнымъ, — *præco* провозглашалъ: *ilicet* (*ire licet*)². Въ случаѣ обвинительнаго вердикта обвиняемый поручался *ad inferos* и приговоръ вступалъ тотъ-часъ въ законную силу, такъ-какъ апеллировать на судъ присяжныхъ было некуда; только беременнымъ женщинамъ отлагали исполненіе приговора³. Исполненіе приговора производилось подъ наблюдениемъ *quæstor*'а или *judex*'а *quæstionis* руками *III-viri capitales*, которые были введены въ 465

¹ Sig 2. 22. Diversa fuit *ampliatio* a *comperendinatione*. Quod *comperendinatio* facta est, etiamsi *judices* primo cœtu non *judicassent*; *ampliatio* vero ex incerta *judicum* *sententia* nata est; *ampliatio* ex *arbitratu* *prætoris* quocunque die; *comperendinatio* ex *præscripto* *legis* *tertio* die. Ex causa *comperendinationis* *bis tantum* causa dicta est; ex causa *ampliationis* sæpissime dici potuit. In *comperendinatione* potuit esse *ampliatio*, in *ampliatione* nequaquam *comperendinatio*.... Si autem per *ampliationem* iterum acta est, non minus *secunda actio* dicta est, quam si per *comperendinationem*. His actis *prætor* *reum* aut *absolutum* aut *condemnatum* referebat in *tabulas*.

² Donatus. Semper *ilicet* finem rei significat. Sic *judices* de consilio dimittebantur, *suprema dicta* quum *præco* pronuntiasset, *ilicet*: quod significat *ire licet*.

³ L. 3 Dig. 48. 19. *Prægnantis mulieris consumendæ damnatæ pœna differtur*, quoad pariat.

г., ликторовъ и carnifex'овъ. Казнь¹ прежде была тайною, въ темницѣ, кромѣ наказаній, по природѣ своей не допускавшихъ такой казни, напр. погребеніе весталокъ на *sceleratus campus*, низверженія съ тарпейской скалы, роена *culei*² и пр. Казнь не могла быть совершаема ночью, въ праздникъ; трупъ отдавался родственникамъ для погребенія³. До послѣдней минуты жизни личность подсудимаго оставалась неприкосновенною..... На него распространялись всѣ тѣ законы, подъ защитой которыхъ находились всѣ полноправные римскіе граждане. Магическимъ словомъ всегда оставалось: «*civis Romanus sum!*.....». Верресь, вопреки предписаніямъ *lex Porcia*, вздумалъ наказать розгами римскаго гражданина, что вызвало благородное негодованіе Цицерона. «Судьи! на площади въ Мессинѣ наказывали розгами римскаго гражданина!.... Гдѣ вы, дорогое имя свободы, великое право нашего государства, законы Порція, Семпронія, трибунская власть?..... До того ли все упало и понизилось, что въ области римскаго народа, въ городѣ союзниковъ, римскій гражданинъ связанный подвергался ударамъ розогъ, на площади, по

¹ L. 21 ib. *Ultimum supplicium esse mortem solam interpretamur.*—Sig. 2. 24.

² Cic. pro Ros. Am. 25. 70. *Insui voluerunt in culeum vivos atque in flumen dejici.* 26. 72. *Ita vivunt dum possunt, ut ducere animam de coelo non queant, ita moriuntur ut eorum ossa terra non tangat, ita jactantur fluctibus, ut numquam adhucantur, ita postremo ejiciuntur, ut ne ad saxa quidem mortui conquiescant.*—*Lex XII tab.* знаетъ только мѣшокъ, Сенека прибавляетъ зѣбу, а Ювеналь (13. 155) сожалѣетъ объ *innoxia simia*. Позднѣйшіе писатели съ точностью опредѣляютъ, что зашивали въ мѣшокъ съ отцеубійцей.

³ L. 1 Dig. 48. 24. *Corpora eorum qui capite damnantur, cognatis ipsorum neganda non sunt, et id se observasse etiam Divus Augustus libro decimo de vita sua scribit.*

приказанію того, кому самъ народъ римскій вручилъ проконсульскую власть?.....»¹.

35. Съ *litis contestatio* судопроизводство *in jure* оканчивалось: дѣло переходило къ судѣ, который избирался изъ *album'a*, т. е. изъ общаго списка присяжныхъ. Выборъ судьи изъ общаго списка присяжныхъ принадлежалъ сторонамъ, которыя могли отказаться отъ предложеннаго магистратомъ судьи; иногда судью предлагаетъ истецъ (*judicem ferre*), отвѣтчикъ же принимаетъ это предложеніе или отказывается отъ него; или же указаніе на судью исходитъ отъ отвѣтника или магистрата². Если стороны не соглашаются между собою относительно выбора судьи, — дѣло рѣшается жребіемъ³; иногда магистратъ указывалъ на опредѣленное количество лицъ, изъ которыхъ стороны должны были выбрать одного для рѣшенія своей тяжбы; быть можетъ, это количество лицъ въ данную минуту опредѣлялось *album'омъ*, за вычетомъ присяжныхъ, засѣдавшихъ въ *questiones perpetuae*⁴. Избранному *judex'у* преторъ приказывалъ разобрать дѣло (*addictio judicis*); избранный судья не могъ отказаться отъ разрѣшенія спора согласно представленной ему истцемъ формулѣ, потому что *judicare munus publicum est*⁵, такъ-что онъ могъ быть даже *принужденъ* къ отправленію своихъ обязанностей: *qui non habet vacationem, etiam invitus judicare capitur*⁶; однако-же, смерть одной изъ сторонъ или судьи⁷, его *morbus*

¹ Cic. in Verr. lib. 5, 62. 162; 63. 163.

² L. 47. Dig. 5. 1.—L. 81 ib.—L. 25 § 3 Dig. 10. 2.—L. 21 pr. Dig. 43. 24.—L. 23 pr. Dig. 49. 1—§ 1 Sent. P. 5. 5^a—L. 80 Dig. 5. 1.—L. 57 Dig. 42. 1—Quint. 5. 6. 6.

³ Plin. H. N. pr. Plurimum refert sortiatur aliquis judicem an eligat.—Cic. arg. in Ver. 3. 13 и 14.

⁴ Cic. Arg. in Verr. 3. 2. 4.

⁵ L. 78 Dig. 5. 1.

⁶ L. 13 § 2 Dig. 50. 1.

⁷ L. 60 Dig. ib.

sonticus¹, подтверждение клятвой своего NL², назначение одной изъ сторонъ прокуратора и пр. можетъ повести къ *translatio iudicii*. Съ *translatio* измѣняется только личность судьи, но *eadem res integra* остается³. Для большаго обезпеченія имя судьи вносилось въ формулу⁴, такъ-какъ стороны иногда обязывались подчиниться рѣшенію такого-то судьи въ формѣ estipulacii⁵. *Judex* засѣдалъ *in iudicio* не одинъ: при немъ находился *consilium*⁶. Судья избирается или назначается для составленія *condemnatio*, но могутъ быть случаи, когда *iudicium* погашается безъ *sententia*, именно: 1) по общему правилу первоначально *legitimum iudicium* не имѣло границъ: разъ назначенъ судья — инстанція *in iudicio* существовала⁷ до тѣхъ поръ, пока судья не произнесетъ *sententia*, между тѣмъ какъ *iudicia imperio continentia tamdiu valent quandiu is qui ea praecepit imperium habebit*, такъ что напр. если судья умретъ или срокъ его полномочій окончится за-долго до рѣшенія дѣла (*condemnatio*), — все разбирательство *in iudicio* должно быть начато снова; по *lex Julia iudiciaria legitima iudicia* не могутъ существовать далѣе 18 мѣсяцевъ⁸; 2) при собственномъ сознаніи въ томъ случаѣ, если лицо считается *pro condemnato*, но если *confessio* относилось только къ опредѣленной суммѣ, меньшей противъ той, какую требуетъ истецъ, — *judex* назначался *de re aestimanda*; 3) если отвѣтчикъ не принималъ, *iudicium*, т. е. ни

¹ L. 13 § 3 Dig. 50. 5.

² L. 36 Dig. 42. 1.

³ L. 12 pr. Dig. 5. 1.—L. 60 ib.

⁴ Gaj. Inst. 4. 34 и 46.—Cic. in Ver. lib. 2. 12. 31.—L. 80 Dig. 5. 1.

⁵ L. 20 Dig. 46. 7.

⁶ Suet. Nero 15.—Gell. 12. 13 (2. 3).—Cic. pro Quinct. 10. 34.—pro Cluent. 20. 55.

⁷ L. 46 Dig. 5. 1.

⁸ Gaj. Inst. 4. 104 и 109.

самъ не являлся *in iudicio*, ни назначалъ *idoneus defensor*'а, — тогда *reus* назывался *indefensus* и считался *damnatus*; 4) *iudicium solvitur* (*expirat, moritur*) такъ-же вслѣдствіе адрогаціи одной изъ сторонъ ¹, эманципаціи ², *status mutatio* ³, при *noxales actiones* ⁴, *rei uxoriæ* ⁵, при новомъ бракѣ въ отношеніи *iudicia rerum amotarum* ⁶ и въ томъ случаѣ, когда одна изъ сторонъ вообще подпадаетъ подъ власть другой ⁷. Спрашивается, чѣмъ гарантировалась сторонамъ справедливость рѣшенія *iudex*'а? Судьи 1) приносили присягу ⁸; они присягали *ex animi sententia et ex lege* на алтарѣ, называемомъ *puteal Libonis* и находившемся *in comitio* ⁹; 2) по закону XII таблицъ за неправоудіе судьи подвергались уголовному наказанію. *Dure autem scriptum esse in istis legibus (XII tabularum) quid existimari potest? Nisi duram esse legem putas, quæ iudicem arbitrumve jure datum qui ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus est, capite pœnitur* ¹⁰. По закону Юлія, магистратамъ было запрещено подарки «*ob iudicem arbitrumve dandum, mutandum, jubendumve ut iudicet, ob hominem condemnandum absolvendumve, ob litem æstimandam iudiciumve capitis pecuniæve faciendum vel non faciendum*» ¹¹; вообще, если судья *dolo malo in fraudem*

¹ L. 22 § 3 Dig. 5. 2.

² L. 17 § 22 Dig. 47. 10.

³ L. 17 pr. Dig. 3. 3.

⁴ L. 15 Dig. 9. 4.—L. 24 § 4 Dig. 40. 12.—L. 14 Dig. 3. 2.

⁵ L. 19 Dig. 24. 3.

⁶ L. 30 Dig. 25. 2.—Искъ оживаетъ при новомъ разводѣ. L. 23 ib.

⁷ L. 4 Dig. 5. 1.

⁸ Cic. de off. 3. 10.

⁹ Sig. 1. 28.

¹⁰ Gell. 20. 1. 7.—Cic. in Ver. lib. 2. 32. 78.

¹¹ L. 7 pr. § 1 Dig. 48. 11.

*legis sententiam dixerit*¹ въ-силу подкупа, вражды, дружбы и пр., — ему грозило обязательство *quasi ex delicto*, или, говоря технически, онъ *litem suam fecit*², хотя-бы его несправедливое рѣшеніе было слѣдствіемъ его незнанія права или даже неопытности³. Сторона, считающая себя оскорбленною неправосуднымъ или несправедливымъ рѣшеніемъ *judex*'а, получала противъ судьи прежде *actio de repetundis*, а по преторскому праву — *actio in factum*, вслѣдствіе котораго онъ присуждался *in quantum de ea re æquum religioni judicantis videbitur*⁴. Замѣчательно, что этотъ, поднятый противъ судьи, искъ не нарушалъ авторитета *res judicata*, потому что она имѣетъ значеніе для сторонъ, участвующихъ въ первоначальномъ неправильно рѣшенномъ судьей процессѣ, *judex* же является отвѣтчикомъ только во второмъ процессѣ. Подъ *imprudentia*, за которую законъ такъ строго наказываетъ судью, должно понимать *error juris*⁵; законъ потому предоставляетъ сторонѣ искъ вслѣдствіе *imprudentia* судьи, что онъ при рѣшеніи дѣла долженъ буквально держаться предъявленной ему истцемъ формулы, которая ясно и лаконически опредѣляетъ полномочія судьи; если *judex* не понимаетъ формулы, — онъ долженъ посоветоваться съ юристами или магистратомъ и тѣмъ избавиться отъ грозящей ему отвѣтственности.

Неявка *in judicio* судьи, истца или отвѣтчика называется *desertio*, позднѣе — *eremodicium*⁶; слѣдствіемъ неявки *in judicio* на устный призывъ (*in judicio*) еще по закону XII таблицъ было *damnum litis*⁷; впрочемъ, какъ для сторонъ, такъ и для

¹ L. 15 § 1 Dig. 5. 1.

² L. 16 ib.

³ L. 1 § 2 Dig. 49. 8. *Licet per imprudentiam.*

⁴ Pr. Inst. 4. 5.

⁵ L. 1 § 2 Dig. 49. 8.

⁶ L. 31 § 2 Dig. 3. 5.—L. 7 § 12 Dig. 4. 4.—L. 13 pr. Dig. 46. 7.

⁷ § 2 L. XII tab. 2.—

судьи допускались уважительныя причины неявки напр. *morbus soticus*, *status conductus dies cum hoste* и пр., — въ этомъ случаѣ назначенный срокъ отлагался ¹. Если была представлена *satisfactio iudicatum solvi*, — истецъ могъ требовать или составленія приговора противъ *contumacia* или могъ предъявить искъ къ поручителю въ силу *clausula recte defendi* ². Первоначально все разбирательство дѣла *in iudicio* состояло изъ двухъ моментовъ: *causæ coniectio* (*proemium*) и *pronunciatio*, но въ періодъ формулярной системы первый моментъ исчезъ, потому что формула замѣнила тѣ краткія заключенія, которыми мѣнялись стороны сейчасъ по открытіи разбирательства *in iudicio*; стороны являлись *in iudicio* съ адвокатами и патронами, которые въ *continua oratio*, *peroratio* выясняли какъ фактическіе, такъ и правовые пункты тяжбы; выслушивались *testes*, читались *instrumenta*; эксперты (*agrimensores*) давали заключенія относительно *controversiæ agrorum*; приносилась *jusjurandum in iudicio*, которую предлагалъ судья одной изъ сторонъ для пополненія доказательствъ и *jusjurandum in litem*, которая опредѣлена *maximum* конфемнаціи и которую приносилъ истецъ; главнымъ образомъ оцѣночная присяга допускалась при *actiones arbitrariæ*, когда отвѣтчикъ не хотѣлъ подчиниться *jussus претора*, т. е. предварительному приказу произвести реституцію, срубить деревья, снести зданіе, возстановить границы ³. *Altercatio* со стороны *patroni causæ* ничѣмъ не стѣснялась. Срокомъ разбирательства дѣла *in iudicio* законъ XII *tab.* положилъ *sol occasus*, т. е. заходъ солнца ⁴; въ нѣкоторыхъ случаяхъ ⁵, въ-особенности, если

¹ Gell. 17. 2. 10.—Liv. 39. 18. *Cogerentur praetores—per senatum, res in diem XXX differre.*

² L. 13 pr. и L. 21 Dig. 46. 7.

³ Pr. L. 2 § 1 Dig. 10. 1.—L. 4 § 3 ib.—L. 8 § 1 ib.

⁴ § 9 L. XII *tab.* 1.

⁵ Gell. 14. 2. 11.—Cic. *pro Cæs.* 2. 6; 3. 7 и 8; 33. 97.—*pro Tul.* 6; *pro Quin.* 9. 33.

судья произносилъ *NI*, могъ быть назначенъ новый срокъ для разбирательства *in iudicio* (*diem diffindere*) и тогда вся процедура передъ судьей должна быть повторена (*ampliatio, amplius agere*).

Цѣль судопроизводства *in iudicio* заключалась въ томъ, чтобы, по оцѣнкѣ доказательствъ сторонъ и по разсмотрѣнн *exceptiones* и *replicationes*, разрѣшить такъ или иначе то обязательство, которое добровольно приняли на себя стороны съ момента *litis contestatio*. До постановленія *sententia*, судья, смотря по обстоятельствамъ, могъ дать то или другое направление процессу (*interlocutiones*); если же судья уполномочивался формулой обсудить дѣло въ силу *arbitrium, quemadmodum auctori satisfieri oporteat*, то могъ предоставить отвѣтчику возможность удовлетворить истца до произнесенія *sententia* и тѣмъ избѣгнуть послѣдствій *res iudicata*; если отвѣтчикъ не повиновался этому *arbitrium*, — тогда имѣло мѣсто составленіе *sententia*¹, которую судья произносилъ² по разсмотрѣнн дѣла въ своемъ *consilium*'ѣ. При составленіи *sententia* судья долженъ былъ держаться предписанія претора, даннаго въ формулѣ: *condemna, si non paret absolve*; самыя невыгодныя послѣдствія рѣшенія для истца могли состоять въ томъ, что судья освободить отвѣтчика, т. е. откажетъ истцу въ *actio*, иногда, впрочемъ, онъ присуждаетъ истца къ уплатѣ судебныхъ издержекъ; при искахъ *præjudiciales* судья только констатировалъ опредѣленное право, — и въ этомъ заключались самыя выгодныя послѣдствія предъявленнаго истцемъ иска; при искахъ *duplicia* — часто обѣ стороны подвергались кондемнаціи. Слѣд. преторъ ставилъ судьѣ альтернативу: *absolutio vel condemnatio*. Глав-

¹ Cic. de finib. 2. 12. 36. frustra iudices solent, cum sententiam pronunciant.

² L. 46 pr. Dig. 50. 16. — Gell. 12. 13 (11—16).

ный принципъ condemnationis заключается въ томъ, что она заключается въ себѣ всегда присужденіе отвѣтчика къ уплатѣ опредѣленной денежной суммы: *ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est*, говоритъ Гай¹, — исторически этотъ принципъ объясняется тѣмъ, что формулярная система начала прилагаться прежде всего къ спорамъ, возникавшимъ между перетринами, между которыми не могли быть поднимаемы ни вопросы о квинитекой собственности, ни вопросы объ обязательствахъ по *jus civile*. Спрашивается, какими правилами руководился судья при *litis aestimatio*? При разрѣшеніи этого вопроса необходимо прежде всего имѣть въ виду: будетъ ли *intentio* составлена относительно *certa pecunia* (*intentio certa*) напр. *judex, Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia condemna, si non paret absolve*, или же *intentio* будетъ *incerta*; въ первомъ случаѣ судья долженъ будетъ присудить отвѣтчика къ уплатѣ той-же занесенной въ *intentio* суммы, т. е. *condemnatio* будетъ *certae pecuniae*; во второмъ — судья оставляется извѣстный просторъ для опредѣленія (*taxatio certae*) величины *condemnatio*, но всегда съ опредѣленіемъ формулой *maximum*'а присужденія (*condemnatio incertae pecuniae cum taxatione et sine taxatione*); этотъ предоставляемый судья просторъ при опредѣленіи величины *condemnatio* выражается внесеніемъ въ формулу слова: «*dumtaxat*», напр. *ejus judex, Numerium Negidium Aulo Agerio dumtaxat X milia condemna*; въ нѣкоторыхъ случаяхъ *maximum* condemnationis не выставляется (*taxatio incerta*), напр. при искахъ *de peculio* отвѣтчикъ присуждается къ уплатѣ суммы, не превышающей его *пекулія*, также при искахъ *de in rem verso*: *dumtaxat de eo quod in rem verso et de peculio quod facere potest*²; при *actiones in rem* и *ad exhibendum* во-

¹ Gaji Inst. 4. 48.

² L. 2 pr. § 1, L. 30 § 1, L. 36 и 44 Dig. 15. 1—L. 57 Dig. 5. 1—L. 17 § 1 Dig. 4. 3.

все нѣтъ *taxatio* (*infinita condemnatio*), напр. *quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportere*¹. На величину *condemnatio* оказываютъ влияние: 1) *jusjurandum in litem*, 2) *plus petitio*, 3) *compensatio*, 4) *cessio bonorum* и 5) *beneficium competentiae*.

1. *Compensatio*, будучи *debiti et crediti inter se contributio*², никогда не являлась средствомъ погашенія обязательствъ; въ древнемъ правѣ она только въ двухъ случаяхъ ясно допускалась: 1) *bonorum emptor*, покупающій имущество несостоятельнаго должника долженъ былъ *cum deductione agere*, 2) *argentarii* также должны были *cum compensatione agere*; въ видахъ удобства судья, составляя *condemnatio*, принималъ во вниманіе *compensationes*, но только при соблюденіи извѣстныхъ условій, оцѣнка которыхъ вполнѣ зависѣла отъ его усмотрѣнія, именно, а) оба долга должны были существовать между тѣми-же лицами³, б) оба долга должны быть таковы, чтобы *appareat an et quantum debeatur*; в) оба долга должны быть пресрочены⁴, d) объектъ долговыхъ правъ долженъ быть тождественъ. Судья примѣняетъ *compensatio* въ видахъ удобства сторонъ, такъ-что нельзя говорить, что *compensatio* погашаетъ долговое право *ipso jure*: указаніе на существующій при указанныхъ условіяхъ долгъ зависить отъ доброй воли отвѣтчика, и если онъ не укажетъ на него, — онъ все-таки не лишается права предъявить впоследствии *actio* къ кредитору⁵; если отвѣтчикъ имѣетъ нѣсколько требованій къ истцу, то оцѣнка иска, удовлетворяющаго указаннымъ условіямъ, зависить отъ отвѣтчика⁶, такъ-что, по

¹ Или «*quidquid ob eam rem Numerium Aulo dare facere oportere*».

² L. 1 Dig. 16. 2.

³ L. 18 § 1 Dig. ib.

⁴ L. 7 pr. Dig. ib.

⁵ L. 1 § 4 Dig. 27. 4.

⁶ L. 5 Dig. 16. 2.

мнѣнію Вангерова¹, *compensatio* имѣетъ только то значеніе, что она оказываетъ обратное дѣйствіе до того момента, съ какого оба долга начали существовать. Замѣтимъ, наконецъ, что *compensatio* допускалась лишь при искахъ *bonae fidei*, вытекающихъ *ex eadem causa*². 2) Нѣкоторые лица пользуются *beneficium competentiae*, въ силу которой онѣ могутъ быть присуждены судьей только *in quantum facere possunt*, при чемъ при исполненіи судебного рѣшенія имъ всегда остается необходимое для того, чтобы не впасть въ бѣдность³; этой *beneficium* пользуются восходящіе, потрошъ и его дѣти, восходящіе либерта - кредитора, супруги и *socii* между собою, солдаты и донаторы, отъ котораго требуютъ исполненія его обѣщанія относительно дара. *Beneficium competentiae* имѣетъ характеръ личный, т. е. ею не могутъ воспользоваться наслѣдники должника, который и самъ теряетъ ее, если виновенъ въ *dolus malus*.

Составленная судьей *sententia* подвергалась публичному произнесенію (*pronunciatio*) и становилась отнынѣ *res judicata*, т. е. закономъ въ отношеніи сторонъ, относительно котораго невозможно было поднимать никакого новаго вопроса, становилась правомъ сторонъ (*jus facit judex*); судья не могъ вносить никакихъ измѣненій въ произнесенную публично сентенцію, потому что его полномочія оканчивались вмѣстѣ съ составленіемъ и произнесеніемъ *sententia*; вотъ почему и говорится, что *res judicata pro veritate habetur*⁴. Слѣд. процессъ два раза подвергался *novatio*: при *lis contestata* и *res judicata*, содержаніе которой опредѣлялось *litis contestatio*. *Res judicata* при случаѣ могла служить *exceptio (rei judicatae)* для отвѣтчика, въ осо-

¹ § 618.

² Gaji Inst. 4. 61.

³ L. 173 pr. Dig. 50. 17.

⁴ L. 207 Dig. 50. 17.

бенности при *judicia imperio continentia*; въ другихъ случаяхъ она давала основаніе то для новаго *actio* истца, то служила для него репликой¹. Условія, при которыхъ *exceptio rei judicatae* является дѣйствительною, выставлены Юліаномъ: *exceptio rei judicatae obstat, quotiens inter easdem personas, eadem quaestio revocatur, vel alio genere judicii*². Подъ *eadem quaestio* должно понимать тожество вещи, а не претензіи, отношеніе фактическое, не юридическое: препятствіемъ такому пониманію этихъ словъ Юліана не будетъ служить то обстоятельство, что однажды отвергнутый преторомъ *actio in rem* не можетъ быть вторично предъявленъ, — эта черта вещныхъ исковъ не будетъ служить препятствіемъ потому, что и при *actiones in rem* тожество права все-таки опредѣляется тожествомъ объекта³; если принять мнѣніе, что подъ словами *eadem quaestio* должно понимать *idem jus*, то осталось бы непонятнымъ, почему при *actiones in personam*, при которыхъ лица могутъ находиться въ различныхъ отношеніяхъ по отношенію къ одному и тому-же объекту, возможно вторичное предъявленіе того-же иска? *Eadem quaestio* должно быть *inter easdem personas*, потому что *res judicata* связываетъ только заинтересованныя лица, т. е. истца и отвѣтчика, такъ-какъ отъ нихъ исходила инициатива иска. *Res judicatae nullum aliis praejudicium faciant*⁴, но иногда она имѣетъ значеніе и для третьихъ лицъ, именно: 1) кто признается по судебному рѣшенію наслѣдникомъ, — тотъ становится имъ въ отношеніи должниковъ наслѣдодателя, легатаріевъ и кредиторовъ⁵,

¹ L. 9 § 1, L. 24 Dig. 44. 2.

² L. 7 § 4 Dig. 44. 2.

³ L. 11 § 1 Dig. 44. 2.

⁴ L. 1 Dig. 44. 2.

⁵ L. 1 Dig. 44. 2.—L. 8 § 16 Dig. 5. 2.

2) при вопросах о status¹ и 3) при actiones populares². При наличии этих двух условий, говорит Юлианъ, res judicata имѣть силу даже alio genere judicii, т. е. если второй искъ стремится достигнуть ту-же цѣль какъ и первый, напр. лицо предъявило actio familiae erciscundae и проиграло тяжбу; такъ-какъ этотъ искъ можетъ быть предъявленъ только одинъ разъ, то проигравшая искъ сторона можетъ ухватиться еще за actio communi dividundo, который введенъ къ достиженію той-же цѣли; но если вновь предъявляемый искъ основывается на новомъ правѣ, — замѣчаніе Юліана не имѣетъ примѣненія, напр. преторъ отказываетъ лицу въ actio rei vindicatio; истецъ вновь вторично предъявляетъ condictio, — преторъ не приметъ этого иска, потому что rei vindicatio можетъ быть предъявленъ собственникомъ, а condictio — кредиторомъ. Вотъ почему толкованіе словъ eadem questio въ томъ смыслѣ, что подъ ними надъ понимать idem jus³, не можетъ быть принято и должно быть отнесено къ словамъ «alio genere judicii». Замѣтимъ, что exceptio rei judicatae необходима только при actiones in rem и actiones in factum, при которыхъ litis contestatio не уничтожаетъ первоначальнаго обязательства сторонъ, между-тѣмъ-какъ при actiones personales in jus она излишня, такъ-какъ при этихъ искахъ первоначальное обязательство сторонъ уничтожается litis contestatio и единственное дѣйствіе res judicata при этихъ искахъ состоитъ въ томъ, что она совершить вторично новацію, которая не нуждается въ exceptio rei judicatae. Res judicata принадлежитъ къ числу презумпцій juris et de jure, т. е. противъ нея не допускается никакое противоположное доказательство⁴;

¹ L. 9 pr., L. 42 Dig. 40. 12.

² L. 3 Dig. 47. 23.

³ L. 12—14 Dig. 44. 2.

⁴ L. 6 Dig. ib.

въ этомъ смыслѣ на одной линіи съ *res judicata* стояла *jusjurandum in jure delatum*¹. *Res judicata* пользовалась такимъ авторитетомъ, что о ея силѣ сохранился даже анекдотъ. Адвокатъ *Regulus* спрашивалъ мнѣніе *Плинія* объ оконченномъ дѣлѣ *Модеста*; *Плиній* промолчалъ, но на вторичный вопросъ адвоката воскликнулъ: *queris inquam quid sentiam? At ego ne interrogare quidem fas puto de quo pronunciatum est?*².

По закону XII таблицъ исполненіе судебного рѣшенія вызывалось собственнымъ сознаниемъ, *pehūm aēs* и истеченіемъ 30-дневнаго срока. Если должникъ не удовлетворялъ кредитора въ теченіи 30 дней, считая со дня объявленія *judex*омъ рѣшенія, — кредиторъ исполнялъ *actio legis per manus injectionem*, въ-силу котораго должникъ становился его *addictus*; *addictus* получалъ 60-дневный срокъ, въ теченіи котораго онъ или его друзья должны были удовлетворить кредитора, иначе онъ могъ продать должника *trans Tiberim*. Слѣд. *actio legis per manus injectionem* является средствомъ исполненія судебного рѣшенія, направленнымъ на личность, не только въ томъ случаѣ, когда обязательство не было обезпечено, но и тогда, когда для обезпеченія обязательства должникъ передавался во власть кредитора *per aēs et libram* и становился его *mancipium* (*nexus*), но находился на свободѣ, которую кредиторъ всегда могъ уничтожить *rei vindicatio*. Къ началу VI в. сталъ входить въ употребленіе *actio per pignoris capionem*, при которомъ средства исполненія судебного приговора направлялись на имущество должника; случаи примѣненія этого иска были введены то *lege*, то *moribus*; такъ онъ былъ предоставленъ солдатамъ для требованія *aēs equestre*, *aēs hordiarium* и *stipendium*; по закону *Censoria* онъ былъ предоставленъ публиканамъ для взиманія нало-

¹ L. 2 Dig. 12. 2.

² Plin. Ep. 5.

говъ, а законъ XII таблицъ предоставляютъ его въ нѣкоторыхъ случаяхъ кредиторамъ. Въ 428 г. законъ *Petelia* уничтожилъ обезпеченіе обязательства *per aes et libram*, хотя *addictio* осталось еще на нѣкоторое время въ употребленіи. Въ періодъ формулярной системы по общему правилу должникъ получалъ 60-дневный срокъ для исполненія судебного рѣшенія¹; впрочемъ, этотъ срокъ могъ быть сокращенъ по усмотрѣнію магистрата²; при случаѣ, для приведенія въ исполненіе судебного рѣшенія, въ-особенности при *arbitrae actiones*, истецъ съ согласія претора могъ даже располагать *manu militari*³, но и тогда взысканіе все-таки падаетъ на имущество, а не на личность должника, какъ было при системѣ *legis actiones*: этому способствовали *missiones in possessionem*, которыя предоставлялись преторомъ кредиторамъ по различнымъ соображеніямъ и рѣшительно вытѣснили *manus injectio*; съ другой стороны, добровольная *cessio* имущества сдѣлала излишнюю *addictio* личности. *Missiones* чаще всего предоставлялись кредиторамъ въ томъ случаѣ, если должникъ считался *absens*, въслѣдствіи *missiones* стали примѣняться и въ другихъ случаяхъ. Защищая кредиторовъ, получившихъ *missio in possessionem*, *interdicta* и *actiones in factum* и въ нѣкоторыхъ случаяхъ даже *manu militari*, преторъ предоставлялъ имъ право на *proscriptio* или *venditio bonorum*, которое является обыкновеннымъ послѣдствіемъ *missiones*. По мнѣнію Гая⁴ *venditio* подвергаются *bona aut vivorum aut mortuorum*; *vivorum*, напр., въ томъ случаѣ, когда должникъ скрывается *fraudationis causa*, не прислалъ *in iudicio* защитника, или сдѣлалъ *cessio* имущества, согласно предписаніямъ за-

¹ L. 2 и 31 Dig. 42. 1.

² L. 2 Dig. 42. 1.

³ L. 68 Dig. 6. 1.

⁴ Inst. 3. 78.

кова Юлія, или же не исполнилъ судебного рѣшенія въ срокъ, предоставленный ему по закону XII таблицъ или по эдикту; имущество умершаго лица тогда подвергается *venditio*, когда сдѣлалось извѣстно, что умершій не оставилъ ни наслѣдника, ни *possessor'a*, *neque ullum alium justum successorem*. Слѣд. вообще можно сказать, что *venditio bonorum* имѣло мѣсто въ четырехъ случаяхъ: 1) подвергалось *venditio* имущество *condemnatus'a*, *ab eo cujus de ea re jurisdictio est, ut pecuniam solvat, nisi solvat*¹, 2) *confessus'a in jure*², 3) лицъ, не отвѣтившихъ на призывъ въ судъ или *in judicio* и не представившихъ *sponsio*³, 4) *indefensus*, т. е. лицъ, не приславшихъ *in judicio* защитника (*idoneus defensor*); *indefensus* считался *damnatus*; вообще *indefensus* называется всякое лицо, которое *creditoribus sponsoribusve renunciavit se solidum solvere non posse*⁴, т. е. несостоятельное или дѣлающее *cessio* лицо, или *fraudationis causa latitat*⁵, не приславшее *in judicio* защитника, *absens judicio defensus non fuerit*⁶ или *exilii causa solum vertit*⁷, претерпѣвшее *capitis deminutio*⁸, не оставившее наслѣдниковъ⁹, — подъ условіемъ, чтобы *indefensus* не принадлежалъ къ привилегированнымъ лицамъ, напр. *pupillus*, *furius*¹⁰. *Missio in possessionem* совершалось въ силу двухъ эдиктовъ, выдаваемыхъ

¹ L. 4 § 3, L. 6 § 2 Dig. 42. 1.

² § 2 P. Sent. 5. 5.

³ L. 52 Dig. 50. 17.

⁴ L. 10, 12 § 1 Dig. 50. 16.—L. 3. 5 Dig. 42. 3.

⁵ L. 36 Dig. 42. 5.—Cic. pro Quinct. 19. 60.

⁶ Ib.

⁷ Ib.

⁸ Gaj. Inst. 3. 84.

⁹ Id. 3. § 78 и 79.

¹⁰ § 2 P. Sent. 5. 5.

*causa cognita*¹; по первому эдикту кредиторы получали *missio rei servandæ causa* и для этой цѣли кредиторы могли избрать кураторовъ для лучшаго управленія имуществомъ² на 30 *dies continui* при жизни должника и на 15, если его нѣтъ въ живыхъ³. Съ истеченіемъ этого срока кураторы публиковали объ имѣющей быть продажѣ имущества (*proscriptio*⁴), а кредиторы избирали *magister*'а для совершенія продажи⁵, которая могла совершиться не ранѣе 30 дней⁶ съ момента составленія *lex bonorum vendendorum*⁷. Для избранія магистра требовался новый декретъ претора⁸; въ-силу котораго онъ получалъ право принимать заявленія желающихъ купить имущество должника; наконецъ, въ-силу третьяго преторскаго эдикта составлялся *lex bonorum vendendorum*. Имущество оставлялось за тѣмъ, кто предъявлялъ наиболѣе выгодныя условія для кредиторовъ; имущество передавалось ему преторомъ (*addictio*) и самъ покупатель съ этого момента назывался *bonorum emptor*. *Bonorum venditio* введена преторомъ Рутилиемъ⁹ и ея дѣйствія заключались въ томъ, что *debitor* освобождался отъ своихъ долговъ, но его юридическая личность разрушалась въ прошедшемъ и вполне замѣнялась личностью *bonorum emptor*'а¹⁰, такъ-что еслибы послѣ *bonorum venditio* открылось въ пользу *debitor*'а наслѣдство, — наслѣдовать будетъ не онъ, а *bonorum emptor*,

¹ L. 21 § 2 Dig. 4. 6.

² L. 10 § 1. L. 3 § 23 Dig. 41. 2.

³ Gaj. Inst. 3. 79.

⁴ Theoph. ad Inst. 3. 12.

⁵ L. 6 § 2, L. 8 Dig. 42. 4.

⁶ Gaj. Inst. 3. 79.

⁷ Cic. *pro Quinct.* 15.

⁸ Gaj. Inst. 3. 79.

⁹ Gaj. Inst. 4. 35.

¹⁰ Id. 3. 77—89.

приобрѣтавшій отъ кредиторовъ имущество *per universitatem*; но всѣ вновь приобретенныя права *bonorum emptor*’омъ находились, такъ сказать, въ *jus civile* и защищались *tutione prætoris*¹, который предоставлялъ ему *interdictum adipiscendæ possessionis*², а послѣ *venditio* защищала его *interdicta possessoria*, наконецъ, *bonorum emptor* могъ съ помощью *usucapio* приобрести *dominium ex jure Quiritium*³; другія права *bonorum emptor*’а защищались *actiones utiles*⁴, *intentio* которыхъ всегда составлялась на имя *deditor*’а, а *condemnatio* на имя *bonorum emptor*’а; если же дѣло шло объ имуществѣ умершаго, то въ-силу принципа, что *bonorum emptor* замѣняетъ личность *debitor*’а, ему предоставлялся преторомъ искъ «*ficto se herede*»⁵. Полученная отъ *venditio bonorum* сумма разверстывалась пропорціонально между кредиторами⁶, а лицо, чье имущество подверглось *venditio* на удовлетвореніе кредиторовъ, подвергалось *infamia* и лишалось *jus honorum* и *jus suffragium*⁷. Въ императорскій періодъ для должниковъ, принадлежащихъ къ *classe personæ*, были введены въ *bonorum venditio* тѣ измѣненія, что имущество не продавалось *per universitatem*, а для избѣжанія *infamia* имущество несостоятельнаго должника продавалось по частямъ (*distractio bonorum*); эта продажа, производимая кураторами, не влекла *infamia* для должника, но и не избавляла его отъ даль-

¹ Id. 3. 81.

² Id. 4. 145.

³ Id. 3. 80.

⁴ Id. 3. 81,

⁵ Id. 4. 35.

⁶ Theoph. 3. 12. Sic cui C aurei debentur, accipiat L, et cui CC, accipiat C.

⁷ L. 1 Dig. 48. 7. Omni honore, quasi infamis, ex senatusconsulto carebit.—Cic. pro Cluent. 42. 119. Turpi iudicio damnati, in perpetuum omni honore ac dignitate privantur.

нѣйшей уплаты непогашенныхъ *distractio* долговъ. Иногда кредиторы принуждаются уничтожить часть своихъ требованій, — это именно бываетъ въ томъ случаѣ, когда призываемое къ наслѣдству лицо принимаетъ его подъ условіемъ, чтобы кредиторы отказались отъ части своихъ требованій; кредиторы могутъ удовлетворить это желаніе наслѣдника по большинству голосовъ и тогда ихъ постановленіе будетъ имѣть силу даже въ отношеніи кредиторовъ, обладающихъ *privilegia exigendi*¹; въ нѣкоторыхъ случаяхъ кредиторы могутъ требовать *beneficium separationis*². По закону Юлія³, *emptio bonorum* стало вытѣсняться *cessio bonorum*, которая производилась *in jure* или *extra jus*⁴. Добровольная *cessio* имущества состояла въ томъ, что должникъ, не доводя дѣла до *venditio bonorum*, предлагалъ кредиторамъ получить все свое имущество на удовлетвореніе ихъ претензій; передача имущества должна быть сдѣлана *bona fide*⁵; въ силу *cessio* всѣ имущественныя права должника переходили къ кредиторамъ⁶; но должникъ не подвергался *infamia*⁷ и не избавлялся отъ обязанности уплатить непогашенныя *cessio* требованія кредиторовъ⁸, которыя при случаѣ могли предъявить противъ него искъ «*in quantum facere potest*»⁹. — Въ уголовномъ правѣ существовало еще *sectio bonorum*, которое прилагалось, какъ и *bonorum venditio*, къ *universitas rerum*, но только вслѣдствіе *publicum judicium*, т. е. вердикта присяжныхъ.

¹ L. 10 pr. Dig. 2. 14.

² Dig. 46. 2.

³ Suet. Julius. 42.

⁴ L. 9 Dig. 42. 3.

⁵ L. 25 Dig. 42. 8.

⁶ L. 9 Dig. 42. 3.

⁷ L. 11 Cod. 2. 12.

⁸ L. 4. 6. 7. Dig. 42. 3.

⁹ L. 173 Dig. 50. 17.

При *sectio* въ качествѣ продавца выступалъ *fiscus*, т. е. *sectio bonorum* производилось въ пользу казны; владѣльцами же, получавшими въ силу преторскаго декрета временное *possessio*, были *quaestores agrarii*, которые производили продажу *sub corona, sub hasta*; лица, купившія это имущество изъ рукъ *quaestores*, считались собственниками *ex jure Quiritium*; они защищались *interdictum sectorium* и назывались *sectores*, такъ-какъ они впоследствии или распродадутъ купленное по частямъ или раздѣлять его между собою¹.

Слѣд. *bonorum venditio* замѣнило *manus injectio, cessio—addictio*; древній же *actio per pignoris capionem* былъ вытѣсненъ *pignus praetorium*, въ силу котораго преторъ по истеченіи срока, назначеннаго для исполненія судебного рѣшенія, посылалъ *viatores* арестовать имущество должника; арестъ налагывали прежде всего на *res mobiles*, а если ихъ было недостаточно,—на *res soli*, и, наконецъ, захвату подвергались *jura*². Черезъ два мѣсяца арестованное имущество подвергалось продажѣ для удовлетворенія кредиторовъ³; арестованныя вещи могли быть переданы кредитору, но только въ томъ случаѣ, если онъ почему-либо не могли быть проданы. Любопытно, что уже первый декретъ претора при *missio in possessionem* равнялся по своему значенію *pignus praetorium*. При добровольной *cessio* имущества, кредиторы должны были опасаться, чтобы должникъ не сдѣлалъ какихъ-нибудь актовъ въ ущербъ ихъ интересамъ; для уничтоженія этихъ актовъ кредиторы располагали *actio Pauliana*⁴ и *interdictum fraudatorium*⁵ при наличности двухъ

¹ Gaj. Inst. 4. 146.

² L. 15 § 2 Dig. 42. 1.

³ L. 31 Dig. ib.

⁴ L. 38 § 4 Dig. 22. 1.

⁵ L. 67 § 1 и 2 Dig. 36. 1.—L. 96. pr. Dig. 46. 3.

условій: 1) чтобы совершенный должникомъ актъ дѣйствительно бы уменьшилъ его имущество¹ и для кредиторовъ безразлично: *sive rem alienavit, sive acceptilatione vel pacto aliquem liberavit*² *sive se obligavit*³, 2) эта *alienatio* или принятіе на себя обязательства должно быть сдѣлано *in fraudem* кредиторовъ⁴, что въ каждомъ данномъ случаѣ должно быть доказано⁵. По § 119 *Vat. Fr.* отвѣтчикъ могъ просить отсрочки для удовлетворенія кредиторовъ, основываясь на томъ, что онъ не состоятеленъ только въ данную минуту, и что по прошествіи опредѣленнаго срока онъ будетъ имѣть возможность удовлетворить своихъ кредиторовъ; обыкновенно такому *debitor*у давалась на поправленіе его дѣлъ *quinquennii dilatio*, въ теченіи которой онъ пользовался противъ кредиторовъ *exceptio moratoria*. Въ Юстиніановскомъ правѣ кредиторы по большинству голосовъ⁶ могутъ оставить управленіе дѣлами въ рукахъ несостоятельнаго должника, производящаго добровольную *cessio* имущества. — Наконецъ, на вопросъ: какъ разверстывалась между кредиторами сумма, вырученная отъ продажи имущества, — трудно отвѣчать⁷; впрочемъ этотъ вопросъ представляетъ немаловажныя затрудненія и въ позднѣйшемъ правѣ, такъ-какъ различныя *privilegia causae* и *privilegia exigendi* только затрудняютъ его рѣшеніе.

Разсмотрѣнные способы исполненія судебного рѣшенія главнымъ образомъ имѣютъ мѣсто тогда, когда отвѣтчикъ, не оспа-

¹ L. 1 § 2 *Dig.* 42. 8.

² *Ib.*

³ L. 3 *pr.* *Dig.* *ib.*

⁴ L. 15 *Dig.* *ib.*

⁵ L. 17 § 1 *Dig.* *ib.*

⁶ L. 8 *Dig.* 2. 14.

⁷ Впрочемъ см. *Theop.* 3. 12.—*Gaj. Inst.* 2. 155.—L. 60 *Dig.* 2. 14.—L. 6 § 7 *Dig.* 42. 8.—L. 6 *pr.* *Dig.* 42. 6.

ривая дѣйствительности судебного рѣшенія, не удовлетворяет кредитора потому ли, что не имѣетъ для того достаточныхъ средствъ или изъ упрямства не хочетъ подчиниться *sententia*, въ послѣднемъ случаѣ чаще всего истецъ получалъ право на примѣненіе *pignus praetorium*. Но когда отвѣтчикъ подвергается сомнѣнію существованіе судебного рѣшенія¹, или доказываетъ, что оно составлено въ его пользу или что оно погашено позднѣйшими фактами², тогда преторъ выдавалъ истцу *actio judicati*³, который принадлежалъ къ числу тѣхъ, quae inficiatione duplantur⁴; этотъ искъ выдавался преторомъ, потому что только онъ одинъ имѣлъ *imperium*, при томъ же съ произнесеніемъ *sententia* роль *judex*'а прекращалась: отъ отвѣтника кромѣ того для предупрежденія обмана съ его стороны требовалось представленіе *cautio judicatum solvi*⁵.

36. *Res judicata* могла ли быть уничтожена или, по крайней мѣрѣ, пересмотрѣна? 1) Она могла быть уничтожена въ силу указанныхъ въ эдиктѣ мотивовъ *in integrum restitutio*, хотя бы сама по себѣ *res judicata* была составлена правильно; 2) *res judicata* могла быть уничтожена изъ-за несоблюденія закона, или правилъ о подсудности, или изъ-за неисполненія формъ и порядковъ судопроизводства, — эти причины ничтожности должны быть констатированы передъ магистратомъ, который предоставитъ сторонѣ право на новый искъ; 3) она могла быть уничтожена *intercessio* трибуна, напр. въ процессѣ Квинкція преторъ несправедливо требовалъ представленія *cautio*, — трибуны угрожали уничтожить ее⁶; *Tullius* поднялъ противъ *Фабія* искъ

¹ L. 1 pr. Dig. 49. 8.—L. 75. Dig. 5. 1.

² Напр. *acceptilatio*, *transactio* и пр.

³ L. 28. § 8. Dig. 12. 2.—L. 4. § 3, L. 5, 6. § 3, L. 43. Dig. 42. 1.

⁴ *Gaj.* Inst. 4. §§ 9 и 171.

⁵ *Ib.* 4. 25.

⁶ *Cic.* pr. *Quinct.* 7. 29.

de vi hominibus armatis coactisve damno dato; отвѣтчикъ требоваль, чтобъ въ предъявленный искъ была внесена рестрикція «injuria damno dato», но несправедливо, потому что эта рестрикція допускалась только lex Aquilia, и хотя отвѣтчикъ обратился за помощью къ трибунамъ, но они отвѣчали «nihil se audituros»¹. Intercessio трибуновъ примѣнялась и въ уголовныхъ процессахъ, такъ они въ процессѣ Ватинія запретили отвѣтчику явиться in judicio²; въ процессѣ Клуэнція одинъ изъ присяжныхъ былъ absens, потому что разрѣшалъ гражданское дѣло въ качествѣ judex'a, — трибуны помѣшали присяжнымъ подавать голоса³. Intercessio трибуна и appellatio, по замѣчанію Савиньи, имѣють скорѣе характеръ кассации, которая, однакоже, не была образована въ правильную инстанцію, такъ — какъ въ теченіи республиканскаго періода она не могла быть ни частною, ни правильною, потому что трибуны избирались на годъ и больше занимались дѣлами политическими. Слѣд. appellatio къ трибунамъ вызывала ихъ intercessio, обращая вниманіе ихъ на несоблюденіе формъ и обрядовъ судопроизводства; но intercessio и апелляція къ трибунамъ положили основаніе въ собственномъ смыслѣ апелляціи, относительно которой первыя ясныя постановленія находятся въ lex Julia judiciaria: она могла быть сдѣлана тотчасъ по постановленіи судебного рѣшенія (inter acta voce appellare) или позже въ формѣ libelli appellatorii, въ отвѣтъ на которое апелляторъ получалъ отъ судьи litterae demissoriae для представленія высшему магистрату. Всякій актъ магистрата могъ быть уничтоженъ актомъ только равнаго магистрата или же высшимъ (par majorve potestas), напр. преторъ

¹ Cic. pro Tull. 17. 39.

² Cic. in Vat. 14. 33—34.

³ Cic. pro Cluent. 27. 74.—См. также рассказанную Гелліемъ (4. 24) «historia de Hostilio Mancino aedili et Manilia meretrice».

могъ уничтожить акты претора, консуль — акты претора, такъ Верресъ въ качествѣ претора издалъ нѣсколько декретовъ противорѣчащихъ правиламъ его эдикта, вслѣдствіе чего преторъ Piso выѣшался и уничтожилъ эти декреты¹; Юлій Цезарь² рассказываетъ, что M. Coelius Rufus praetor causa debitorum suscepta initio magistratus tribunal suum juxta C. Treboni praetoris urbani, sellam collocavit et, si quis appellavisset de aestimatione et de solutionibus, quæ per arbitrum fierent, ut Cæsar præsens constituerant, fore auxilio pollicebatur. Sed fiebat æquitate decreti et humanitate Treboni, qui his temporibus clementer et moderate jus dicendum existimabat, ut reperiri non possent, a quibus initium appellandi nasceretur. Существуютъ примѣры, когда создавались магистраты, на приговоры которыхъ нельзя было приносить апелляціи, — таковы decemviri и диктаторы. Слѣд. appellatio республиканскаго періода имѣетъ характеръ отрицательный и даже не обращалось вниманія на то: входила ли она въ кругъ обязанностей того магистрата, къ которому апеллировали. Конечно, intercessio трибуна примѣнялась чаще всего уже потому, что его veto имѣло рѣшительное значеніе въ отношеніи приговоровъ cadaго магистрата. Отъ апелляціи надо отличать provocatio, т. е. призывъ народа къ помилованію, который примѣнялся въ уголовныхъ процессахъ; но provocatio въ теченіи VII в. не примѣняется, потому что въ качествѣ присяжныхъ quaestiones perpetuae засѣдалъ народъ, такъ что призывать народъ къ помилованію относительно уголовного приговора, постановленнаго народомъ же, было бы нелѣпостью; впрочемъ Антоній позволилъ было осужденнымъ въ преступленіяхъ «de vi» и «majestate» приносить provocaцію въ особый судъ, но это позволеніе названо Цицерономъ dissolutio legum

¹ Cic. in Verr. lib. 1. 46. 119.

² De bello civ. 3. 20.

omnium¹. Наконецъ *res judicata* могла быть уничтожена помилованіемъ (*venia*, *gratia*, *indulgentia*), которое объявлялось сенаторомъ, центуриями и трибами. Велѣдствіе *venia* лицо восстанавливалось въ правахъ, потерянныхъ по судебному приговору, т. е. ему возвращались права патроната², *agnatio*³, *patria potestas*⁴, *testamentifactio*⁵, — это такъ называемая *indulgentia specialis*⁶. Иногда помилованіе объявлялось, при особенныхъ торжественныхъ событіяхъ и праздникахъ, группѣ лицъ, за исключеніемъ тяжкихъ преступниковъ, напр. одержавшая верхъ партія объявляла *venia* приверженцамъ побѣжденной партіи; впрочемъ, такая общая *indulgentia* не уничтожала *infamia*.

37. Очерченный нами порядокъ судопроизводства составлялъ въ республиканскій періодъ *ordo iudiciorum*, т. е. порядокъ, подчиняющійся общимъ правиламъ судопроизводства и, говоря въ частности, для каждаго опредѣленнаго закономъ преступленія существуетъ особый судъ съ участіемъ выборныхъ судей, *iudices selecti*. За этими судами и преступленіями существуетъ рядъ преступленій, находящихся въ вѣдомствѣ всѣхъ остальныхъ судовъ, магистратовъ, но не опредѣленныхъ ни однимъ изъ *leges iudiciariae*, и потому слѣд. не подлежащихъ подсудности комиссій, а подчиняющихся правиламъ исключительнымъ, правиламъ *extra ordinem*. Всякое преступленіе, опредѣленное закономъ, дѣлается специальнымъ предметомъ особой комиссіи, вѣдствіе чего часть *crimina* и *delicta* извлекаются изъ первоначальной неопредѣленности и темноты; всѣ же остальные

¹ Cic. Philip. 1. 9. 21.

² L. 3 § 2 Dig. 50. 4.—L. 10. § 6 Dig. 2. 4.

³ L. 1 § 9 Dig. 37. 4.

⁴ § 8 ib.

⁵ L. 6 § 12 Dig. 28. 3.

⁶ Cic. post. red. in senatu. 3. 5 in f.—pro Sestio, 31. 68.—in Pis. 15. 34.

преступленія, которыя были обойдены этой новой системой, остались въ рукахъ тѣхъ-же коллегій, комицій, преторовъ, квесторовъ, такъ-что общій терминъ для означенія преслѣдованія этихъ преступленій — *cognitiones extraordinariae, extra ordinem cognoscere* въ уголовномъ правѣ. Принципъ этихъ *cognitiones* состоитъ въ томъ, что магистратъ — преторъ, консулъ, квесторъ — разслѣдуетъ и узнаетъ дѣло лично; это *cognitio* было исключеніемъ, потому что общимъ правиломъ считался тотъ *ordo*, при которомъ *jus* и *judicium* раздѣлялись, гдѣ подсудимому дано было право выбора судей и гдѣ ему были предоставлены всевозможныя гарантіи его личности, свободы, домашнего очага (прим. 2 стр. 320). Въ экстраординарномъ же порядкѣ рѣшеніе дѣла производилось въ силу *jurisdictio*, въ-силу *imperium* или въ-силу *cognitio extraordinaria*, если не оказывалось примѣра ни въ *jus civile*, ни въ эдиктъ, — все такія дѣла рѣшались *persecutio, cognitio*, но никакъ ни *actio*. Въ императорскій періодъ эти *cognitiones* умножились, потому что государь не самъ разбираетъ дѣло, а по делегации уполномочивалъ на это то коллегію — сенатъ, то магистрата, то частное лицо. Главнымъ образомъ въ число *extraordinaria crimina* заносились преступленія противъ *mores, crimen expilatae hereditatis* (Dig. 47, 19) *directarii* (L. 7. Dig. 47, 11), *effractores* и *expilatores* (Dig. 47, 18.) *saccularii* (L. 7. Dig. 47, 11), *fures balnearii* (Dig. 47, 17), *nocturni* (L. 1 и 2 ib.), *armati* (L. 1. ib.), *abigei*, (Dig. 47, 14), *receptatores* (Dig. 47, 16), нарушеніе *sepulchrum* (Dig. 47, 12), *prævaricatio* (Dig. 47, 15); если преступленіе лица не предъусмотрѣно ни однимъ изъ законовъ ни эдиктомъ, то такое преступленіе преслѣдовалось *actio stellionatus*, которому въ *jus civile* соответствовалъ *actio præscriptis verbis* (Dig. 47, 20). Очевидно, что порядокъ *extra ordinem* граничилъ съ процессомъ инквизиціоннымъ: ни въ томъ, ни въ другомъ нѣтъ гарантіи личности подсудимаго, нѣтъ общихъ пра-

видѣ, имѣющихъ цѣлью обезопасить стороны, личность, и самый порядокъ вчинанія дѣла иной: дѣло чаще всего начиналось по доносу, въ силу *indicia*, причемъ самые доносчики оставались въ сторонѣ и не выступали на судѣ даже въ качествѣ свидѣтелей: они оставались неизвѣстны для подсудимаго, такъ-что идея инквизиціоннаго процесса и порядка *extra ordinem* идутъ вмѣстѣ рука-объ-руку и начало ихъ коренится въ глубокой древности, потому что еще въ періодъ комицій многія дѣла начинались по тайному доносу; собственно подъ *indices* надо разумѣть соучастниковъ въ преступленіи, которыя, желая избѣжать заслуженнаго наказанія, доносятъ на своихъ товарищей по преступленію; на ихъ-то счетъ относятся различныя опредѣленія *leges judiciarie* о *præmia*— то безнаказанность, то награда деньгами, то освобожденіе на волю, если доносчикомъ былъ рабъ (прим. 2 стр. 290); рядомъ съ *indices* существовали *quadruplatores*. спеціальностью которыхъ было разслѣдованіе преступленій (Ps. - Ascon. in Cic. *divinat.* с. 7 и Varro, *de ling. lat.* V. 14. 81), *curiosi*, *stationarii*, а при императорахъ *пренархи*— полицейскіе агенты, представлявшіе свои рапорты, *notoria*, *elogia* (L. 6. § 3. Dig. 48. 16; L. 6. pr. § 1. Dig. 48. 3; L. 18. § 7. Dig. 50. 4). Слѣд. можно сказать, что съ глубокой древности процессъ обвинительный и инквизиціонный шли рядомъ, и вопросъ заключался лишь во времени и условіяхъ ихъ существованія, т. е. когда и при какихъ условіяхъ инквизиціонный возьметъ верхъ надъ обвинительнымъ? *Ordo judiciorum* образовался не сразу. Расширяя постепенно свою подсудность на-счетъ комицій, *ordo judiciorum* опредѣлялся отдѣльными законами, *leges judiciarie*, которые въ-силу необходимости— *leges* не видѣли за собою опредѣленныхъ законами процессуальныхъ правилъ— проводили одновременно правила судопроизводства и судоустройства; вотъ почему можно сказать, что *ordo judiciorum* основывается на законодательствѣ и обычаяхъ, на-счетъ вліянія котораго нужно отно-

силь всю внутреннюю сторону судопроизводства. Самое основаніе судопроизводства по комиссіямъ (*quaestiones*) покоится на древнемъ правѣ рѣшать дѣла рекуператорами, судомъ международнымъ, который прилагался сенатомъ въ спорахъ провинцій. Рекуператоры существовали рядомъ съ *judex*-ами и арбитрами, такъ-что и позже преторъ, опредѣляя время для разбирательства дѣла *in judicio*, оставлялъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ на произволь сторонъ избрать себѣ для рѣшенія спора *judex*-а или арбитра; но между *judex*-ами и рекуператорами существовала разница въ количествѣ — *judex* назначался одинъ, а рекуператоры въ количествѣ 3—5, притомъ *judex* избирался изъ *album*-а, а рекуператоръ изъ всѣхъ гражданъ; онъ могъ быть взятъ даже изъ лицъ, находящихся *in jure* въ качествѣ любопытныхъ, *quasi repente apprehensi*. Этотъ обычай назначать въ международныхъ отношеніяхъ рекуператоровъ для рѣшенія споровъ, былъ приложенъ, какъ уже испытанный способъ, къ рѣшенію споровъ и жалобъ провинцій, въ отношеніи которыхъ составлялись особыя комиссіи, *quaestiones*. Дальѣйшее развитіе комиссій уже основано на законодательствѣ, *leges judicariae*, которые вызвались настоятельной необходимостью опредѣлить и выяснить условія процесса. Вотъ почему эти *leges* имѣютъ тотъ общій характеръ, что, заключая въ себѣ одновременно правила о судопроизводствѣ и судоустройствѣ, издаются на будущее время, получая обратное дѣйствіе въ отношеніи того факта, который послужилъ видимымъ поводомъ къ ихъ изданію. Главный вопросъ, на который больше всего обращали вниманіе *leges*: откуда, изъ какого *ordo* избирать судей? Но ни одинъ изъ *leges* не посягнулъ на основной принципъ процесса: стороны должны сами условиться относительно выбора судьи, опредѣляя его или по общему согласію, или по назначенію магистрата или жребіемъ. Этотъ вопросъ о назначеніи судей изъ того или другого *ordo* рѣшался такъ или иначе всегда подѣ вліяніемъ политическихъ

внутреннихъ событій и согласно личному характеру гражданина, проводящаго законъ. Можно сказать, что *leges* скорѣе опредѣляли формальную сторону, потому что главнѣйшіе принципы процесса коренятся въ глубокой древности и скорѣе вызываютъ желаніе ограничить ихъ, чѣмъ расширить; вся суть процесса: отношеніе сторонъ, ихъ представителей къ суду и обратно, отношеніе *judices* къ доказательствамъ не опредѣляются ни однимъ изъ *leges judiciarіæ*, — законы говорятъ только напр. о способѣ избранія судей, о количествѣ адвокатовъ и пр., т. е. занимаютъ чисто формальною стороною процесса. На *leges* мы читаемъ отпечатокъ страстей и стремленій борющихся партій и вмѣстѣ съ тѣмъ видимъ ихъ полнѣйшую неудачу успокоить государство, примирить партіи, укрѣпить *status quo*. Въ самомъ дѣлѣ, возьмите любой изъ *leges judiciarіæ*, и подкладкой, мотивомъ его изданія вы увидите то месть, то насиліе, полнѣйшее развращеніе нравовъ, упадокъ нравственной дисциплины..... Достигаютъ ли законы своей цѣли? Нисколько..... Подъ вліяніемъ тѣхъ же страстей, мести, насилія, грабежей — законы падаютъ, уступая мѣсто новымъ. Лучшіе законы, законы наиболѣе обдуманые, законы Суллы просуществовали недолго. *Leges* не издаются въ спокойномъ желаніи положить конецъ беззаконію, а скорѣе въ видахъ самоублаженія, самопоклоненія, въ видахъ удовлетворенія мстительнымъ стремленіемъ партіи, ея самолюбія. Дѣйствіе и вліяніе *leges* неминусо должны были подкапываться тѣми подонками общества, которыхъ Антоній допустилъ въ свою декурію, и которыя всегда, принимая опредѣленный видъ, въ минуты анархіи, общественныхъ бѣдствій захватываютъ въ свои руки власть и силу, съ помощью которой они..... пожираютъ самихъ себя..... Эти подонки приходятъ въ движеніе всякій разъ, когда обществу ставятся на разрѣшеніе новые вопросы, и считаютъ своимъ долгомъ враждебное отношеніе къ обществу, видя несправедливость его въ отношеніи себя въ тѣхъ репрес-

сивныхъ мѣрахъ, которыя оно принимаетъ для уничтоженія анархическихъ стремленій, относятся враждебно ко всему, не разбирая, что предпринимаютъ сильные міра, не разбирая относятся ли ихъ мѣры къ общей пользѣ или нѣтъ..... Судъ по коммисіямъ прусуществовалъ столѣтіе; его темныя и свѣтлыя стороны выяснились, будучи обязаны своимъ развитіемъ не столько *leges*, сколько тѣмъ внутреннимъ принципамъ, которые лежатъ въ глубокій древности и которые составляли непреложное право гражданина, но *leges* никогда не посягали на присяжныхъ. *Quaestiones* первоначально не составляли общаго суда: каждая коммисія имѣла свою отдѣльную подсудность; каждая вѣдала одно опредѣленное преступленіе, налагала одно опредѣленное наказаніе, слѣдуя разъ строго опредѣленной процедурѣ, т. е. коммисіи были все тѣ-же древнія порученія преслѣдовать и разобратъ опредѣленное преступленіе; даже ихъ территоріальная подсудность не была опредѣлена: нельзя же согласиться, чтобы *quaestio* вѣдала преступленіе, совершившееся на пространствѣ 1000 миль, — Римъ только при императорахъ составилъ судебный округъ, — республика не знаетъ округовъ, она знаетъ только принадлежность лица къ римской гражданственности: если гражданинъ Тицій убилъ Мевія въ Испаніи, то *quaestio de sicariis* будетъ вызывать его и ожидать къ суду въ теченіи года, иначе конфискуетъ его имущество, потому что *absentem capitali crimine accusari non posse*. Но эта неопредѣленность уничтожается введеніемъ суда съ присяжными, который дѣлается общимъ со времени Суллы, хотя принципъ обособленности каждой *quaestio* удержался: для каждой законъ опредѣляетъ наказаніе, которое она можетъ налагать, преступленіе, которое она преслѣдуетъ, процессъ же за небольшими исключеніями дѣлается общимъ. Коммисіи называются *perpetua* не потому, что дѣйствительно существуютъ постоянно — онѣ существуютъ постоянно только въ идеѣ — но въ томъ смыслѣ, что онѣ составляютъ постоянный

судъ, не составляя исключенія изъ общаго правила о годовой срочной магистратурѣ, потому что лица, входящія въ составъ *quaestio — iudices*, преторъ и *iudices quaestionis* — несутъ свои обязанности только въ теченіи года: *quaestiones* ежегодно возобновлялись и учреждались на цѣлый годъ *jurisdictionis perpetuae causa*. Предсѣдатели судовъ считаются преторы, которые въ случаѣ своего отсутствія передаютъ свои обязанности одному изъ *iudex'овъ quaestiones* (Dig. 1. 21), который въ этомъ случаѣ называется *praeses* (L. 32. Dig. 48. 19); преторъ слѣдитъ за фазами процесса, не даетъ возможности одной сторонѣ взять перевѣсъ надъ другой; за небрежность ему угрожаетъ «*litem suam fecisse*» (Dig. 50. 13 — Inst. IV. 5); вопросъ о виновности рѣшается выборными судьями — присяжными, избирающимися ежегодно, судьями непользующимися несмѣняемостью, по общему правилу: относительно ихъ выбора стороны должны быть согласны. Не всякій можетъ быть присяжнымъ, и условія этой неспособности коренятся или въ нравахъ (женщины, рабы), или устанавливаются *lege* (лишенные чести) или въ силу *natura* (напр. нѣмой, глухой и пр. L. 1. Dig. 3. 1). Стороны имѣютъ представителей на судѣ, которые являются или въ качествѣ адвокатовъ (*orator, causidicus, disertus, patronus, advocatus*) а) *in jure* (L. 1. § 2. Dig. 3. 1) или б) *in iudicio*; рядомъ съ адвокатами въ сторонѣ отъ суда стоятъ *juris periti, juris consulti, studiosi, pragmatici*, которые помогаютъ тяжущимся. *Tela agentibus sumministrant* (Quint. 12. 3. 4). Всякій гражданинъ можетъ поднять обвиненіе, опредѣлить подсудность, но долженъ принести присягу и представить доказательства. Цицеронъ жалуется: *nemini meus adventus labori aut sumptui neque publice neque privatim fuit* (Cic. in Ver. Lib. 1. 6. 16). Если опредѣленіе подсудности сдѣлано не вѣрно — преторъ откажетъ въ искѣ: между юрисдикціями не было іерархіи, зависимости, каждая коммиссія дѣйствовала въ своемъ строго опредѣленномъ кру-

гѣ; не было ревизіи, потому что судъ вездѣ производился по делегаціи общаго источника правосудія—народа. Но рядомъ съ quaestiones существовали комиціи. Наказанія, налагаемыя комиціями по трибамъ, имѣютъ характеръ скорѣе репрессивный, политическій, чѣмъ юридическій; передъ ними на судъ являлись магистраты, вышедшіе изъ границъ своей власти, нарушившіе права народа; комиціи по центуріямъ разслѣдовали уголовныя дѣла, присуждая къ лишенію жизни, свободы, гражданскихъ правъ, и въ важныхъ случаяхъ, гдѣ требовалось внимательное изслѣдованіе дѣла, составляли изъ себя комиссію, *quaestio* напр. *de bacchanaliis* въ 568 г. (*Liv. XXXIX. 6*), *de veneficiis* (*ib. 8*), *de homicidiis*. Но въ комиціяхъ по центуріямъ между прочимъ существовалъ весьма важный недостатокъ: ихъ собраніе могло быть остановлено *veto* трибуна, при чемъ онѣ судили по обычаю и единственный памятникъ законодательства уголовного и гражданского былъ законъ XII таблицъ. Въ эпоху *quaestiones* оба законодательства раздѣляются: уголовное право опредѣляется рядомъ законовъ, такъ что неопредѣленность суда должна была исчезнуть, а вмѣстѣ съ тѣмъ должно было уменьшиться значеніе комицій: судили комиссіи, какъ-бы замѣняя народъ—судью немногими выборными судьями; вотъ почему *quaestiones* должны были стянута и уничтожить раздробленность юстиціи, а судъ долженъ былъ сдѣлаться постояннымъ: *veto* трибуна болѣе не имѣетъ вліянія на составленіе комиссій; но народъ только выигралъ съ такимъ порядкомъ, и хотя онѣ дѣйствительно потерялъ право *in corpore* произносить судъ, но 1) разбираютъ дѣла выборы *judices*, выбираемые сторонами изъ всего народа, 2) народъ приобрѣлъ больше: въ комиціяхъ преслѣдовали только магистраты, въ комиссіяхъ же право преслѣдованія преступленій принадлежитъ каждому, и хотя составъ судовъ мѣнялся, но комиссіи рѣшали только уголовныя дѣла и только въ нѣкоторыхъ случаяхъ должны были опредѣлять характеръ денежнаго наказанія (*Sig. II. 24*), напр.

въ преступленіяхъ de repetundis; судъ сдѣлался общимъ: онъ распространился и на магистратовъ т. е., quæstiones были созданы для преступленій, а не лицъ, — мы хотимъ этими словами указать на спеціальность суда, что каждая изъ комиссій существовала для отдѣльнаго преступленія, что каждый гражданинъ могъ судиться нѣсколько разъ даже одновременно въ различныхъ quæstiones, но не въ одной и той-же (L. 14. Dig. 48. 2), т. е. ни осужденіе гражданина одной изъ quæstio, ни оправданіе другой не могло служить для него гарантіей отъ предъявленія новаго противъ него иска, и это потому, что трудно было опредѣлить компетентность quæstiones, такъ что приходилось иногда предъявлять искъ на-удачу; съ другой стороны, возможность точнаго опредѣленія подсудности затруднялась еще произвольною группировкой преступленій въ рукахъ одной и той же-комиссіи, напр. въдомству quæstio de adulteriis подлежали: adulterium, stuprum, lenocinium, incestus; quæstio de sicariis et veneficiis по закону Суллы вѣдали: homicidium, veneficium, injuria, interneciei judicium вслѣдствіе falsum testimonium; но въ-силу этой раздробленности подсудности и явилось правило, что никто не можетъ быть преданъ суду, если его поступокъ не былъ опредѣленъ ни закономъ, ни плебесцитомъ, ни SC-томъ; разъ преступленіе или проступокъ не было сформулировано законодательствомъ — преслѣдованіе принадлежало комиціямъ, сенату, магистратамъ, какъ было въ ранній періодъ, т. е. обращались за помощью къ extraordinaria cognitio, такъ что нельзя сказать, чтобы римское право знало правило nullum crimen nulla poena sine lege — римское уголовное право, вообще говоря, строго, тѣмъ болѣе, что оно не избѣгло вліянія стоицизма, но тотъ-же преторъ внесъ смягченія, такъ что bonos non solum metu poenarum verum etiam præmiorum quoque exhortatione efficere cupientes (L. I. Dig. 1. 1); уголовное римское право выставяетъ особыя условія преданія суду въ quæstiones: 1) cogitationis nemo poenam patitur (L. 18.

Dig. 48. 19), — политическіе мотивы ввели исключенія изъ этого общаго правила; 2) *in maleficiis voluntas spectatur non exitus* (L. 14. Dig. 48. 8); 3) соучастники подвергаются одному наказанію съ главными виновниками преступленія, если они помогали ему *ope* и *consilio*; 4) при повтореніи преступленія наказаніе увеличивается (§ 11. Inst. 4. 1. — L. 50. § 3. Dig. 47. 2. — L. 28. § 3. Dig. 48. 19. — L. 3. § 9. Dig. 49. 16); 5) существуютъ правила о необходимой оборонѣ: *quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, jure fecisse existimetur* (L. 3. Dig. 1. 1. — L. 4. Dig. 9. 2. — L. 9. Dig. 48. 8); 6) одно и то-же лицо не можетъ одновременно поднимать два обвиненія (L. 12. § 2. Dig. 48. 2); 7) преступленіе отца не марааетъ сына (L. 5. Dig. 48. 19). Процессъ въ *quaestiones* былъ строго обвинительный: каждый гражданинъ подъ личною отвѣтственностью вчиналъ искъ, между тѣмъ-какъ въ комиціяхъ эта обязанность лежала на магистратахъ. Право обвиненія составляло личное право каждого гражданина, въ-силу котораго онъ могъ требовать для себя судебного слѣдствія въ случаѣ взводимаго на него бездоказательно обвиненія, *nam causa cognita possunt multi absolvi, incognita quidem condemnari non potest* (Cic. in Verr. Lib. I. 9. 25); лицо до тѣхъ поръ считается невиннымъ, пока недоказано будетъ противное: *nocens nisi accusatus fuerit condemnari non potest* (Cic. pro Ros. Amer. 20. 56), а другою принципомъ: *satiус enim esse impunitum relinqui facinus potentis quam innocentem damnare* (L. 5. Dig. 48. 19). Эти два принципа рельефно выражаютъ сущность римскаго процесса: уголовный судъ построенъ по образцу гражданскаго. Частное лицо подъ условіями, выставленными въ законѣ, заявляетъ и уголовный искъ и собираетъ доказательства въ силу полученнаго имъ *lex'a*, поддерживаетъ обвиненіе *in judicio* и принимаетъ мѣры къ пресѣченію способовъ уклоняться отъ суда, — государство остается въ-сторонѣ, а роль претора на судѣ только пас-

сивная, отрицательная: онъ охраняетъ формы процесса; ни онъ, ни *judicis quæstionis* не имѣютъ вліянія — все вниманіе устремлено на присяжныхъ, передъ которыми постепенно развертывается уголовный искъ, передъ которыми стороны стараются доказать свою правоту. Дѣло начинается, ведетъ, несетъ всѣ послѣдствія неудавшагося обвиненія обвинитель, для претора же представляется двѣ стороны: фактическая — рѣшеніе вопроса о виновности и примѣненіе согласно вердикту закона, но дѣло присяжныхъ шире — они изслѣдуютъ фактъ и стремятся примирить право и справедливость. «*Quum tabella vobis dabitur, judices, non de Flacco dabitur solum: dabitur de ducibus auctoribusque conservandæ civitatis, dabitur de bonis omnibus, dabitur de vobismet ipsis, dabitur de liberis vestris, de vita, de patria, de salute communi. Non judicatis in hac causa de exteris nationibus, non de sociis: de vobis et de vestra re publica judicatis*» (Cic. pro Flac. 39. 99). Нѣтъ никакихъ правилъ, которыхъ держались бы присяжные въ своемъ отношеніи къ сторонамъ и доказательствамъ, они могутъ стоять *pro tabulis et contra tabulas, pro testibus et contra testes, pro quæstionibus et contra quæstiones* (Cic. de or. 2. 27); присяжные — это какъ-бы нейтральная точка въ судѣ: къ нимъ обращаются стороны, передъ ними онъ разбираютъ доказательства по принципу полнѣйшаго равенства (примѣч. 4 стр. 355), словомъ — принципъ равенства сторонъ на судѣ, равноправное состязаніе и самостоятельность. Свидѣтели не стѣняясь подаютъ свои показанія, стороны и присяжные не стѣняются ничѣмъ въ оцѣнкѣ этихъ показаній: ихъ не стѣняетъ въ этомъ отношеніи и печать большей-меньшей достовѣрности свидѣтельскаго показанія — присяга и свидѣтельство *de visu*; свидѣтели *de auditu* пользуются наименьшимъ кредитомъ, потому что того, отъ кого они слышали о совершившемся преступленіи, на судѣ нѣтъ, слѣд. нельзя подтвердить слышаннаго на судѣ перекрестнымъ допросомъ:

можно только запутать свидѣтеля, сбить его съ толку. Процессъ сложенъ: всѣ его фазы стремятся дать наибольшій отпоръ обвиненію, вѣдь лицо не можетъ быть виновно, пока присяжные не произнесли роковаго «condemno»; процессъ даетъ наименьшую возможность отступить отъ обвиненія подъ угрозой наказанія и имѣетъ въ виду предоставить наибольшую возможность подготовиться къ состязанію сторонамъ. Процессъ имѣетъ задачей добросовѣстное изслѣдованіе обвиненія, полнѣйшее раскрытіе истины, а для этой задачи можно потратить и время и способности. Въ силу обвинительнаго ничѣмъ не стѣсняемаго начала стороны вводятъ въ свои рѣчи все, что можетъ служить по ихъ крайнему разумѣнію, а не по разумѣнію предсѣдателя, къ разъясненію дѣла; въ силу того-же принципа обвиненіе не можетъ быть увеличено на судѣ: нарушилось бы равноправіе сторонъ, обвиненіе будетъ имѣть перевѣсъ надъ защитой, такъ-какъ послѣдняя была застигнута въ располхъ, безъ подготовленія. Подсудимый не подвергается допросу, — существуетъ *deprecatio*, но воспользоваться ею зависитъ только отъ обвиняемаго, требовать отъ него этого нельзя: «оказывайте больше вліянія на чувство присяжныхъ, что не стѣснить ихъ умъ при оцѣнѣ и доказательствъ и *deprecatio*!». Подсудимый не подвергается допросу — это было бы облегченіемъ для обвинителя, но по правилу онъ долженъ самъ нести всю тяжесть обвинительнаго процесса; словомъ, процессъ скорѣе клонится къ наибольшей защитѣ обвиняемаго: на плечахъ обвинителя лежитъ и собираніе доказательствъ, и поддержка обвиненія. Но не нужно закрывать глаза на недостатки процесса. Государство не заинтересовано въ обвиненіи, слѣд. много преступленій остается безнаказанными, а преслѣдованіе можетъ не достигнуть предположенной цѣли, если обвинитель плохо подготовился къ процессу и, наконецъ, безграпичное право обвиненія влечетъ подкупы. И хотя право обвиненія покоится на понятіи, что каждый гражданинъ заин-

интересованъ въ уничтоженіи преступленій, но не каждый же имѣть столько силъ, знаній и средствъ для успѣшнаго доведенія его до конца, тѣмъ болѣе что на обвинителѣ лежитъ обязанность доставленія всѣхъ доказательствъ. Вотъ почему пока *salus reipublicae* былъ главнѣйшимъ интересомъ гражданина, мы видимъ цѣлый рядъ обвиненій, но уже въ процессѣ Милона мы видѣли до чего унало это понятіе — нужно было прибѣгнуть къ вооруженной силѣ для охраненія присяжныхъ; мы видѣли, что явились особья преступления — *tergiversatio* и *prævaricatio*, а свобода перекрестнаго допроса при *canina eloquentia* не разъ вводила въ затрудненіе и смущеніе и судей и преторовъ. Подкупы въ полнѣйшемъ ходу... *Quadragesena milia numum in singulos judices distributa eum numerum sententiarum conficere debebant, ut ad cumulum spe majorum præmiorum ipsius Stajeni sententia septima decima accederet* (Cic. pro Cluentio, 27. 74)... *Qui quum judex esset, in eodem judicio et ab reo pecunia acciperet quam judicibus divideret et ab accusatore ut reum condemnaret* (Cic. in Ver. Ac. pr. 13. 39). Jam vero quo modo ego illam labem, ignominiam calamitatemque totius ordinis conquerar, hoc factum esse in hac civitate, quum senatorius ordo judicaret, ut *discoloribus signis* juratorum hominum sententiæ notarentur? Нѣе omnia me diligenter severeque acturum esse polliceor (ib. 13. 40). Последнею цитатой объясняется насмѣшка оратора: «malo enim jurato suam quam injurato aliorum tabellas committere (ib. 10. 32). А что-же было причиною этой продажности? Все та-же политическая борьба за то-же право обвиненія: развѣ ордо не стремилось поддерживать своихъ подсудимыхъ, когда могло ожидать съ минуты на минуту перемѣны судовъ и увидѣть себя «у ногъ присяжныхъ» на мѣстѣ вчерашнихъ подсудимыхъ, нынѣ побѣдителей? Развѣ не этому затаенному побужденію нужно приписать различныя пріятныя сторонамъ процессуальныя привилегіи? Можно сказать, что

правосудіе неуклонно заботилось объ интересахъ сторонъ, но не заботилось о.... самомъ себѣ!... Вторымъ принципомъ была устность, одинъ изъ древнѣйшихъ принциповъ, который въ настоящій періодъ потерпѣлъ нѣкоторыя измѣненія (*inscriptio*, *subscriptio*, *obsignatores*); но эти измѣненія вовсе не указываютъ на желаніе законодателей ввести письменность, а скорѣе клонились опять-таки къ большому обезпеченію личности подсудимаго, напоминая обвинителю, что ему отъ извѣстной точки процесса нельзя будетъ уже отступиться отъ обвиненія, хотя-бы оно было поднято *temere*; при *laudationes* письменность вызывалась большою дороговизной словесныхъ показаній, да и не всегда можно было добиться посольствъ, словомъ — письменность не имѣетъ канцелярскаго характера, хотя послужила прецедентомъ Августу при обращеніи процесса въ письменный, когда стали требовать, чтобы допросъ свидѣтелей и подсудимаго «*apud acta audiuntur*». Наконецъ, публичность проходитъ черезъ всѣ фазы процесса и римское право не знало отъ этого правила никакихъ отступленій: обвиненіе поднималось публично, ораторы произносили рѣчи публично, свидѣтели вызывались *grasso* и даже присяжные первоначально подавали вердиктъ устно, шопотомъ и только подъ вліяніемъ необходимости обезпечить ихъ отъ шумныхъ демонстрацій *leges tabellariae* стѣсняють это правило. Вотъ тѣ принципы, которые завѣщаны римскимъ процессомъ. Не забудемъ, что римское право не знало суда надъ отсутствующими — оно давало лицу годовой срокъ для явки, угрожая конфискаціей имущества въ случаѣ ослушанія, и если лицо все-таки не являлось, — преступленіе оставалось безнаказаннымъ, но за-то судъ не рѣшался осудить гражданина заочно, бездоказательно, безъ защиты.

Императоры подвергаютъ всѣ эти принципы консервативнымъ поправкамъ, разсмотрѣніе которыхъ выходитъ изъ круга нашей задачи, да и цѣнность этихъ поправокъ давно извѣстна: онѣ подкапываютъ случайныя уступки общественному движенію...

ЗАМѢЧЕННЫЯ ОПЕЧАТКИ.

<i>Стран.</i>	<i>Стр.</i>	<i>Напечатано:</i>	<i>Слѣдуетъ:</i>
1	8 <i>снизу</i>	<i>A. Zumyt,</i>	<i>A. Zumpt,</i>
7	13 <i>сверху</i>	Даже и	Дѣла о
62	8 <i>снизу</i>	<i>aportet,</i>	<i>oportet,</i>
64	15 —	<i>acotiones</i>	<i>actiones</i>
302	10 <i>сверху</i>	<i>fidiciæ</i>	<i>fiduciæ</i>
