

въ уголовныхъ судахъ по комиссіямъ; въ послѣдствіи оно приняло характеръ отвода; личность сознавагося *in jure* въ своемъ преступленіи гражданина гарантировалась тѣмъ, что преторъ имѣлъ при себѣ *in jure* родъ совѣта, о которомъ говорить законы Ацилія и Помпея. Изъ кого состоялъ этотъ совѣтъ—рѣшить трудно; нельзя допустить мысли, чтобы его членами состояли *judices jurati*—тогда ихъ количество было бы значительно уменьшено; нельзя допустить и той мысли, что этотъ совѣтъ составлялся изъ какихъ-то особыхъ присяжныхъ внѣ общаго списка,—нельзя, потому что правосудіе попало бы въ другія руки. Этотъ совѣтъ разсматривалъ собственное сознаніе и рѣшалъ вопросъ о томъ: долженъ ли быть преданъ суду съ участіемъ присяжныхъ сознавшійся въ преступленіи гражданинъ? Въ процессѣ Милона былъ поднятъ *in jure* вопросъ о допросѣ его рабовъ; этотъ вопросъ былъ рѣшенъ вопреки древнему правилу¹ въ утвердительномъ смыслѣ преторомъ «по мнѣніи судей». Было общимъ правиломъ, что какъ-только окончится *interrogatio*, то преторъ заносилъ обвиненіе въ протоколъ,—это называлось *inscriptio*², подлинность котораго удостоверялась руко-

sulto pecasse reus se confitetur et tamen ut cognoscatur postulat — Auct. ad Heren. 1. 14. *Deprecatio est, quum et pecasse se et consulto fecisse reus confitetur et tamen postulat ut sui misereantur.*

¹ *De servis nulla quaestio est in dominos.*

² Sig. 2. 10... *tum vero ad scriptum veniebatur ac crimen, quod objiciebatur, libello subscriptum relinquabatur.*—L. 3 § 2 Dig. 48. 2. *Subscribere debet is qui dat libellas, se professum esse vel alius pro eo si litteras nesciat* (за безграмотнаго).—*Inscriptio имѣетъ чрезвычайную важность.* L. 3 § 1 *ib.* *Quodsi libelli suscriptionem legitime ordinati non fuerint, rei nomen aboletur et ex integro repetendi reus potestas fiet.* Cp. L. 7 § 2 и 3 *ib.*—Cic. in Verr. lib. 4. 19. 41. *Condemnare Diodorum non audet absentem* — *de reis eximit.*

прикладством обвинителя и subscriptor'овъ, — subscriptio¹. Въ протоколъ вписывались имена обвинителя и обвиняемаго². Образецъ такого протокола сохранился у Павла³. Въ протоколъ заносилось обвиненіе. Если лицо обвинялось въ нѣсколькихъ преступленіяхъ или если было нѣсколько преступниковъ, то по числу ихъ составлялось такое-же количество протоколовъ. Гейбъ полагаетъ, что обвинитель могъ представить претору готовый протоколъ, и въ томъ случаѣ, если протоколъ не удовлетворялъ формальностямъ, требовалось новая жалоба. Этого мнѣнія, согласнаго вполне съ постепеннымъ развитіемъ инквизиціоннаго процесса, нельзя принять, потому что при этомъ взглядѣ теряется главная цѣль nominatio, которое становилось излишнимъ. Наступалъ третій и послѣдній актъ судопроизводства in iure — nominis receptio⁴, т. е. преторъ, выслушавши обвиненіе, раз-

¹ Cic. pro Cluent. 47. In compluribus reis quos contra leges pecunias accipisse subscriptum est.—Ascon. in Mil. Apud Causidium quaestorem lege Plautia de vi accusaret subscriptione ea quod loca occupasset et cum telo fuisset antesignanus operarum Milonis.—L. 3 § 2. Dig. 48. 2.—Иногда subscriptor'овъ вовсе не было. Cic. ad divers. 8. 8. Sine ullo subscriptore descendit et Tuccium reum fecit.—Опредѣленіе количества subscriptor'овъ и самая возможность subscriptiці зависѣла отъ претора. Cic. in Verr. lib. 1. 6. 15. Quod meum factum lectissimi viri... ita probaverunt ut ei non modo deferendi nominis, sed ne subscribendi quidem facerent potestatem.

² Cic. pro Cluent. 31. 86. Hærebat in tabulis publicis reus et accusator.

³ L. 3 pr. Dig. 48. 2. Consul et dies: apud illum prætorem vel proconsulem, Lucius Titius professus est se Mæviam lege Julia de adulteriis ream deferre, quod dicat eam cum Cajo Sejo, in civitate illa, domo illius, mense illo, consulibus illis adulterium commississe.

⁴ Cic. in Verr. lib. 2. 38. 94. Si quis absentem Sthenium rei capitalis reum facere vellet, sese ejus nomen recepturum.—L. 12 § 1 Dig. 48. 2. Hoc beneficio etiam in reos recepti uti possunt.—L. 2 § 2 Dig. 48. 3. Rei non recipiuntur ex SC-to.—L. 11. § 2 Dig. 48. 5.

сматривалъ доказательства, объявлялъ, что такая-то жалоба противъ такого-то лица имъ принята. Съ этого момента обвиняемый находился въ состояніи *reatus* и назывался *reus*¹, а обвинитель уже не могъ отказаться отъ своего обвиненія, хотя бы оно было поднято *temere*. Находясь *in reatu*, обвиняемый не могъ домогаться никакого почетнаго мѣста, — слѣдствіе принципа, что никакой магистратъ не могъ быть обвиненъ въ теченіи своего *lustrum*, правило, которое больше основывалось на обычаяхъ, чѣмъ на законѣ; *reus* могъ выступить кандидатомъ, но для того, чтобы быть избрану, онъ долженъ былъ на-кануна выборовъ оправданъ по суду², т. е. въ промежутокъ времени

Ea, quæ inter reas adulterii recepta esset, absens defendi non potest.—L. 15 § 1 и 7 *ib.* *Ceterum posteaquam semel receptus est non potest præscriptionem objicere.*—L. 39 § 2 *ib.* *In matrimonio quoque defuncta uxore, vir jure adulterum inter reos recipi postulat.*—Sig. 2. 7. *Nomine recepto, atque a scribis jussu prætoris in tabulas relato, ille reus est dictus.*—Sen. Cont. 4 35 *Subinde nactus eum, in jus ad prætorem voco et postulavi ut prætor nomen ejus reciperet, lege inscripti maleficii.*—Обвинитель могъ требовать занесенія въ списки имени обвиняемаго, но преторъ могъ въ этомъ и отказать обвинителю. Sig. 2. 10. *Ubi vero nomen ejus hoc modo detulerat, postulabat, ut reciperetur id est ut in tabulas inter reos referretur. Prætor enim hoc jus habebat, ut recipere et non recipere potest.*

¹ Sall. Cat. 18. *Post paulo Catilina, pecuniarum repetundarum reus, prohibitus erat consulatum petere quod intra legitimos dies profiteri nequiverat.*

² L. 8 Dig. 48. 2. *Qui sunt in magistratu, accusari non posse quia sine fraude in jus evocari non possunt.*—Ascon. in toga cand. L. Volcatius Tullus consul consilium publicum habuit, an rationem Catilinæ habere deberet, si peteret consulatum; nam quærebatur repetundarum Catilina ab eam rem destitit a petitione.—L. 7 Dig. 50. 4. *Reus delatus etiam ante sententiam honores petere... prohibetur, nec interest, plebejus an decurio fuit.*—L. 17 § 12 Dig. 50. 1. *In quæstionibus nominatos capitalium criminum ad novos*

отъ кандидатуры до избранія или отъ времени избранія до преданія суду,—его избраніе могло быть уничтожено или народомъ по комиціямъ, или обвинительнымъ приговоромъ по суду. Въ этихъ видахъ преторъ назначалъ день, въ который обвиняемый долженъ былъ явиться *in judicio*,—актъ этотъ назывался *diei dictio*¹. Срокъ для явки *in judicio* былъ различенъ: обыкновенно это былъ 10 день², иногда 15-й, а для *crimen repetundarum* и болѣе поздній, такъ Цицерону было назначено 100 дней для собранія доказательствъ по дѣлу Верреса, въ Сициліи. Назначеніе *diei dictio* было необходимою частью всего судопроизводства *in jure*, какъ слѣдствіе того правила, что обвиненіе можетъ имѣть мѣсто лишь въ опредѣленный срокъ³; сроки назначались въ видахъ того, чтобы обѣ стороны могли подготовиться къ процессу; на собраніе доказательствъ преторъ выдавалъ обвинителю *lex*⁴. Послѣ *diei dictio*, когда слѣд.

honores ante causam finitam admitti non oportet; ceterum pristinam interim dignitatem retinent.

¹ Sig. 2. 10. Recepto autem vel ordine vel extra ordinem rei nomine praetor certam diem, qua accusator et reus ad iudicium adessent, constituerebat. Is dies in aliis legibus decimus, in aliis tricesimus fuit. Asconius in Cornelianam: detulit nomen Publius; subscripsit Cajus. Et cum Cassius praetor decimo die ut mos est adesse jussisset. Cic. in Vat. Quæro de te postulatus ne sis lege Licinia, Junia? edixeritne Memmius praetor ex ea lege ut adessesses die tricesimo? In crimine autem repetundarum accusator diem longiorem ad inquirendum poposcit. Unde Asconius: Cicero causa Verris ad se traducta inquisitionis adversus Verrem tempus postulavit dies centum decem Item: Scaurus Caepionem contra reum detulit et breviori die inquisitionis accepta effecit, ut ille prior causam diceret.

² Ascon. Quum Cassius praetor decimo die, ut mos est, adesse jussisset.

³ Cic. pro domo. 10. Ne nisi producta die quis accusetur.

⁴ Cic. in Ver. 4. 66. 149. Ego legem recitare omnium mihi tabularum et litterarum fieri potestatem oportere.

судопроизводство *in iure* было окончено, обвинитель принимал мѣры къ пресѣченію обвиняемому способовъ уклоняться отъ суда. При собственномъ сознаніи обвиняемый могъ быть тотъ-часъ подвергнутъ аресту¹; если же въ виду имѣлось судопроизводство *in iudicio*, то всѣ мѣры, которыя предпринималъ обвинитель, клонились лишь къ тому, чтобы обвиняемый въ срокъ явился *in iudicio*; въ этомъ отношеніи права истца обширны и при упорномъ ослушаніи отвѣтчика онъ могъ быть приведенъ manu militari, но подѣ условіемъ: чтобы святость очага не была нарушена, чтобы истецъ насильно не вторглся въ домъ² и чтобы были свидѣтели, которые подтвердили бы, что reus отказался дѣйствительно явиться; истецъ долженъ былъ представить отвѣтчику всѣ средства для передвиженія изъ мѣстожителства въ мѣсто засѣданія суда; но древнему праву отвѣтчикъ могъ не явиться въ судъ, когда выставялъ за себя vindex'a, — тогда дѣло отлагалось; позже является vadimonium, договоръ между сторонами о явѣ въ судъ, который въ цвѣтущее время республики замѣняется поручительствомъ (fidejussio); съ другой стороны преторскій эдиктъ предусматриваетъ случай, когда reus'у помѣщаетъ кто силою явиться *in ius*³. Самъ обвиняемый слѣдилъ за тѣмъ, чтобы

¹ L. 5 Dig. 48. 3. Si confessus fuerit reus, donec de eo pronuntiaretur in vincula publica conjiciendus est.

² L. 18 Dig. 2. 4. Domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit, eumque, qui inde in ius vocaret, vim inferre videri. —L. 20 ib. Sed etiam ab janua et balineo et theatro nemo dubitat in ius vocare licere. —L. 21 ib. De domo sua nemo extrahi debet.

³ L. 1 Dig. 2. 7. Hoc edictum praetor proposuit ut metu poenae compesceret eos qui in ius vocatos vi eripiunt. —L. 4 ib. Eximendi verbum generale est... Eripere enim est de manibus auferre per raptum: eximere quoquo modo auferre ut puta si quis non ruperit eum, sed moratu fecerit quominus in ius veniret ut actionis dies exiret vel res tempore amitteretur; videbitur eximisse, quamvis corpus non exemerit; sed et si eo loci retinuerit non abduxit, his verbis tenetur. —L. 5 ib.

обвинитель не примѣнилъ къ нему какихъ-либо чрезвычайныхъ мѣръ, какъ способовъ пресѣченія обвиняемому уклоняться отъ суда. Въ чемъ-же состоятъ эти способы? Въ теченіи республиканскаго періода допускалась одна *custodia libera*, — гражданинъ былъ свободенъ отъ ареста до произнесенія приговора, но поручался подъ отвѣтственность одного изъ высшихъ магистратовъ или какого-нибудь извѣстнаго гражданина, который отвѣчалъ за его охраненіе¹. Если поручителя не было, — обвиняемый отдавался подъ надзоръ чиновниковъ, которые слѣдили за нимъ шагъ-за-шагомъ. Римское право республиканскаго періода не знало тюремнаго заключенія: тюрьма служила только мѣстомъ заключенія для осужденныхъ *in iudicio* и то только въ томъ случаѣ, когда исполненіе приговора откладывалось по какимъ-либо обстоятельствамъ. Даже въ тѣхъ случаяхъ, когда республикѣ грозило *detrimentum* не всегда подвергали виновныхъ тюремному заключенію: такъ, товарищи Катилины находились *in libera custodia*²; въ случаѣ открытаго заговора, виновные могли быть

¹ L. 3 Dig. 48. 3. Divus Pius rescripsit non esse in vincula (L. 10 Dig. 4. 6. in vinculis autem etiam eos accipimus qui ita alligati sunt ut sine dedecore in publico parere non possint) conjiciendum eum qui fidejussores dare paratus est, nisi si tam grave scelus admisisse eum constet ut neque fidejussoribus, neque militibus committi debeat: verum hanc ipsam carceris (L. 9 Dig. 4. 6. Vinculorum autem appellatio latius accipitur, nam etiam inclusos, veluti lautimiis, victorum numero haberi placet, quia nihil intersit, parietibus an compedibus teneatur; custodiam autem solam publicam accipi Labeo putat) poenam ante supplicium sustinere. — Мѣры пресѣченія оцѣнивались обвинителемъ и преторомъ. L. 1. Dig. 48. 3. Pro criminis quod obijcitur qualitate, vel propterea honorem aut propter amplissimas facultates vel pro innocentia personae vel pro dignitate ejus qui accusatur. — L. 14 § 1 ib. Nec uni sed duobus custodia commitenda est.

² Sall. Catil. 47. Igitur perlectis litteris, quum prius omnes signa sua cognovissent, senatus decernit uti abdicato magistratu Lentu-

подвергнуты тюремному заключенію, вслѣдствіе даннаго преторомъ ликторамъ приказа схватить такое-то лицо¹; тому-же подвергался обвиняемый, если не являлся поручитель²; обвинитель опредѣлялъ количество чиновниковъ — охранителей³. Можно полагать, что и во время судебного слѣдствія, подсудимый до произнесенія приговора, когда онъ схватывался ликторами и поручался подземнымъ богамъ, оставался подъ наблюденіемъ указанныхъ чиновниковъ⁴. — Въ нѣкоторыхъ случаяхъ все разби-

lus, itemque ceteri in liberis custodiis haberentur.—Liv. XXIV, 45.
—Tac. Ann. VI. 3.

¹ Liv. XXV. 4. Vades poscere coeperunt. Non dantis in carcerem conjiciebant.—L. 1 Dig. 48. 3. De custodia reorum proconsul aestimare solet, utrum in carcerem recipienda sit persona, an militi tradenda vel fidejussoribus committenda vel etiam sibi.—Cic. in Cat. IV. 5. 10. Is et nudius tertius in custodiam cives Romanos dedit et supplicationem mihi decrevit et indices hesterno die maximis præmiis adfecit.—Cic. in Ver. V 7. 17... ut dico, hoc de pecunia clamaret, in vinela conjectus est; 57. 147. Cedo mihi rationem carceris quæ diligentissime conficitur, quo quisque die datus in custodiam, quo mortuus, quo necatus sit.—Sig. 2. 3. Vinculorum nomine complexi sunt compedes, pedicas, manicas, catenas, nervos, bajam et carcerem.

² Liv. III. 13—XXV. 4.

³ Liv. III. 13.

⁴ Личная свобода гражданина гарантировалась *interdictum* отъ libero homine exhibendo, который выдавался *tuendæ libertatis causa*: videlicet ne homines liberi retineantur a quoquam; его формула: quem liberum dolo malo retines, exhibeas; этотъ *интердиктъ* выдавался каждому—hoc *interdictum* omnibus competit, nemo enim prohibendus est libertati favere; если нѣсколько лицъ предъявляло просьбу о выдачѣ этого *интердикта*,—преимущество отдавалось наиболѣе заинтересованному; въ силу этого *интердикта* несправедливо удерживающій гражданина долженъ былъ его тотчасъ (nec modicum tempus ad eum exhibendum dandum) in publicum producere.

рательство *in jure* могло быть уничтожено *abolitio*. *Abolitio*, по опредѣленію Павла (§ 1. Sent. 5. 17), *est deletio, oblitio vel extinctio accusationis*; въ силу *abolitio* имя обвиняемаго вычеркивалось изъ обвинительныхъ списковъ (*nomen eximere*), онъ объявлялся свободнымъ отъ суда и невиннымъ (*Cic. in Verr. lib. 2. 40. 99. Ne tu ex reis eximerere si ego ad diem non adfuissem*), а все судопроизводство *in jure* считалось уничтоженнымъ. *Abolitio* совершалась или 1) публичнымъ (*publice*) общимъ актомъ сената (L. 2. § 1. Dig. 48. 3. — L. 12. Dig. 48. 16) въ отношеніи всѣхъ обвиняемыхъ (*generalis abolitio*), что случалось при особенно чтимыхъ праздникахъ и радостныхъ событіяхъ (Liv. V. 13. — L. L. 8. 9. 12. Dig. 48. 16), но всегда съ изъятіемъ рабовъ, тяжкихъ преступленій и *calumpnia*; или 2) судебнымъ распоряженіемъ, согласно предписаніямъ SC. *Turpilianum*, въ видахъ уничтоженія вредныхъ послѣдствій *tergiversatio* и въ нѣкоторыхъ другихъ опредѣленныхъ случаяхъ (напр. L. 39. § 6. Dig. 48. 5), или, наконецъ 3) *ex lege*, т. е. вслѣдствіе смерти обвинителя, или если онъ не можетъ вести далѣе обвиненія *iusta causa impedito* (L. 10. pr. Dig. 48. 16) или если въ обвинительномъ актѣ заключается ошибка (L. 35. Dig. 48. 5).

Въ гражданскомъ процессѣ вниманіе сторонъ прежде всего обращалось на то, чтобы предъявленіемъ иска не нарушить подсудности (*competentia*). Компетентный судъ у римлянъ называется *forum*; по общему правилу искъ предъявляется по мѣсту жительства отвѣтчика. Древнѣйшимъ основаніемъ подсудности принимается *origo*, происхожденіе; но *forum originis* у римлянъ является въ двойномъ видѣ: какъ *communis omnium civium Romanorum origo*, т. е. общимъ *origo* для всѣхъ гражданъ считали городъ Римъ. *Roma communis nostra patria est* (L. 33. Dig. 50. 1), такъ что и для италійскихъ муниципій онъ считался *communis origo* (*Cic. de leg. 2. 2*). Когда права римскаго граж-

данства были предоставлены союзникамъ, — развилось *specialis origo*, т. е. тотъ городъ, къ которому гражданинъ принадлежалъ въ качествѣ *incola* (L. L. 1, 15. § 3, 16, 29, 37. pr. Dig. 50. 1). Такъ-какъ эти два *origo* существовали параллельно, то лицо могло вчинать искъ или въ Римѣ или въ томъ городѣ, гдѣ отвѣтчикъ имѣлъ *jus suffragium* и несъ *munera*; впрочемъ, отвѣтчикъ могъ требовать, чтобы предъявленный въ Римѣ къ нему искъ былъ перенесенъ въ тотъ городъ, въ которомъ онъ считался *incola*, такъ-что *Roma* является *commune forum* только въ томъ случаѣ, если нельзя опредѣлить специальное *origo* гражданина, римскій же судъ считался потому компетентнымъ, что магистраты его признавались выбранными всѣми гражданами. 2) При *forum domicilii* искъ предъявлялся по мѣсту жительства отвѣтчика (L. L. 3, 17 § 11, 27. § 3, 34. Dig. 50. 1 — L. 239. § 2. Dig. 50. 16); при столкновении *forum originis* и *forum domicilii*, — предпочтеніе отдавалось послѣднему, который былъ обязателенъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда дѣло шло объ утвержденіи различныхъ актовъ и назначеніи опекуновъ. 3) Въ-место этихъ двухъ *fora* стороны по договору могли избрать себѣ какой-нибудь другой форумъ, — это такъ называемый *forum contractus* (L. 19. § 4. Dig. 5. 1. — L. 1. Dig. 13. 4. — L. 3. Dig. 42. 5. — L. 21. Dig. 44. 7); при управленіи же чужими дѣлами (L. 19. § 1. Dig. 5. 1. — L. 36. § 1. *ib.*), держались *forum gestae administrationis*; наконецъ существовалъ еще 4) *forum delicti commissi*, т. е. тотъ судъ, въ округѣ котораго совершено преступленіе. Собственно говоря, только послѣдній форумъ былъ обязателенъ: стороны по обоюдному согласію могли подчиниться и не компетентному суду (*prorogatio fori*). — Дѣло разбирается подъ открытымъ небомъ, въ Римѣ, на форумѣ или на его части, которая называется *comitium* (Gell. XX. 1. 11. *Ex domo sua ad praetorem in comitium nova funeris facie effer-tur*), гдѣ находятся *sella curulis* или *subsellia* (Tac. An. 1.

75..... Ne prætorem curuli depelleret) меньшихъ магистратовъ. Впрочемъ всякое мѣсто, гдѣ засѣдаетъ преторъ съ своимъ consilium (Тас. ib.) называется jus (L. 11. Dig. 1. 1. ubicunque prætor salva majestate imperii sui salvoque more majorum jus dicere constituit, is locus recte jus appellatur. — L. 4. § 1. Dig. 11. 1. jus enim eum solum locum esse, ubi juris dicendi vel judicandi gratia consistat, vel si domi, vel itinere hoc agat). Искъ долженъ быть предъявленъ въ dies fasti, которыхъ въ году считалось 40; другіе дни назывались comitiales, числомъ 190, посвященные засѣданію комицій, остальные 60 дней считались nefasti (Varro de ling. 6. 29); смѣшанной природы считались dies intercesi и nefasti priores (Varro ib. 31); всѣ дни вообще раздѣлялись на dies festi и profesti. Разбирательству дѣлъ in jure et in judicio были посвящены menses æstivi и hibernæ (Suet. in Claud. 23. Rerum actum, divisum antea in hiernos æstivosque menses conjunxit); въ теченіи остальныхъ мѣсяцевъ, посвященныхъ жатвѣ и сбору винограда, преторъ не могъ принудить явиться отвѣтчика in jus (L. 1. pr. Dig. 2. 12), и если-бы онъ постановилъ рѣшеніе, считая отвѣтчика absens, — его sententia nullius esse momenti (ib. § 1); конечно, если стороны добровольно явятся къ претору in jus — его sententia valebit; то-же правило примѣняется и въ томъ случаѣ, si res tempore peritura sit (ib. § 2). Иногда прежде предъявленія иска, лицо должно было испросить предварительное позволеніе претора на искъ, — это именно въ тѣхъ случаяхъ, когда нужно было сдѣлать in jus vocatio parentem, patronum, patronam, liberos, parentes patroni, patronæ (L. 4. § 1. Dig. 2. 4); другихъ лицъ нельзя было звать въ судъ безъ ихъ собственнаго согласія: in jus vocari non oportet neque consulem, neque præfectum, neque prætorem, neque proconsulem, neque cæteros magistratus, qui imperium habent, qui coercere aliquem possunt et jubere in carcerem duci (L. 2. Dig. 2. 4); конечно, in jus vocatio, сдѣлан-

ное *furiosi* и *infantes* и т. п., останется безъ послѣдствій (L. 4. pr., L. 22, ib.); *in jus vocatio* должно быть сдѣлано безъ оскорбленія очага отвѣтника, потому что *domus tutissimum cuique receptaculum sit, eumque, qui inde in jus vocaret, vim inferre videri* (L. 18—21 ib.); если *in jus vocatio* дѣлается женщиной — ея цѣломудріе не должно быть оскорбляемо: *in jus vocanti matronam corpus ejus attingere non permiserunt* (Val. Max. 2. 1. 5—L. 22. pr. Dig. 2. 4); больнымъ и старымъ должно представить средства передвиженія *in jus*. Si homo *in jus vocatus, morbo aut atate aeger ad ingrediendum invalidus est, arcera non sternitur, sed ipse aufertur et jumento imponitur atque ex domo sua ad praetorem in comitium nova funeris facie effertur* (Gell. XX. 1. 11); наконецъ, эдиктъ запрещаетъ отрывать отвѣтника отъ различныхъ религіозныхъ церемоній (L. L. 2 и 3, Dig. 2. 4). *In jus vocatio* дѣлается *ob portum obvagulatum* (Lex XII. tab. 2. 3) при свидѣтеляхъ (*antestatio*), къ которымъ истецъ обращался съ словами: «*mentem quod tu mihi in illa causa testis eris!*». Отвѣтникъ могъ не явиться *in jure*, указавши на *pactio* и *transactio* (L. 22. § 1. Deg. 2. 4.—§ 5. Lex. XII. 5), или представивши *vindeх'a* (§ 4. Lex. XII. tab. 1), экономическое состояніе котораго должно быть такое-же, какъ и отвѣтника: *adsiduo vindex adsiduus esto; proletario civis qui volet vindex esto*. Нарушителей указанныхъ правилъ преторъ наказывалъ то штрафомъ (L. 24. Dig. 2. 4.—L. 25. § 1. Dig. 44. 7), то выдавалъ противъ нихъ *poenalis actio* (§ 12 Inst. 4. 6); но, спрашивается, чѣмъ гарантировалась сторонамъ добросовѣстность претора? Она гарантировалась: 1) устною и публичною процессомъ; 2) его краткосрочностью: *sol occasus suprema tempestas esto* (§ 9. Lex. XII. tab. 1); 3) присягою магистрата, которые при вступленіи *in lustrum* приносили присягу, протягивая руку надъ законами: *jurat in legem attendantibus diis* (Plin.

65), и 4) *jus talionis*, т. е. неправильное примѣненіе права становится для претора прецедентомъ въ томъ смыслѣ, что сторона въ процессѣ, въ которомъ преторъ быть можетъ выступить отвѣтчикомъ, можетъ требовать, чтобы къ претору примѣнили то-же самое правило, которое онъ прилагалъ при разрѣшеніи споровъ (L. 1. § 1. Dig. 2. 2), — этотъ принципъ, занесенный въ эдиктъ, основывается на общечеловѣческомъ предположеніи: *quis enim aspernabitur idem jus sibi dici, quod ipse aliis dixit, vel dici effecit?* (pr. ib). Очевидно, — цѣль этого эдикта заключается въ томъ, чтобы *doctus puniri* (L. 2. ib.).

Характеръ *in jus vocatio* остался тѣмъ-же, какимъ онъ былъ въ эпоху *legis actiones*: *in jus vocatio* лежитъ на обязанности истца, но отвѣтчикъ, не желающій явиться *in jure*, принуждается къ тому залогомъ, *muleta*, *quanti ea res est* (L. 2. § 1. Dig. 2. 5); тому же подвергаются и тѣ лица, которые помогаютъ отвѣтчику не явиться на судъ (*Gaji Inst.* 4. 46). Представленіе *vindex*'а мало-по-малу выводится изъ употребленія: преторъ и истецъ все чаще и чаще требуютъ отъ отвѣтника представленія *fidejussor*'а *judicio sistendi causa*; разница же между *vindex*'омъ и *fidejussio* состоитъ въ томъ, что *vindex* есть третье постороннее процессу лицо, принимающее на себя искъ со всѣми его послѣдствіями, а *fidejussio* есть *cautio*, представляемая въ формѣ *stipulatio*: *in jus vocati ut eant, aut satis vel cautum dent* (Dig. 2. 6). Если отвѣтчикъ и самъ не явился и не представилъ *fidejussores*, — имѣло мѣсто *missio in possessionem custodie causa*. Призывая *in jus* отвѣтника, истецъ могъ сдѣлать ему *actionis denunciatio*, впрочемъ не обязательное (L. 7. Dig. 5. 2), но выгодное въ томъ отношеніи, что оно ускоряло процессъ. Кажется, на *litis denunciatio* нельзя смотрѣть какъ на введенное впервые *oratio* М. Аврелія, которое содержитъ въ себѣ постановленія только «*de feriis et dilationibus et diversis temporibus*» (Dig. 2. 12): оно существо-

вало въ необязательной формѣ давно и совершалось устно, а къ концу республиканскаго періода оно производится *litterae et edictum* и тѣмъ по-немногу вытѣсняетъ устность изъ гражданскаго процесса (L. 5. и 6. Dig. 39. 2); въ нѣкоторыхъ же случаяхъ *in ius vocatio* замѣнялось *evocatio*, которая совершалась при императорахъ передачей отвѣтчику *executor*'ами или *viator*'ами *libellus conventionis*, такъ-какъ при императорахъ *in ius vocatio* перестаетъ быть частнымъ актомъ (L. 20. § 6. Dig. 5. 3.—L. 18. § 1. Dig. 43. 24). Противъ лицъ добровольно *absentes*, т. е. не явившихся *in iure* вслѣдствіе *denunciatio*, преторъ «*pronuntiari oportet*» (L. 5. pr. Dig. 48. 19). Явившись *in iure*, стороны, не доводя дѣла до дальнѣйшаго разбирательства, могли покончить его въ томъ случаѣ, если: 1) отвѣтчикъ признавалъ справедливость предъявленнаго иска (*confessio in iure*); 2) въ случаѣ передачи дѣла на *arbitrium ex compromisso*, и при 3) *jusjurandum in iure delatum*.

1. *Jusjurandum*, по опредѣленію Цицерона (*de off.* 3. 29), *est affirmatio religiosa; quod autem affirmate, quasi Deo teste, promiseris, id tenendum est*. Формулы присяги были самыя разнообразныя: *per salutem tuam* (L. 33. Dig. 12. 2), *per caput tuum* (L. 3. § 4, *ib.*), *vel filiorum* (L. 4 *ib.*), *per genium principis, propriae superstitionis*, но присяга *improbata publice religionis* была запрещена (L. 5 pr §§ 1. 3 Dig. *ib.*). Сущность присяги *in iure delatum*, которую римское право ставить на одну линію съ *confessio in iure*, заключается въ томъ, что каждая сторона можетъ предложить другой *extra ius, in iure* или *in iudicio* принять *jusjurandum*, но это не значитъ, что каждая сторона принесеніемъ своей присяги можетъ требовать рѣшенія тяжбы въ свою пользу. *Jusjurandum in iure delatum* составляетъ одинъ изъ видовъ присяги *voluntarium*, принесеніе которой основывается на добровольномъ согласіи сторонъ: *ex conventione extra iudicium defertur* (L. 1. 17 Dig. 12. 2), и по-

тому иногда называвшаяся *extrajudiciale*, потому что судъ не принималъ никакого участія въ ея принесеніи. *Jusjurandum in jure delatum* налагается одною стороною на другую, такъ-что она не будетъ имѣть никакого значенія, если одна изъ сторонъ сама вызовится принести ее (L. 3 pr Dig. 12. 2); присяга должна быть принесена сейчасъ послѣ *delatio* передъ преторомъ или *judex*’омъ, за исключеніемъ случая, когда будетъ данъ *spatium*; въ случаяхъ, указанныхъ въ L. 15 Dig. 12. 2, она можетъ быть принесена въ домъ; если каждая сторона желаетъ наложить на другую *jusjurandum*, — предпочтеніе отдается истцу (§ 2 Sent. 2. 1). Присяга приносится въ предложенныхъ выраженіяхъ, потому что предлагающій можетъ опредѣлить ея выраженія (L. 5 Dig. 12. 2—L. 3. § 4. Dig. 12. 2). Обязательно должны принять предложенную присягу лица, имѣющія самостоятельное имущественное положеніе (L. 35. § 1 Dig. 12. 2), иначе они теряли процессъ (L. 34. § 6 Dig. 12. 2), вотъ почему *pupillus tutore auctore jusjurandum deferre debet* (L. 17. § 1 ib.); можно было наложить присягу на лица, неимѣющія самостоятельнаго имущественнаго значенія, но послѣднія все-таки не были обязаны принимать ее, и, хотя бы они ее приняли, ихъ положеніе не могло ухудшиться (L. 83 и 133 Dig. 50. 17), потому что выгоды, полученныя вслѣдствіе принесенія ими присяги, отойдутъ лицу, во власти котораго они находятся (L. 24 Dig. 12. 2), отсюда правило: *qui jurasse dicitur, nihil refert, cujus sexus, aetatisve sit* (L. 26 ib.); *jusjurandum* допускается въ видахъ собственнаго сознанія, вотъ почему ни наслѣдникъ не обязанъ ее приносить (§ 4. Sent. 2. 1), ни *defensores*, ни *cognitores* (L. 34. § 3 Dig. 12. 2), ни *fidejussores*; не обязанъ былъ принимать ее, ни патронъ въ отношеніи либерта (L. 16 Dig. 12. 2), ни *pupillus* (L. 34. § 2 ib.), ни весталки, такъ-же какъ *prodigi* (L. 35. § 1. Dig. ib.) и *flamen dialis*. *Procurator* можетъ предложить присягу только

тогда, когда онъ *aut universorum bonorum administrationem sustineat*, *aut si id ipsum nominatim mandatum sit*, *aut si in rem suam procurator sit* (L. 17. § 3. Dig. 12. 2), но не въ другихъ случаяхъ (L. 18. *ib.*).

Принесенная *in jure iusjurandum* стоитъ на одной линіи съ *confessio in jure* и *res judicata* и примѣняется *ad pecunias et ad omnes res* (L. 34. Dig. 12. 2.—L. 3. § 1. *ib.*) и по правилу *alteri neque prodest, neque nocet* (L. 3. § 3. *ib.*). Присяга можетъ быть предложена каждою стороною другою, *tam actor reo, quam reus actori*; но той сторонѣ, которой предлагаютъ принести присягу, дается та *facultas*, *ut si malit, referat iusjurandum* (L. 34. § 7. *ib.*), и тотъ долженъ принести ее въ первоначальныхъ выраженіяхъ, хотя въ нѣкоторыхъ случаяхъ *conceptio iurisjurandi* опредѣляется судьей (L. 34. § 8. *ib.*). Дѣйствія *iusjurandum in jure delatum* заключаются въ томъ, что она равняется *res judicata* и прерываетъ *prescriptio* (L. 9. § 3. Dig. *ib.*); принявшій и принесшій присягу выигрываетъ въ свою пользу тяжбу (L. 5. § 2. *ib.*), но непринесенная и неотданная обратно присяга не имѣетъ никакого дѣйствія (L. 5. § 4. *ib.*); противъ *exceptionem iurisjurandi*, *replicatio doli mali non debet dari, quum praetor id agere debet, ne de iurejurando quisquam quaeratur* (L. 15. Dig. 44. 1); изъ предложенія истца отвѣтчику принять присягу вытекаетъ *actio in factum*: *si paret Aulum conditione delata iurasse Numerium sibi X milia dare oportere, iudex Numerium Aulo X milia (или nisi res arbitrato tuo restituetur quanti ea res erit) condemna и т. д.* Отличительная черта *iusjurandum in jure delatum* заключается въ томъ, что отъ принесенія ея лицо, которому она предложена, не можетъ отказаться; если же лицо не желаетъ принять предложенной присяги, то онъ долженъ или признать справедливымъ предъявленный къ нему искъ (*solvere aut iurare cogam*, L. 34. § 6. *ib.*) или же долженъ отдать ее на

душу предлагающему; гарантіей для лица, нежелающаго принести присягу, служить то, что онъ отъ предлагающаго можетъ требовать предварительнаго принесенія *jusjurandum de calumpnia* и на случай его отказа онъ можетъ отклонить уже безнаказанно отъ себя предложенную присягу (L. 34. § 4. ib.). Присяга, предложенная и принесенная *in judicio*, имѣетъ тѣ-же послѣдствія, но не избавляетъ, однакожъ, судьи отъ обязанности рѣшить дѣло по существу и произнести *sententia* (L. 31 и L. 34. § 9. ib.); отказъ же принести требуемую присягу судья клалъ въ основаніе своей *sententia: manifestae turpitudinis et confessionis est, nolle nec jurare, nec jusjurandum referre* (L. 38. Dig. ib.)¹.

2. Въ спорахъ по имуществу, не касающихся жизни, чести и свободы², стороны могли избрать свободнаго третьяго человѣка для рѣшенія спора³; такое выбранное лицо называлось *arbitrator ex compromisso*; *minores XX annis*⁴, судьи⁵ и магистраты⁶ не

¹ Sen. Controv. praef. lib. 3. Nam in quodam judicio centumviri, cum diceretur jurisjurandi conditio aliquando facta ab adversario, induxit ejusmodi figuram, qua illi omnia crimina retingeret. Placet, inquit, tibi rem jurejurando transigi? Jura, sed ego jusjurandum dabo. Jura per patris cineres, qui inconditi sunt. Jura per patris memoriam, et executus est locum, quo perfecto surrexit. L. Aruntius ex diverso ait: accipimus conditionem: jurabit. Albutius clamabat: non detuli conditionem, schema dixi. Aruntius instabat, centumviri rebus jam ultimis se parabant. Clamabat Albutius: ista ratione schemata de rerum natura tolluntur. Aruntius agebat: tollantur, poterimus sine illis vivere. Summa rei haec fuit. Centumviri dixerunt: dare ipsos secundum adversarium Albutii. Si juraret ille. Juravit. Albutius non tulit hanc contumeliam.

² L. 32. §§ 6. 7 Dig. 4. 8.

³ L. 3. § 3 ib.—L. 7. § 1. ib.—L. 51. ib.—L. 12. § 2 Dig. 5. 1.

⁴ L. 41. Dig. 4. 8.

⁵ L. 9. § 2. ib.

⁶ L. 3. § 3 и L. 4. ib.

могли быть избираемы въ качествѣ арбитра. Согласіе сторонъ относительно выбора арбитра совершалось въ формѣ раста съ послѣдствіями *obligatio naturalis*¹; арбитръ могъ быть избранъ и въ формѣ стипуляціи², которая влекла *incerti conductio*³; чаще же всего прибѣгали къ *stipulatio pœnæ*⁴. Стороны не могли принудить лицо принять на себя обязанности арбитра⁵, но если оно приняло ихъ, но не хочетъ выполнять своихъ обязанностей,—преторъ противъ него выдаетъ *actio in factum*⁶. Арбитръ рѣшаетъ дѣло *ad similitudinem iudiciorum*⁷ и не можетъ рѣшать дѣла иначе *nisi de qua re compromissum est et quatenus compromissi*⁸. Стороны могли избрать нѣсколько арбитровъ⁹, рѣшеніе которыхъ составлялось по большинству голосовъ¹⁰; при раздѣленіи же голосовъ по-ровну,—арбитры для рѣшенія дѣла приглашаютъ третьяго арбитра¹¹; если они не сходятся во мнѣніяхъ только относительно величины *condemnatio*,—одерживало по правилу верхъ мнѣніе того арбитра, который высказался за *minimum condemnatio*¹²; рѣшеніе объявлялось *in corpore* въ присутствіи сторонъ¹³. *Arbitrium ex compromisso* оканчивается смертью

¹ L. 11. § 3. ib.

² L. 11. § 2. ib.

³ L. 27. § 7. ib.

⁴ Cic. in Verr. lib. 2. 27. 66.—§ 1. Sent. 5. 5.—L. 3. § 2, L. 11. § 2. Dig. ib.

⁵ L. 3. § 1. ib.

⁶ L. 3. § 1. ib.

⁷ L. 1. ib.

⁸ L. 32. § 15. ib.

⁹ L. 17 §§ 2—7. ib.

¹⁰ L. 17. § 6 и 7. ib.

¹¹ L. 17. § 5. ib.

¹² L. 27. § 3. ib.

¹³ L. 32. § 13. ib.

одной изъ сторонъ или арбитра¹, вслѣдствіе гибели объекта², пропущенія сторонами сроковъ³, вслѣдствіе отказа арбитра въ силу законныхъ мотивовъ, по общей волѣ сторонъ⁴; стороны могутъ условиться, чтобы *arbitrium*, на случай смерти одной изъ нихъ, распространялся бы и на ихъ наслѣдниковъ⁵. Рѣшеніе арбитра не имѣетъ силы *res judicata*: кто считаетъ себя не-удовлетвореннымъ его рѣшеніемъ, тотъ можетъ предъявить по подсудности искъ, хотя долженъ бояться *exceptio veluti pacti*⁶; если и можно принять положеніе Ульпіана, что *ex compromisso placet exceptionem non nasci, sed ррона petitionem*⁷, однако правило *bis de eadem re non est actio* остается во всей силѣ⁸.

Если стороны не воспользовались ни однимъ изъ этихъ способовъ для прекращенія иска, истецъ указывалъ претору на требуемый имъ искъ и на его формулу; это указаніе дѣлалось или *per libellum* или устно ссылкой на *album*; если въ *album*ѣ не существовало требуемой формулы, — истецъ испрашивалъ позволеніе у претора на искъ (*impetratio*)⁹. Актъ этотъ называется *edere* или *dictare actionem*, *actionis editio*¹⁰ и его отличіе отъ *denunciatio* заключалось въ томъ, что *actionis postulatio* было обязательно. При *actiones famosae* преторъ требуетъ точ-

¹ L. 40, L. 45, L. 27. § 1. ib.

² L. 32. § 5. ib.

³ L. 32. § 3. ib.

⁴ Ib. *Solutio die, morte, acceptilatione, iudicio, pacto.*

⁵ L. 27. § 1. ib.

⁶ L. 13. § 1. *Tutus est veluti pacti exceptione.*

⁷ L. 2. ib.

⁸ L. 21. § 1. ib.

⁹ Cic. in Verr. lib. 3. 65. 152.—L. 1 pr. Dig. 43. 18.

¹⁰ L. 1 pr. § 1 Dig. 2. 13.; говорится также *formulam edere* (§ 3 Coll. 2. 6.—Gaji Inst. 4. § 92 и 141), *iudicium* (L. 2. Dig. 41. 6), *interdictum* (L. 3. Dig. 43. 1).

наго опредѣленія иска¹; въ нѣкоторыхъ случаяхъ истецъ можетъ требовать отъ претора выдачи двухъ исковъ²; было правиломъ, что въ видахъ возможности поддѣлки даты документы истца сохранялись въ тайнѣ, но это правило въ тѣхъ-же видахъ не распространялось на документы *argentarii*³. Указавши на формулу, истецъ въ частности редактировалъ ее, указывая на свои *præscriptiones*⁴ и *taxatio*⁵; вслѣдъ за тѣмъ при *actiones stricti juris* отвѣтчикъ указывалъ на свои *exceptiones*⁶. Здѣсь большую роль играли адвокаты, такъ-какъ они составляли формулу и разъясняли *in jure* спорные вопросы⁷; преторъ же, выслушавши ихъ доводы при участіи *consilium'a*⁸, разрешалъ второстепенные вопросы, напр. о компетентности⁹, *cautiones*¹⁰, представителяхъ¹¹ и пр. и могъ отказать истцу въ искѣ (*denegare actionem*)¹² при 1) собственномъ сознаніи отвѣтчика¹³ 2) *jusjurandum in jure*, 3) если искъ по существу принадлежалъ къ тѣмъ, относительно которыхъ допускались *cognitiones*, или когда искъ допускается эдиктомъ только *causa cognita*¹⁴, 4) если

¹ L. 7 pr. Dig. 48. 10.—§ 1—5. Coll. 2. 6.
² L. 1. § 4. Dig. 43. 3.
³ L. 1. § 3—5 Dig. 2. 13.—L. 2. ib.—L. 4. pr. § 6 ib.—L. 11 ib.—L. 2. § 6. Dig. 29. 3.—L. 1. § 2 in f. Dig. 2. 13.—L. 4. pr. ib.

⁴ Gaii Inst. 4. 131.

⁵ Ib. 4. 57—3. 224.

⁶ Ib. 4. §§ 119. 126. 133.

⁷ L. 1. § 2. Dig. 3. 1.

⁸ Tac. Ann. 1. 75.—Suet. in Tib. 33—id. in Claud. 12.—Cic. de orat. 1. 37.—См. стр. 251.

⁹ L. 2 pr. Dig. 2. 5 (6).

¹⁰ L. 10. Dig. 2. 8.

¹¹ L. 1 и 7. Dig. 3. 1.

¹² L. 102. § 1. Dig. 50. 17.—

¹³ Вообще, если отвѣтчикъ готовъ *in jure* удовлетворить истца, L. 30. Dig. 46. 3.—Lib. 16. Dig. 46. 7.

¹⁴ L. 1. § 1. Dig. 4. 3.—L. 1. § 34. Dig. 47. 10. Вообще преторъ

фактическая сторона иска представляется небывалой¹, (5) при очевидной *peremptoria exceptio*², — при *exceptio dilatoria* въ *intentio* вносились только *prescriptiones*, — если искъ могъ повредить юридическому постороннему отношенію, не имѣющему связи съ дѣломъ. До момента *litis contestatio* истецъ могъ измѣнить формулу, ответчикъ — *exceptiones*³; съ уничтоженіемъ же принципа консомации процесса влѣдствіе *lis contestata*, — истецъ могъ измѣнять формулу до *sententia*⁴.

Для уясненія дѣла по существу, въ видахъ избѣжать потери иска изъ-за *plus petitio* или по невѣдѣнію, стороны до составленія формулы могли прибѣгнуть къ *interrogatio in iure*⁵, напр. кредиторъ предъявляетъ искъ къ наслѣднику должника, — кредитору необходимо прежде всего узнать: дѣйствительно ли Тицій есть наслѣдникъ его дебитора? Если онъ наслѣдникъ, то въ какой части онъ наслѣдуетъ? Кредиторъ долженъ уяснить эти два вопроса, потому что, если Тицій не есть наслѣдникъ, — преторъ откажетъ въ искѣ; если кредиторъ воображаетъ, что Тицій получаетъ *as*, между тѣмъ какъ на дѣлѣ онъ наслѣдуетъ только *ex quadrante*, — будетъ *plus petitio*. *Interrogatio* необходимо только при *actiones in personam certae*⁶, и дирексты приводятъ такіе примѣры: *an et pro qua parte adversarius heres esset, num ei ex fidei commissio restituta hæreditas, an servum qui noxiam commississe dicebatur possideret, aut pericu-*

могъ *denegare actionem* 1) если истецъ не исполняетъ его приказаній (L. 43. § 4. Dig. 3. 3. — L. 37. Dig. 12. 2), 2) въ качествѣ наказанія за проступки (L. 2. Dig. 28. 4. — L. 1. § 3. Dig. 11. 5. — Cic. in Ver. lib. 2 27. 66).

¹ L. 26 и 27 Dig. 45. 1. — L. 97. § 2. ib.

² L. 7. § 6. Dig. 14. 6 — L. 2. § 1. Dig. 16. 1.

³ L. 3. Cod. 2. 1.

⁴ § 35. Inst. 4. 6. — L. 4. § 3. Dig. 9, 4.

⁵ L. 2 Dig. 11. 1. — L. 6. § 1. ib.

⁶ L. 1 pr. ib.

lum cujus intuitu de peculio actio movenda foret, an aedes ejus essent, pro quibus damni infecti nomine cautio petenda¹. Interrogatio можетъ быть сдѣлано правоспособнымъ лицомъ²; оно должно быть сдѣлано относительно вещей, имѣющихъ опредѣленное положеніе во вселенной³, и которыя могутъ служить достаточною причиною для предъявленія иска⁴; оно должно быть сдѣлано in jure⁵. Interrogatio можетъ повлечь confessio, но оно отличается отъ послѣдняго тѣмъ: 1) что отвѣты на interrogatio были обязательны, между-тѣмъ-какъ confessio зависѣло отъ доброй воли отвѣтчика; отвѣтъ на вопросъ долженъ быть тотчасъ данъ, хотя сторона могла потребовать времени ad deliberandum⁶; никто не обязанъ былъ отвѣчать за другаго⁷, но сторона должна была обязательно отвѣчать какъ на вопросы противоположной стороны, такъ и на вопросы претора⁸; 2) молчаніе на предложенный вопросъ влечетъ опредѣленные наказанія⁹, за исключеніемъ законныхъ причинъ молчанія¹⁰, подъ которымъ эдиктъ понимаетъ и темные, сбивчивые отвѣты¹¹, 3) послѣдствія отвѣта на interrogatio равняются обязательству quasi ex contractu¹². Если сторона въ своемъ отвѣтѣ припишетъ себѣ качества, которыми въ дѣйствительности она не обладаетъ, —

¹ L. 2, 3, 5, 9. § 7. ib.—L. 1 pr., L. 4 pr.—L. 7, 8. ib.—L. 9. § 8. ib.—L. 10, L. 2. § 2. ib.

² L. 9. § 2. ib.

³ L. 14. § 1. ib.

⁴ L. 13 pr. ib.

⁵ L. 4. § 1. ib.

⁶ L. 5. ib.

⁷ L. 9. § 3. ib.

⁸ L. 9. § 1. ib.

⁹ L. 11. § 4. ib.

¹⁰ L. 6. § 1. ib.

¹¹ L. 11. § 7. ib.

¹² L. 11. § 9. ib.

intentio иска будетъ составлена, согласно принятымъ ею на себя качествамъ¹, напр. отвѣтчикъ, не будучи наслѣдникомъ, признаетъ себя ex parte heredem, или будучи наслѣдникомъ ex quadrante признаетъ себя наслѣдникомъ ex asse, — тогда искъ будетъ instituta in assem; если сторона на interrogatio не признаетъ въ себѣ качества, которымъ она въ-дѣйствительности обладаетъ, или признаетъ ихъ въ меньшей мѣрѣ, — actio будетъ выданъ in solidum². Слѣд. между confessio in jure и interrogatio та общая черта, что онѣ связываютъ обѣ стороны. Выгодныя послѣдствія interrogatio принадлежатъ тому, кто предлагалъ вопросы³; такъ-что желаніе взять обратно данный отвѣтъ удовлетворяется тогда, когда оно не повредитъ истцу⁴. Отвѣтъ во всякомъ случаѣ заносится въ формулу и служить основаніемъ interrogatoria actio⁵, такъ-что формула будетъ составлена въ такихъ выраженіяхъ: «si paret Lucium Titium Aulo Agerio centum dare oportere qua ex parte Numerius Negidius Aulo Agerio in jure interrogante respondit se heredem Lucio Titio extitisse, ex ea parte judex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvido». Цѣль interrogationes in jure заключалась въ томъ, чтобы опредѣлить: можетъ ли быть выданъ actio истцу? Если этотъ вопросъ рѣшался въ утвердительномъ смыслѣ, — стороны приступали къ редактированію формулы. Отвѣтчикъ, узнавши изъ editio actionis и interrogationes притязанія истца, могъ сейчасъ-же требовать разбирательства in judicio, или могъ испросить tempus ad deliberandum; если отвѣтчикъ выбиралъ послѣднее, — онъ долженъ былъ представить претору обезпеченіе въ томъ, что онъ, по

¹ L. 11. §§ 1 и 2. ib.

² L. 11. § 3. ib.

³ L. 22. ib.

⁴ L. 11. § 12. ib.

⁵ L. 1. § 1. ib.

истечении *tempus deliberandi*, вновь явится *in jure*¹; такое же обезпечение ояъ представлялъ и въ томъ случаѣ, если разбирательство *in jure* не могло окончиться въ тотъ-же день². Такое обязательство относительно вторичной явки *in jure* называется *vadimonium*, которое совершалось то въ формѣ стипуляціи опредѣленной суммы (*vadari, vadimonium purum*)³, то *jurejurando*⁴, то *cum satisfactione*⁵ или съ указаніемъ на рекураторовъ, которые тотчасъ должны приняты за разсмотрѣніе дѣла, если сторона не явится *in jure*⁶. Принятіе *vadimonium* называется *vadimonium concipere*⁷, обѣщаніе—*v. promittere*⁸, исполненіе—*sistere*⁹, неисполненіе—*deserere*¹⁰; если *vadimonium* совершается представленіемъ поручителей, — они называются *vades*¹¹. Исполненіе *vadimonium* должно быть *in eadem causa*¹². Всякій воленъ представить *vadimonium* съ однимъ только ограниченіемъ: кто не можетъ быть призванъ *in ius* безъ предварительнаго согласія претора, — того нельзя представить въ качествѣ *vas*¹³, такъ-что *vades*, за исключеніемъ этого ограниченія, могутъ быть избираемы изъ всехъ гражданъ¹⁴. Неис-

¹ Cic. pro Tull. 8. 20.—Liv. 23. 32.

² Gaji Inst. 4. 184.

³ L. 3. Dig. 2. 5.—L. 12. § 1. Dig. 2. 11,—L. 81. Dig. 45. 1.

⁴ L. 16 Dig. 2. 8.

⁵ Gaji Inst. 4. §§ 25 и 102.

⁶ Ib. 4. 185.

⁷ Cic. pro Quinct. 18. 55.—Gaji Inst. 3. 215.

⁸ Cic. pro Quinct. 7. 29.

⁹ Ib. 8. 29.

¹⁰ Ib. 18. 56.

¹¹ Gell. 10. 10. 8.

¹² L. 11. Dig. 2. 11.

¹³ L. 12. Dig. 2. 4.

¹⁴ L. 2. §§ 2 и 4. Dig. 2. 8.

полненіе *vadimonium* влечетъ искъ противъ *vades* и противъ тѣхъ, кто помѣшалъ отвѣтчику явиться *in ius*¹; если неявка *in ius* произошла вслѣдствіе *dolus* поручителей, — преторъ прикажетъ отвѣтчику явиться *in ius*, но въ обоихъ случаяхъ *in ius vocatio* должно быть повторено.

Слѣд. цѣлью судопроизводства *in iure* было выясненіе преторомъ сущности представленнаго иска; вотъ почему каждая сторона могла представлять свои доводы за и противъ иска въ формѣ *interrogatio*. По выслушаніи обѣихъ сторонъ, преторъ, когда находилъ дѣло достаточно для себя выясненнымъ, редактировалъ по указанію истца формулу, съ составленіемъ которой дѣло переходило уже *in iudicio*, а рѣзкимъ отличительнымъ моментомъ этого перехода служила *litis contestatio*, только съ минуты которой процессъ считался *inchoata*. *Inter litem contestatam et editam actionem multum interest*. Отнынѣ для обѣихъ тяжущихся сторонъ являлись новыя обязательства: для отвѣтчика — обязательство подчиниться приговору судьи; право истца подвергается консомациі и дальнѣйшая судьба его права зависитъ отъ будущаго исхода процесса. Мы знаемъ, что въ періодъ *legis actiones* моментъ перехода дѣла *ex iure in iudicio* заключался въ томъ, что истецъ дотрогивался до ушей присутствующихъ съ восклицаніемъ: *memento quod tu mihi in illa causa testis eris!* По опредѣленію Феета *contestari est cum uterque reus dicit: testes estote; contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: testes estote!* Въ періодъ формулярной системы *litis contestatio* теряетъ свой первоначальный характеръ: стороны не обращаются съ указанными словами къ *testes*, потому что окончательнымъ моментомъ, который какъ-бы конспектировалъ все происшедшее *in iure*, являлось составленіе формулы и сама фор-

¹ L. 3. Dig. 2. 5.—L. 2. § 5. Dig. 2. 8.—L. 3. pr. Dig. 2. 10.

мула, слѣд., въ періодъ формулярной системы *litis contestatio* является тѣмъ моментомъ, когда стороны приняли взаимныя заключенія: *quum iudex per narrationem negotii causam audire cœperit*, т. е. *post narrationem propositam et contractionem objectam*. Главныя дѣйствія *litis contestatio* заключаются въ слѣдующемъ: 1) она придаетъ иску характеръ обязательства *quasi ex contractu*, т. е. производитъ *novatio necessaria*, задача которой—замѣнить прежнія отношенія между сторонами новыми; но эта *novatio* не уничтожаетъ ни *pignus*, ни *hypotheca* и не останавливаетъ теченія процентовъ, потому что истецъ предъявляетъ *actio* въ намѣреніи улучшить свое положеніе¹, т. е., какъ выражается Гай², *ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere*. Относительно этого принципа *diversæ scholæ* не были согласны, такъ — какъ являлся вопросъ: при *judicia stricti juris* могъ ли отвѣтчикъ избавиться послѣдствій *condemnatio*, удовлетворивши истца послѣ *litis contestatio*? *Schola Sabinianorum* рѣшила этотъ вопросъ утвердительно и заключила свое рѣшеніе въ такой принципъ: *et hoc est, quod vulgo dicitur, Sabino et Cassio placere, omnia judicia esse absolutoria*³. *Schola Proculejanorum* осталась при томъ мнѣніи, что удовлетвореніе, представленное отвѣтчикомъ истцу послѣ *litis contestatio*, не мѣшаетъ *condemnatio* отвѣтчика, хотя оное въ этомъ случаѣ будетъ располагать *condictio indebiti*. В силу такого вновь возникшаго *obligatio quasi ex contractu* между сторонами являлось обязательство подчиниться рѣшенію судьи, слѣд. А) первоначально существовавшее право сторонъ погашалось⁴: было бы явною несправедливостью, если-бы истецъ

¹ L. 29. Dig. 46. 2.—L. 86. Dig. 50. 17.—L. 8. Dig. 16. 2.

² Gaji Inst. 3. §§ 180—181; 4. §§ 106—108.

³ Ib. 4. 114.

⁴ Gaji Inst. 3. 180.—4. 107.—Vat. Fr. 263.—L. 29. Dig. 46. 2.

предъявленіемъ иска достигалъ бы результатовъ и въ-силу первоначальнаго своего права и въ-силу *condemnatio*. Этотъ принципъ погашенія нарушеннаго права истца прилагается къ *actiones personales in jus conceptæ* и *legitima judicia*¹, потому что и погашенное *ipso jure* и новое вѣдѣствіе *litis contestatio* возникшее обязательство принадлежать къ *jus civile*; въ-силу этого погашенія, которое совершается въ формѣ *novatio necessaria*², истецъ *de eadem re agi non potest*³; но принципъ погашенія не прилагался къ *actiones in rem*, *actiones in factum* и *judicia imperio continentia*⁴, почему? Потому что при этихъ искахъ *novatio* невозможна: *intentio actionis in factum* содержитъ въ себѣ указаніе только на фактъ, при томъ-же *actiones in factum* и *judicia imperio continentia* вытекаютъ изъ *imperium pretoris*, который не можетъ уничтожить права, а только можетъ сдѣлать его недействительнымъ; вотъ почему при этихъ трехъ видахъ исковъ предъявленіе послѣ *litis contestatio* вторичнаго иска возможно, такъ-что для его отклоненія отвѣтчикъ нуждается въ *exceptio rei in litem deductæ*⁵, — очевидное отлічіе отъ системы *legis actiones*, при которой принципъ консомациі имѣлъ полное примѣненіе⁶. Какое оказываетъ дѣйствіе *exceptio rei in judicium deductæ*? Эта *exceptio* предоставлялась отвѣтчику въ томъ случаѣ, когда *litis contestatio* имѣло мѣсто и дѣло было передано суду, но *res judicata* еще не была составлена; такъ-какъ со введеніемъ иска *in judicio* являлось между сторонами новое обязательство довести искъ до произнесенія сен-

¹ Gaji. ib. 3. 180.

² Которую нужно строго отличать отъ *novatio voluntaria*. L. 29. Dig. 46. 2.

³ Gaji Inst. 4. 107.

⁴ Gaji. ib. 4. 106.

⁵ Gaji Inst. 4. 107.

⁶ Ib. 4. 108.

tentia и подчиниться рѣшенію судьи, то всякій новый предъявленный истцемъ искъ будетъ оттолкнутъ указанной exceptio, такъ-какъ въ силу вновь возникшаго между сторонами обязательства являлась невозможность: 1) замѣны предъявленнаго иска новымъ, лучшимъ, и 2) составленія новаго *judicium*. Кажется, изъ выраженія Гая¹ можно заключить, что при *exceptiones perpetuae* и *dilatoriae* отвѣтчикъ противъ истца всегда могъ представить *exceptio rei in iudicium deductae*. В) Только послѣ *litis contestatio* начинается въ собственномъ смыслѣ *lis inchoata*, *res in iudicio deducta*, и разъ стороны рѣшились подвергнуться послѣдствіямъ дальнѣйшаго хода процесса, — дѣло должно быть рѣшено, хотя бы одна изъ сторонъ считалась *absens*; если *in absentia* будетъ находиться отвѣтчикъ, — судья вызоветъ его эдиктомъ, который можетъ быть возобновленъ до двухъ разъ; если отвѣтчикъ не явится на послѣдній эдиктъ, который называется *peremptorium* или *circumducitur* и который можетъ быть изданъ не позже 10 дней послѣ перваго², — отвѣтчикъ будетъ считаться *contumax*, но дѣло все-таки должно быть окончательно рѣшено судьей или магистратомъ *extra ordinem*³; если въ назначенный срокъ истецъ не явится *in iudicio*, — рѣшеніе будетъ составлено въ пользу отвѣтника⁴. 3) Между сторонами возникаетъ новое обязательство, которое въ точности хотя только и опредѣлится впослѣдствіи, но тѣмъ не менѣе создаетъ между сторонами особую связь, въ силу которой: 1) ни одна изъ сторонъ не можетъ отчуждать объекта тяжбы подъ страхомъ ничтожности отчужденія и штрафа въ

¹ Ib. 4. 123.

² Безъ этого эдикта истецъ потеряетъ искъ. L. 73. § 1 и 2. Dig. 5. 1.

³ § 7 S. Pauli. 5. 5.—L. 53. Dig. 42. 1.

⁴ L. 3. § 1. Dig. 42. 8.—L. 28 pr. Dig. 49. 16.

пользу фиска въ случаѣ *dolus* одной изъ сторонъ¹; 2) вновь возникшее обязательство входить въ имущественную сферу сторонъ и переходить къ ихъ наследникамъ²; 3) *litis contestatio* прерываетъ прескрипцію³; 4) рѣшеніе судьи считается дѣйствующимъ съ момента *litis contestatio*, т. е. имѣетъ обратное дѣйствіе, такъ-что выигравшая искъ сторона должна быть поставлена въ то положеніе, въ какомъ она находилась бы, если-бы дѣло было рѣшено въ моментъ *litis contestatio*: *omne quod habiturus esset actor, si litis contestandæ tempore solutus fuisset*⁴, а вещь должна быть передана такою, какою она была въ моментъ *litis contestatio cum omni causa*⁵: отвѣтчикъ, по мнѣнію *Proculejani*, отвѣчаетъ только за *casus*, а по мнѣнію *Sabiniani*—за *culpa*⁶; 5) каждая сторона можетъ требовать, чтобы дѣло было доведено до *sententia* въ томъ видѣ, какой оно получило въ моментъ *litis contestatio*⁷, по правилу: *ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet*, но смерть одной изъ сторонъ, или судьи, или назначеніе прокуратора можетъ повести къ *litis vel iudicii translatio*.—Слѣд. при *actiones personales in jus conceptæ* и *legitima iudicia* процессъ два раза подвергается новации: при *litis contestatio* и *sententia*; конечно, *novatio* происходитъ тогда, когда обѣ стороны дѣйствуютъ лично, но если вмѣсто истца выступаетъ его представитель, — тогда уже будетъ *delegatio*, и понятно теперь, почему

¹ По закону XII tab. запрещено посвященіе богамъ *res letigiosæ*.—*Gaji. l. 4. 117.*—*L. 3. Dig. 44. 6.*

² *L. 57. Dig. 5. 1.*—*L. 26 и 58. Dig. 44. 7.*—*§. 1. Inst. 4. 12.*

³ *L. 2. Cod. 7. 33.*

⁴ *L. 31 pr. Dig. 12. 1.*

⁵ *L. 20. Dig. 6. 1. 1.*

⁶ *L. 40. Dig. 5. 2.*

⁷ *L. 74 pr. Dig. 5. 1.*

этотъ уполномоченный долженъ представить *cautio*¹; если отвѣтчика *in judicio* замѣлеть его представитель, — будетъ *expromissio*; но *exceptio rei in judicium deductae* одинаково служить какъ сторонѣ, такъ и ея представителю².

24. Въ назначенный при *diei dictio* срокъ открывался формальный судъ (*in judicio*). Въ этотъ срокъ стороны должны были лично явиться на судъ, такъ-какъ онѣ формально призывались къ явѣ, — этотъ актъ называется *citatio*³. *Citatio* состояло въ томъ, что *præso* три раза выкрикивалъ на площади имена обвинителя и обвиняемаго. Если на этотъ призывъ *præso* не получалъ отвѣта, то призывъ повторялся или одною изъ сторонъ или преторомъ, который посылалъ въ домъ отсутствующаго своихъ *viatores*, *apparitores*⁴. Слѣд. первый призывъ черезъ *præso* былъ не что иное, какъ напоминаніе о времени открытія суда съ присяжными, призывъ, на который должны были явиться ораторы и присяжные, — обвиняемый же долженъ былъ непременно явиться⁵ *in judicio* послѣ втораго призыва, кото-

¹ Gaii. Inst. 4. 98.

² L. 25. § 2. Dig. 44. 2.

³ Cic. in Ver. lib. 2. 17. 41. Iste postridie mane, quum multo maturius quam umquam antea surrexisset, judices citari jubet; 40. 97 mane Kalendis Decembris, ut edixerat, Sthenium citari jubet. — pro Cluent. 17. 49. Cognoscite nunc ita reum citatum esse illum, ut re semel atque iterum præjudicata condemnatus in judicium venerit; 18. 50. Res agi cœpta est: citatus est Scamander reus; 21. 58. Citatur reus, agitur causa, paucis verbis accusat. — Ascon. in Verr. Apud veteres et judices et rei et accusatores et defensores ciebantur a præcone prætorio. — Sig. 2. 11. Accusator et reus citandus fuerit.

⁴ Sig. ib. Dies constituta alicui actioni a prætorē accessit, si prætor adesse non potuit, rem in alium diem differendi jus habuit.... Si affuit accusatores et reum et patronos citari per præconem jussit.

⁵ L. 1 pr. Dig. 48. 17.... Ne quis absens puniatur, et hoc jure

рый чаще всего совершался обвинителемъ. Римское право знаетъ законныя причины неявки обвиняемаго, сюда относились: болѣзнь¹; но такъ-какъ эта причина вела большія запутанности въ процессѣ, то она вскорѣ была уничтожена по закону Туллія (691 г.)²; за-тѣмъ къ законнымъ причинамъ неявки относились *absentia reipublicae causa*, отправленіе *lustrum*, необходимость въ тотъ-же день явиться передъ другою *questio*, отсутствіе по домашнимъ обстоятельствамъ, — о послѣдней причинѣ неявки обвиняемый или его родственники должны были заблаговременно извѣстить претора или обвинителя. Обвиняемый могъ не явиться на судъ въслѣдствіе добровольнаго удаленія въ изгнаніе, — въ этомъ случаѣ судъ, согласно предписанію закона Сервілія, приговаривалъ обвиняемаго къ *aquae et ignis interdictio*³; если обвиняемый оставался въ Римѣ, но не являлся *in iudicio*, то его ожидали до окончанія дня⁴; если не являлся обвинитель — процессъ прекращался, но не обвиненіе: всякій гражданинъ могъ заступитъ мѣсто главнаго обвинителя, тѣмъ болѣе, что при немъ,

utimar ne absentes damnentur, neque enim inaudita causa quemquam damnari aequitatis ratio patitur. — L. 5 pr. Dig. 48. 19. Absentem in criminibus damnari non debere. — Cic. in Ver. IV. 19. 41. Condemnare Diodorum non audeat absentem: de reis eximit.

¹ § 2 L. XII tab. 2, — общій принципъ. Cic. Phil. V. 5. 14 и 15. *Si citatus iudex non responderit excuseturque.... Habent enim legitimam excusationem.*

² Cic. pro Mur. 23. 47. *Morbi excusationi poena addita est: voluntas offensa multorum, quibus aut contra valetudinis commodum laborandum est aut incommodo morbi etiam caeteri vitae fructus relinquendi?*

³ При Августѣ судьи могли приговаривать гражданина къ этому наказанію только единогласно.

⁴ Cic. in Verr. lib. 2. 17. 41. *Illi eum commonefaciunt ut, si sibi videatur, utatur instituto suo nec cogat ante horam decimam de absente secundum praesentem judicare, impetrant.*

какъ мы видѣли, находились subscriptor'ы, подъ однимъ лишь условіемъ: вести первоначальное обвиненіе¹. Стороны явились. Оставалось избрать присяжныхъ, которые должны будутъ вынести вердиктъ относительно виновности или невинности подсудимаго. Способы избранія присяжныхъ и самое число ихъ въ каждомъ процессѣ въ различное время было различно². Избраніе присяжныхъ совершалось двумя способами: editio и sortitio. Editio есть древнее право каждаго свободнаго гражданина избирать себяъ судьей. По времени оно является въ трехъ формахъ: 1) самая древняя форма editio состояла въ томъ, что обвинитель избиралъ присяжныхъ (edebat iudices) въ количествѣ вдвое болѣе противъ обыкновеннаго числа присяжныхъ, — это дѣлалось съ тою цѣлью, чтобы дать обвиняемому возможность отвести

¹ L. 3 § 4 Dig. 48. 2. Si accusator decesserit, aliave quæ causa eum impederit, quominus accusare possit, et si quid simile, nomen rei aboletur postulante reo, idque ex lege Julia.... cautum est, ita ut liceat alii ex integro repetere reum. — L. 7 § 2 ib. Si is, qui nunc accusator extitit, suum dolorem persequatur, doceatque ignorare se accusationem ab alio institutam, magna ex causa admitti eum ad accusationem debere. — Sig. 2. 11. Si accusatores non affuerunt, nomen rei ex reis exemptum est; si reus non accessit: absens damnatus est. — Ascon. Postero die, cum Cassius assedisset et citati accusatores non adessent, exemptum est nomen de reis Cornelii. — id. Milo postero die factus reus ambitus apud Torquatum absens damnatus est. — id. Cum Cassius prætor decimo die, ut mos est, adesse jussisset accusatores, eoque die ipse non affuisset, seu avocatus propter frumenti publice curam seu gratiscans reo, circumventi sunt accusatores ante tribunal ejus.

² Sig. 2. 12. Ubi vero prætor assederat et accusatores, reus et patroni prodierant, de iudiciis legendis agebantur, quod munus plerumque iudici quæstionis assignabatur. Numerus autem iudicum legebatur, qui a lege erat præscriptus, qua iudicium illud exercebatur et quo modo erat præscriptum. Modus autem fuit duplex, sortitio et editio.

половину предложеннаго обвинителемъ количества присяжныхъ¹; право отвода практиковалось такимъ образомъ, что обвиняемый не обязанъ былъ объяснять мотивы своего отвода; однакожъ намѣтились слѣдующіе мотивы обязательнаго отвода: а) если присяжный находился въ родствѣ или свойствѣ съ одною изъ сторонъ, — этотъ мотивъ имѣлъ значеніе, какъ причина отвода, только для обвиняемаго, а для обвинителя, напротивъ, онъ имѣлъ важное значеніе въ томъ смыслѣ, что для него было чрезвычайно выгодно, при составленіи списка присяжныхъ, занести въ него какъ можно болѣе благопріятствующихъ лицъ, за характеръ вердикта которыхъ онъ могъ за-года поручиться; б) принадлежность къ одной и той-же *societas* или *collegium* и нѣкоторые другіе частные мотивы. Всѣ эти мотивы имѣли значеніе только для претора и частныхъ постороннихъ лицъ, т. е. что преторъ и всякое постороннее лицо, усматривая эти мотивы, могъ требовать отвода того или другаго присяжнаго; объясненіе же мотивовъ отвода сторонами не требовалось. Право отвода, какъ видно, было велико, потому что и самое число назначаемыхъ присяжныхъ было не мало; всякое лицо, зная о присутствіи въ присяжномъ такихъ качествъ, которыя могутъ помѣшать дать ему безпристрастный приговоръ, могло заявить о томъ суду; позже самъ преторъ могъ отводить присяжныхъ, но ни одна изъ сторонъ никогда не могла отвести ни претора, ни *judex'a quaestionis*. Вторая форма *editio* введена по закону Сервилія и состояла въ томъ, что каждая изъ сторонъ предлагала по ровному количеству судей, согласно общему ихъ количеству; такъ, по закону Сервилія, каждая сторона предлагала по 100 судей и каждая же могла отвести по 50 человекъ, такъ-что

¹ Cic. pro Mur. 23. 47. Idem editicios iudices esse voluisti ut odia occulta civium quae tacitis nunc discordiis continentur, in fortunas optimi cujusque erumperent.

quorum равнялся 100¹. Судьи, избранные этими двумя способами, назывались *judices editicii*². Наконецъ, третья форма *editio* введена закономъ Лицинія *de sodaliciis*³, по которому обвинитель назначалъ 4 трибы; изъ этихъ 4 трибъ обвиняемый могъ отвести одну, такъ-что выборъ присяжныхъ составлялся обвинителемъ уже изъ остальныхъ трехъ трибъ, т. е. третья форма *editio* есть вариация и смѣсь первыхъ двухъ. Допускался ли при этой формѣ *editio* отводъ? Цицеронъ въ одномъ мѣстѣ отрицаетъ право отвода по закону Лицинія, въ другомъ допускаетъ его, говоря, что изъ 125 *judices* обвиняемый отвелъ такъ много, что присяжныхъ осталось всего пятьдесятъ⁴. Гейбъ

¹ Lex Serv. Prætor, ad quem nomen delatum erit, facito, ut is die vicesimo ex eo die, quo cujusque quisque nomen detulerit, centumviros ex eis qui ex hac lege quadringenti quinquaginta viri in eum annum lecti erunt, legat, edatve. Quois centumviros ex hac lege ediderit, de eis ita facito: juret palam apud se coram se eos scientem, dolo malo non legisse, ubi is ita centumviros ediderit, juraritque, tum eis facito, ut is unde petetur, die vicesimo, postquam nomen ejus delatum erit, quos centum is, qui petet, ex hac lege ediderit, de eis *judices* quinquaginta legat, edatve. — Sig. 2. 12. De editione mentio sit in lege Servilia.

² *Edititius* *jude*x est quem una pars eligit.

³ Sig. 2. 12. Lex Licinia de sodaliciis potestatem dedit accusatori edendi *judices* reo, verum non ex delectis ad judicandum, sed ex universo populo. Qua de re Cicero conqueritur pro Plancio: nos neque ex delectis *judicibus* ad judicandum, sed ex omni populo, neque editos ad rejiciendum, sed ab accusatore constitutos *judices* ita feremus, ut neminem rejiciamus. — Schol. Facta SC-ti mentione qui secundum legem Liciniam quattuor *edi* tribus ab accusatore voluerit, ex quibus reo liceret unam repudiare ut de tribus reliquis *judices* haberet, editionem tamen ab accusatore sic fieri voluisse, ut eas ederet, quas corruptas a candidato crimineretur.

⁴ Cic. pro Planc. 17. 41. An vero nuper clarissimi cives nomen *editicii* non tulerunt cum ex CXXV *judicibus*, principibus equestris

отрицаетъ вторичный отводъ по закону Лицинія, доказывая, что слова Цицерона «ordo equester» указываютъ на то время, когда присяжные избирались только изъ всадниковъ; между-тѣмъ-какъ законъ Лицинія относится ко времени Аврелія, по закону котораго къ отправленію обязанностей присяжныхъ допускались три ордо, слѣд., думаетъ Гейбъ, Цицеронъ говоритъ о lex Servilia, по которому дѣйствительно допускался отводъ. Это объясненіе остроумно,—Гейбъ забываетъ, что по закону Сервилія quogum присяжныхъ составлялся не изъ 125 челоѣвъ, тѣмъ менѣе изъ 50, а изъ 100. Съ другой стороны, самъ Цицеронъ считаетъ выборъ присяжныхъ per editionem мѣрою несправедливой въ отношеніи обвиняемаго, что недопущеніе права отвода столько-же несправедливо, какъ и опредѣленіе суда на-счетъ того, что въ данномъ случаѣ можно отвести не болѣе 5 челоѣвъ. Нельзя ли допустить, спрашиваетъ Гейбъ, что по закону Лицинія судъ рѣшалъ вопросъ объ отводѣ? То мѣсто¹, на которое указываетъ Гейбъ у Цицерона, говоритъ только о тѣсныхъ границахъ отвода; мы полагаемъ, что право отвода по закону Лицинія вошло въ право отвести одну трибу, не болѣе, и что за-тѣмъ остальные три трибы составляли quogum присяжныхъ,—это объясненіе наиболѣе гармонируетъ съ цѣлью самаго закона. Общая черта между всѣми этими тремя формами editio заключалась въ томъ, что: 1) обвинитель избиралъ присяжныхъ и 2) мотивы отвода сторонами не объяснялись. Вто-

ordinis, quinque et septuaginta reus rejiceret. L. referret, omniaque potius permiscuerunt, quam ei legi condicionique parerent, nos neque ex delectis judicibus, sed ex omni populo, neque editos ad rejiciendum, sed ab accusatore constitutos judices ita feremus, ut neminem rejiciamus?

¹ Ib. 16. 40. Apud eosque me, judices. ne quinque quidem rejets, quod in proximo reo de consilii sententia constitutum est, cogas causam de fortunis omnibus dicere.

рой способъ избранія присяжныхъ былъ *sortitio*¹. Избранные этимъ способомъ присяжные назывались *judices selecti*. *Sortitio*, или выборъ присяжныхъ по жребію, состояло въ томъ, что преторъ или *judex quaestionis* опускалъ въ урну *pila* съ именами присяжныхъ, занесенныхъ въ частный списокъ, и вынималъ столько *pila*, сколько того требовалъ законъ для составленія *primum consilium*, изъ котораго стороны могли отвести извѣстное количество присяжныхъ; отводъ совершался сейчасъ же послѣ составленія *primum consilium* въ присутствіи обѣихъ сторонъ; простаго заявленія, что «такое-то лицо должно отвести» было достаточно², такъ-какъ мотивы отвода не объявлялись, но количество отводимыхъ присяжныхъ было ограничено³; правомъ

¹ Sig. 2. 12. *Sortitio fuit ejusmodi. Praetor aut judex quaestionis in urnam conjiciebat omnes judices selectos, id est qui ad judicia ejus anni a praetoribus ex lege fuerant delecti, ac forte eum numerum educebat, quem lex ipsa praescribebat. Quo facto dabatur potestas reo et accusatori rejiciendi, quos parum sibi putarent idoneos; in locum vero rejectorum alios sive praetor sive judex quaestionis subsortiebatur. — Schol. Judices semper sortiebantur et sortitione facta non omnes judicabant, sed electio fiebat et ejiciebantur ab utraque parte usque ad certum numerum imparem.*

² Plin. *Sors et urna fisco judicem assignat; licet rejicere; licet exclamare: hunc nolo.*

³ Ps.—Ascon. In Cic. in Verr. *Moris erat celebrata judicium rejectione, et haberi in officio praetoris et in arca reponi nomina judicum selectorum. Rejectione autem idcirco dicitur, quia cum multi judices in consilium a praetore advocandi essent, qui quaestor fuisset in publica causa.... necesse fuerat eos primum de decuria senatoria conscribi, cum senatus judicaret, deinde in urnam sortito mitti ut de pluribus necessarius numerus confici posset, tertio id est post urnam permitti accusatori ac reo ut ex illo numero rejiciant, quos putaverint sibi aut inimicos aut ex aliqua re incommodos forem. Rejectione celebrata et in eorum locum qui rejecti fuerant, subsortito praetore alios, quibus ille judicum legitimus numerus*

отвода прежде всего пользовался обвинитель¹. Сулла постановилъ, что въ общихъ преступленіяхъ изъ призванной декуріи сторона, не принадлежавшая къ *ordo senatorius*, могла отвести (*rejectio*) только трехъ человѣкъ; но вопросъ: сколько могъ отвести сенаторъ, сколько обѣ стороны, если онѣ были различныхъ *ordo*, наконецъ, распространялось ли это правило на всѣ преступленія или только на *crimen repetundarum*, какъ увѣряетъ Цицеронъ? Такъ-какъ Сулла подчинилъ суду присяжныхъ обѣ группы преступленій, то, можно сказать, что правомъ отвода пользовались какъ обвиняемые въ преступленіяхъ по должности, такъ и обвиняемые въ общихъ преступленіяхъ. Правомъ отвода по законодательству Суллы пользовались и не принадлежащіе къ *ordo senatorius*, только они могли отводить меньшее количество присяжныхъ, чѣмъ сенаторы, и это различіе дѣлалось въ силу той презумпціи, что сенаторы въ государствѣ могли имѣть больше враговъ и друзей, чѣмъ всадники или плебеи. Это предпочтеніе, оказываемое законодателемъ сенаторомъ и о которомъ Цицеронъ не можетъ говорить безъ ироніи², осталось не долго. Если обѣ стороны принадлежали къ одному и тому-же *ordo*, то онѣ отводили по-ровну; сенаторъ могъ отвести minimum 6 человѣкъ, напр. въ процессѣ Верреса, Цицеронъ отвелъ одного присяжнаго Лукреція, а Верресъ шесть—P. Galba,

campleretur (prima enim cortitio dicebatur); his perfectis jurabant in lege iudices ut obstricti religione judicarent. Cum jurassent omnes praeter ipsum praetorem nomina eorum libellis continebantur.—Sig. 2. 12. Dabatur potestas reo et accusatori rejiciendi quos parum sibi putarent idoneos.

¹ Schol. In rejectione prior accusator rejiciebat et sic defensor vel reus.

² Cic. in Ver. lib. 2. 31. 77. De se homines si qui extra istum (sc. senatorium) ordinem sunt, quibus ne rejiciendi quidem amplius quam trium judicum praeclarae leges Corneliae faciunt potestatem.

S. Pudacæus, Q. Considius, Q. Junius, C. Cassius, P. Cervius. Что касается до maximum'a отводимых сенаторами присяжных, — онъ намъ неизвѣстенъ, такъ-какъ мы не знаемъ какъ великъ былъ quorum присяжныхъ по законодательству Суллы¹. По закону Ватинія каждая изъ сторонъ могла отвести in contumacia одинъ изъ призванныхъ ordo². По закону Помпея ежегодный общій списокъ присяжныхъ состоялъ изъ 360 присяжныхъ; изъ этого количества въ каждую questio призывалось для отправления правосудія 81 человекъ, изъ которыхъ каждая сторона могла отвести по 15 человекъ, т. е. quorum состоялъ изъ 51 присяжнаго; такъ-какъ по закону Помпея общій списокъ присяжныхъ составлялся изъ трехъ ordo, то слѣд. in iudicio отъ каждаго ordo можно было отвести по 5 человекъ³. По закону Ацилія правомъ отвода прежде всего пользовался обвинитель, впоследствии обвиняемый, — это видно изъ словъ Цицерона, который говоритъ, что Верресъ порядочныхъ людей отвѣлъ, а Лук-

¹ Cic. in Vat. 11. 27. Et quoniam crebro usurpas, legem te de alternis consiliis rejiciendis tulisse. — Schol. Legem hanc non improbabilem videbatur P. Vatinius in tribunatu suo perrogasse ut alterorum iudicum rejectio fieret.

² Цумптъ полагаетъ, что quorum по законодательству Суллы въ преступленіяхъ по должности состоялъ изъ 16 или 15 человекъ. Онъ основывается на одномъ мѣстѣ рѣчи Цицерона in Verrem. Ораторъ говоритъ, что вслѣдствіе на тушенія новаго года 8 присяжныхъ должны выступить изъ quorum'a, и прибавляетъ, что это выступленіе обнимаетъ почти всю декурію присяжныхъ. Cic. in Ver. Ac. pr. 10. 30.

³ Вообще количество iudices въ процессахъ было разнообразно. Cic. in Pison. 40. 96. An ego exspectem dum de te quinque et septuaginta tabellæ diribeantur — pro Planc. 17. 41. Quum ex CXXV iudicibus, principibus equestris ordinis, quinque et LXX reus rejiceret, L referret. — pro Cluent. 27. 74. In consilium erant ituri iudices XXXII. Sententiis XVI absolutio confici poterat.

реція удержалъ. Право отвѣда практиковалось сей-часъ послѣ sortitio; исключеніе составляетъ процессъ Plancus'a, когда отвѣдъ присяжныхъ происходилъ передъ подачей ими голосовъ. Спрашивается, какъ поступали въ томъ случаѣ, если въ-силу отвѣда не составлялся quorum присяжныхъ? Этотъ недостатокъ пополнялся при помощи subsortitio¹, о которой первыя постановленія находятся въ законахъ Корнелія Суллы. Subsortitio примѣнялось въ двухъ случаяхъ: обыкновенныхъ и чрезвычайныхъ. Въ обыкновенныхъ случаяхъ subsortitio являлось какъ-бы исключеніемъ изъ общаго правила и имѣло цѣлью пополненіе quorum'a присяжныхъ, уменьшеннаго или вслѣдствіе неявки присяжнаго по домашнимъ обстоятельствамъ², или же вслѣдствіе отвѣда. Въ чрезвычайныхъ случаяхъ subsortitio, хотя также имѣло цѣлью пополненіе quorum'a, но только въ тѣхъ случаяхъ, когда процессъ не могъ быть оконченъ въ текущемъ году и долженъ былъ перенесенъ на слѣдующій, но съ началомъ года многіе изъ присяжныхъ могли быть вычеркнуты не только изъ спеціальнаго списка, но даже изъ общаго вслѣдствіе того, что должны были участвовать въ выборахъ, слѣд. нужна была subsortitio. Примѣръ экстраординарной subsortitio мы имѣемъ въ

¹ Sig. 2. 12. In locum vero rejectorum alios sive praetor sive judex quaestionis subsortiebatur.—Schol. Rejectione celebrata et in eorum locum qui rejecti fuerant, subsortitio praetore alios quibus ille judicum legitimus numerus compleretur.—Cic. in Ver. Ac. pr. 10. 30. Subsortiemur etiam in M. Metelli locum, quoniam is huic ipsi quaestioni praefuturus est.—ib. lib. 1. 61. 157.

² Sig. 2. 12. Judices lecti citabantur, quique adesse non poterat, excusationem afferrebat. Эти причины неявки могли быть постоянныя или временныя. Любопытенъ L. 6 § 8 Dig. 27. 1. Philosophos, rhetores, grammaticos, medicos immunes esse a ludorum publicorum regimine, ab aedilitate, a sacerdotio, a receptione militum, ab emptione frumenti, olei et neque judicare, neque legatos esse, neque in militia numerari nolentes, neque ad alium famulatum eos cogi.

процессъ Верреса, а примѣръ ординарной въ дѣлѣ Юн'я, бывшаго председателя *quaestio de sicariis*, который былъ преданъ суду за то, что примѣнялъ право *subsortitio* не въ тѣхъ случаяхъ, въ какихъ предписывалъ законъ. *Subsortitio* производилась председательствующимъ *quaestio* изъ другой декуріи, которая опредѣлялась по жребію городскимъ преторомъ, составлявшимъ общій списокъ присяжныхъ; если *quaesitor* не обращался къ городскому претору на-счетъ *subsortitio*, то имѣло быть нарушение формъ; случаи *subsortitio*, вѣроятно, заносились въ особый протоколъ: Цицеронъ говоритъ, что городской преторъ былъ оштрафованъ за то, что *subsortitionem ejus in codice non haberet*¹. Такимъ образомъ, съ помощью *subsortitio* составлялся *secundum consilium*². Гейбъ полагаетъ, что стороны могли отводить присяжныхъ и изъ *secundum consilium*, т. е. что *subsortitio* допускалось до трехъ-четырехъ разъ. Едва-ли. По мнѣнію римлянъ всякій уголовный процессъ долженъ быть оконченъ³, а съ повторяющеюся нѣсколько разъ *subsortitio* объ его окончаніи и думать было нельзя, такъ-какъ представлялось слишкомъ обширное поле для злоупотребленій, тѣмъ болѣе, что отводъ не мотивировался сторонами. Какъ-только *quodum* былъ составленъ, то лица его составляющія принесли присягу⁴ и на-

¹ Cic. pro Cluent. 33. 91.

² Преторъ опускалъ въ урну *pilae* съ именами присяжныхъ призванной новой декуріи и вынималъ изъ нихъ столько, сколько нужно было для составленія *secundum consilium*.

³ Quint. 372. *Judicia judiciis rescindi non possunt*. — Sen. Contr. 3. 23. *Judex, quam tulit de reo tabellam, revocare non potest: quaesitor non mutabit pronuntiationem suam*.

⁴ Cic. de off. 3. 10. *Quum vero jurato sententia dicenda sit, meminerit deum, se adhibere testem*. — Sig. 2. 12. *li jusjurandum suscipiebant.... jurasse autem eo modo quo judices privatarum causarum....*

зывались съ этого мгновенія *judices* или *jurati*¹. За всѣмъ этимъ, если начинать судоговореніе было уже поздно (какъ это и случилось съ процессомъ Верреса)², то имена присяжныхъ заносились въ особый списокъ, составленный преторомъ *quæstionis*; списокъ этотъ вручался на сохраненіе претору *peregrinus*, который скрѣплялъ его своею подписью; иногда имена присяжныхъ до утра опускались *in arcis*³.

25. На другой день преторо объявлялъ, что «процессъ начинается». Въ дальнѣйшемъ судопроизводствѣ наблюдались два правила: а) *audiatur et altera pars*, и b) *non debet actori licere, quod reo non permittitur*⁴. Преторъ сперва предоставлялъ слово обвинителю; ему отвѣчалъ обвиняемый, а послѣ произнесенія рѣчей судъ приступалъ къ разсмотрѣнію доказательствъ. Мы уже выше видѣли, что обвинитель выступалъ какъ-бы въ роли неофициальнаго прокурора республики: онъ указывалъ судьямъ на тѣ законы, которые нарушилъ подсудимый своими преступленіями, на обычаи предковъ и пр.⁵ Съ глубокимъ чув-

¹ Cic. pro Ros. Am. 3. 7. Deinde a vobis, judices, ut audacium sceleri resistatis....—in Ver. Ac. pr. 10. 30. Manlium et Cornificum.... judices non habebimus; 10. 40..... ut discoloribus signis juratorum hominum sententiæ notarentur...?—pro Cluent. 10. 29. Sentio, judices, vos pro vestra humanitate....

² Cic. in Ver. Act. pr. 6.

³ Sig. 2. 12. Eorum nomina inscripta in arcis reponcebantur.—Ascon. Subscriptionem perfectam jurabant in leges judices ut obstricti religione judicarent. Cum jurassent omnes præter ipsum prætorem, nomina eorum libellis consignabantur ne pro selectis iudicibus ut sit in multitudine aliqui suppositi corruptissime judicarent.

⁴ L. 41. Dig. 50. 17.

⁵ Accusatores officium est inferre crimina.—Quint. 12. 7. Leges ipsæ nihil valeant, nisi actoris idonea voce munitæ et si pœnas scelerum expetere fas non est prope est ut scelera ipsa permissa sint.—Sig. 2. 17. Accusator dicendi potestate accepta actionem instituit.... Contentio non crimen illud solum, quod intendebatur, sed totius

ствомъ народъ, окружавшій форумъ (*corona consessus cinctus*)¹, внималъ словамъ часто знаменитыхъ своихъ ораторовъ, изъ которыхъ нѣкоторые возвышались до идеальнаго пониманія своихъ обязанностей. Errat vehementer, si quis in orationibus nostris, quas in judiciis habuimus, auctoritates nostras consignatas se habere arbitratur. Omnes enim illæ causarum ac temporum sunt, non hominum ipsorum aut patronorum. Nam si causæ ipsæ pro se loqui possent, nemo adhiberet oratorem (Cic. pro Cluent. 50. 139). Обвинителю отвѣчалъ защитникъ². Каждый подсудимый

præteritæ vitæ criminationem complexa est. . . Non solum testimonia adhibuerunt sed etiam argumenta id est ex ipsa re et vita rei superiore sumptas conjecturas, suspiciones, et signa. Omnemque eo industriam suam intendebatur, ostenderent. Id enim erat in quo lex violata objiciebatur. Contentioni inde peroratio gravis et vehemens erat subjecta. Itaque accusatio omnino nihil aliud fuit, quam perpetua oratio ad crimina inferenda atque artificiose composita. Dixit autem accusator quæ voluit et per quot dies legis permisso voluit.

¹ Cic. pro Mil. 1.

² Defensoris officium est diluere et propulsare. — Sig. 2. 18. Accusatione perfecta patroni defensionem aggrediebantur, eo die, qui esset ex lege a prætore concessus. Ceterum ut accusatores crimina inferenda, sic patroni diluenda partitis inter se muneribus suscipiunt, et quoniam tres erant defensionis arces aut factum negare, aut nomen facti aut jure factum probare; si quod firmitus videbatur, factum negassent, ferme testes non dabant, sed orationem adhibebant qua aut testes tabulasque poscebant aut qui producti erant, refutabant.... Principia adhibebant ea, quibus incendium odii ab accusatore conflati restinguerent et amorem judicum reo reconciliarent; narrationes, cum inciderent, ad defensionis rationes accommodabant easque futuræ fidei seminarium statuebant. In contentionem aut vitam rei, si probra affecta fuisset, purgabant, aut si hominum opinione probra fuisset pro argumento innocentie proponebant, atque inde partibus accusationis singulis occurrebant et vulnera ab accusatore facta sanabant. Perorationes vero ejusmodi adhibebant

имѣлъ защитниковъ, хотябы онъ совершилъ изъ ряду выходящее преступленіе. «Народъ желаетъ, обычай допускаетъ, чело-вѣколюбіе требуетъ защиты» — говоритъ Цицеронъ. По древнему праву самъ обвиняемый долженъ былъ защищаться; позже были допущены *patroni*¹, которые своимъ присутствіемъ первоначаль-но только придавали нравственный вѣсъ подсудимому; за ора-торами произносили рѣчи *subscriptores*, которые пополняли о-пущенные главными обвинителями доводы, или же эту обязан-ность выполняли подсказчики (*monitor posticus*). Обязанности ораторовъ были не легки. Квинтиліанъ говоритъ, что обвинить легче, чѣмъ нанести рану, но труднѣе защищать, чѣмъ вылъ-чить. Окончаніе обѣихъ рѣчей возвѣщалось герольдомъ, кото-рый выкрикивалъ: *dixerunt*². Послѣ произнесенія рѣчей³ пере-

ut iis misericordiam commovere contenderent. Cum autem multi dicerent, causa non una die peragi poterat, sed ad multos traducebatur.

¹ Cic. pro Cluent. 40. 110. — Ascon. in Scaur. Post bella civilia, ante legem Juliam, ad duodenos patronos est perventum. — Cic. pro Balbo. 1. 1. Si auctoritates patronorum in judiciis valerent, ab amplissimus Cornelii causa defensa est. — Sig. 2. 10. Reus vestem mutavit et patronos conquisivit. — Cic. in Ver. lib. 1. 1. 3 — Sig. 2. 9. Laudem tamen iis qui aut reipublicae causa aut patrocinii gratia aut paternarum aut propriarum inimicitiarum causa ad accusationem accederent. — ib. 10.... ante bellum civile Caesaris raro quenkum pluribus quam quattuor patronis esse usum; post bellausque ad duodenis patronos esse perventum. Defendorum porro idem quattuor genera facit quorum patronorum eum vocat, qui orator esset et voce causam orandam susciperet....

² Quint. 6. 7. Tanto est accusare quam defendere, quanto facere quam sanare vulnera, facilius.

³ Sig. 2. 17. Asconius etiam viginti dies datos ad accusandum et viginti ad defendendum lege, opinor, Cornelia, scripsit. Помпей даетъ для обвиненія два часа, для защиты — три; онъ уменьшилъ также количество *subscriptor*’овъ, которыхъ въ процессѣ Милона

хѳдили къ altercatio, которая состояла въ томъ, что обвинитель задавалъ краткіе вопросы, на которые долженъ былъ отвѣчать обвиняемый. Altercatio¹ какъ-бы въ конспектъ выясняла обвиненіе, и смягчала то правило, по которому обвинитель не имѣлъ права возраженія, и обвиняемый права опроверженія, альтеркація выясняла темные пункты обвиненія и указывала на ложныя заключенія, въ которыя могла впасть та или другая сторона²; при альтеркаціи высказывалась подготовка оратора въ процессу, его остроуміе, находчивость. За рѣчами и альтеркаціей слѣдовало изложеніе доказательствъ и, прежде всего, допросъ свидѣтелей³. Этотъ порядокъ, т. е. изложеніе доказательствъ послѣ произнесенія рѣчей сторонами, господствовалъ до Помпея⁴: въ процессѣ Милона свидѣтели были подвергнуты допросу до произнесенія рѣчей; съ паденіемъ Помпея вернулся старый порядокъ. Цицеронъ первый сдѣлалъ попытку въ процессѣ Верреса ввести доказательства въ рѣчь, объявивши⁵, что

было два, со стороны обвинителя, Antonius и Valerius; Милонъ же имѣлъ 6 защитниковъ.

¹ Quint. 6. 4. Altercationis praecepta poterant videre tunc inchoanda, quum omnia, quae ad continuam orationem pertinent, peregissem. Altercatio est.... patronorum inter se certamen.

² Ib. Neque perfectus orator sine hac virtute dici potest.... Asperissima in hac parte dimicatio est, nec alibi dixeris magis pugnari..... Nec immerito quidam quamquam indicendo mediocres, hac tamen altercandi praestantia meruerunt nomen patronorum.

³ Cic. in Ver. Ac. pr. 18. 55. Nisi quod in illa tunc, quum omnia dicta sunt, testes dantur.

⁴ Cic. pro Cael. 28. 66. Quos quidem ego, judices, testes non modo sine ullo timore, sed etiam cum aliqua spe delectationis expecto. 8. 19. aiebant enim fore testem senatorem qui se pontificiis comitiis pulsatum... Caelio diceret... 20. Nec tamen illud genus alterum nocturnorum testium pertimesco.

⁵ Cic. in Ver. Ac. pr. 18. 55. Illud a me novum, judices, cognoscetis, quod ita testes constituam ut crimen totum explicem, ut

онъ будетъ излагать свидѣтельскія показанія, не дожидаясь окончанія преній. Со введеніемъ *comperendinatio* иной порядокъ былъ невозможенъ, потому что въ *actio prima* заслушивались свидѣтели, и въ *actio secunda* ораторъ долженъ былъ обозрѣть свидѣтельскія показанія, что тоже ввести ихъ въ рѣчь.

26. Къ числу доказательствъ относились: свидѣтельскія показанія (*testes*), присяга, письменные документы (*tabulae*), улики (*indicia*) и *præsumptiones*. Мы напрасно будемъ искать въ римскомъ правѣ формальной (въ нашемъ смыслѣ) теоріи доказательствъ. Осуждать и жалѣть объ этомъ недостаткѣ мы не можемъ, потому что эта патентованная теорія въ настоящее время почти выброшена изъ всѣхъ европейскихъ законодательствъ, и ужь ни въ какомъ случаѣ не можемъ связывать гласнаго судопроизводства, при которомъ она только связывала бы непосредственное отношеніе къ дѣлу присяжныхъ. Не будучи связанными никакою предвзятою теоріей, присяжные, не смотря на горячую политическую борьбу, выбирали сами то или другое доказательство¹. «Первою обязанностью присяжныхъ, говоритъ Цицеронъ, должно быть то, чтобы они, составляя приговоръ, приняли бы въ разсужденіе всякое временное обстоятельство, обратили бы вниманіе на выгоды государства, на благо гражданъ....». Въ другомъ мѣстѣ онъ замѣчаетъ: «никому еще и въ голову не приходило желаніе ввести въ употребленіе законъ потому только, что онъ законъ....». Этими словами Цицеронъ вполне отрицаетъ всякую формальную теорію доказательствъ. Вотъ по-

ubi id interrogando argumentis atque oratione firmavero tum testes ad crimen accommodem, ut nihil inter illam usitatam accusationem atque hanc novam intersit, nisi quod in illa tunc, quum omnia dicta sunt, testes dantur, hic in singulis res dabuntur, ut illis quoque eadem interrogandi facultas argumentandi dicendique sit.

¹ Quint. 313. Nocentem an innocentem qui scit? Ipsi iudices hoc non pronuntiant, sed se ex animi sui sententia facere profitentur

чему и явились такія правила, — если можно назвать это правилами, — чтобы обвиняемый явился на судъ въ траурѣ, проливалъ бы слезы (*in hoc squalore et sordibus*), чтобы онъ дрожалъ, ползалъ у ногъ судей... *horrentem, tremementem, adulantem omnes*, и чтобы своими *precibus* и *lacrymis* обратилъ на себя *misericordia* судей¹, — этихъ правилъ, конечно, ни одна формальная теорія не рѣшится занести въ свой кодексъ. «Не въ томъ состоитъ обязанность присяжныхъ, говоритъ Цицеронъ, чтобы механически пересчитать доказательства и повѣрить имъ безъ дальнѣйшихъ разсужденій; нѣтъ! Ихъ нужно рассмотреть и провѣрить ихъ достовѣрность; если же допустить одно подобное механическое отношеніе къ доказательствамъ, то не нужно требовать никакого различія между присяжными, потому что дѣло ихъ не будетъ дѣломъ ума, а дѣломъ глаза и уха. Присяжные должны рассмотреть свидѣтельскія показанія; они должны оправдать подсудимаго, если не составили себѣ убѣжденія о виновности его, хотябы и имѣли подъ руками большое количество доказательствъ»². «Лучше оставить безнаказаннымъ виновнаго, чѣмъ осудить невиннаго». Очевидно, Цицеронъ не рѣшается связывать свободу присяжныхъ въ отношеніи оцѣнки судебныхъ доказательствъ³.

27. а. *Testis est dicere quæ sciat aut audierit*⁴. Въ силу своего права собирать доказательства, обвинитель могъ заставить

¹ Sig. 2. 12. — Cic. pro Mur. 41, 90; pro Sulla 33. 93; pro Sestio 69. 144; pro Plancio 42. 102; in Pis. 71. 99; pro Flacco 42. 106. *Miseremini familiæ, iudices, miseremini fortissimi patris, miseremini filii nomen....*

² Cic. pro Font. 10 (6). 22 и 23 (12. 13).

³ L. 5. pr. Dig. 48. 19. *Satius enim esse, impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnare.*

⁴ Sig. 2. 13. *Testimoniorum nomine omnes probationes extrinsecus sumptæ sunt appellatæ quæ etiam expertes artis ab iis qui de*

свидѣтелей явиться *in iudicio*¹, что называлось *testimonium denuntiare* или *denuntiare testibus*² и производилось черезъ *præсо*. Свидѣтели давали показанія *sese arbitrari*, т. е. въ субъективной формѣ³. Если они были свободными гражданами, то

artificio oratorio scripserunt, sunt dictæ. Ib. 15. Testes liberi homines fuerunt qui testimonium extra tormenta dixerunt, quoniam autem non omnibus dicere testimonium licuit propterea ante de testium conditione quærendum est.... Testes sunt a quibus quæritur veritas in iudicio.—Свидѣтели вообще должны быть *rogati*, *cives* и *pubes*, L. 21 § 2. Dig. 28. 1; они не должны быть родственниками той стороны, которая ихъ вызываетъ, должны быть умственно и физически здоровы, § 6 Inst. 2. 10. Свидѣтели призывались *non solum in criminalibus causis, sed etiam in pecuniariis litibus* (L. 1 § 1. Dig. 22. 5), потому что *testimoniorum usus frequens ac necessarius est*, L. 1. pr. ib.

¹ Cic. in Ver. lib. 2. 26. 64. Quod nisi ego meo adventu illius conatus aliquantum repressissem et apud Siculos non Metelli, sed Glabronis litteris ac lege pugnassem: tam multos testes hoc evocare non potuissem.—L. 1 pr. Dig. 22. 5.... et ab his præcipue exigendus, quorum fides non vacillat. § 3 Lex. XII tab. 2.—Но никто не обязанъ былъ вызывать въ качествѣ свидѣтелей тѣхъ лицъ, показанія которыхъ могутъ повредить вызывающему, по правилу: *nemo tenetur edere contra se*; но право свидѣтельствовать есть не только право гражданина, но и обязанность, L. 1 § 1 Dig. 22. 5, т. е. какъ никому нельзя помѣшать свидѣтельствовать на судѣ, такъ никто и не можетъ безнаказанно отказаться отъ явки *in iudicio* въ качествѣ свидѣтеля, впрочемъ только съ однимъ исключеніемъ: *testes non temere evocandi sunt per longum iter*, L. 3 § 6 Dig. 22. 5.

² L. 4 Dig. 22. 5. *Lege Julia.... cavetur, ne invito denuntietur....*—Cic. pro Ros. Am. 38. 110. Si accusator voluerit testimonium eis denunciare.—pro Flac. 15. 35. Non denunciavi.... 6. 14. *testimonii denunciatione terreret.*—in Verr. lib. 1. 19. 51. *in hanc rem testimonia denunciaturum.*

³ Cic. pro Font. 13. 29 (9. 19) *primum illud verbum consideratissimum nostræ consuetudinis, «arbitror», quo nos etiam tunc uti-*

передъ дачей своихъ показаній приносили присягу въ порядкѣ призыва¹, если были рабами—ихъ подвергали пыткамъ съ цѣлю закрѣпить ихъ показанія. Свидѣтели раздѣлялись на два класса: свидѣтели перваго класса должны были необходимо явиться *in judicio*, подѣ страхомъ конфискаціи имущества; исключеніе дѣлалось для лицъ, пользующихся привилегіями, а также для кліентовъ, когнатовъ и свойственниковъ подсудимаго, но если эти лица добровольно явились, то ихъ показанія имѣли одинаковую силу съ показаніями свидѣтелей перваго класса²; вто-

mur, quum ea dicimus jurati, quæ comperta habemus, quæ ipsi vidimus ex toto testimonio suo sustulit atque omnia se scire dixit... Sig. 2 15. *Majores nostri voluerunt ut qui testimonium diceret arbitrari se dicere... quod ipse vidisse.*—Liv. IV. 40. *Sesti Tempani, quero de te arbitreris ne....*

¹ L. 21 § 2 Dig. 22. 5. *Si ea rei conditio sit ubi arenarium testem vel similem personam admittere cogimur, sine tormentis testimonio ejus credendum non est.*—Sig. 2. 15. *Ipsi testes vero respondebant jurati.*—Cic. *pro Font.* 13 (9). 30 (20). *An vero istas nationes religione juris jurandi ac metu deorum immortalium in testimoniis dicendis commoveri arbitramini.*—in *Ver. lib.* 2. 33. 80. *Juratus dicit Timarchidem dixisse majorem ab accusatoribus pecuniam dari; 72. 177. obligentur non solum jurisjurandi atque existimationis periculo sed etiam communi inter se conscientia.*—*pro Cael.* 8. 20. *Graves erunt homines qui hoc jurati dicere audebunt; 22. 54. Habeo, enim, judices, quem vos socium vestrae religionis jurisque jurandi facile esse putamini, L. Lucejum...; ib. 55. ex qua domo recitatur vobis jurejurando devincta auctoritas.* Присяга заключалась въ томъ, что свидѣтель обѣщалъ показывать по чистой истинѣ и ничего не скрывать: *si nihil falsi esse dicturos...* *jurati testes jurati solent non solum ne falsa dicant, verum etiam nequæ vera sunt taceant.*

² Sig. 2. 15. *Testium porro illa divisio fuit, ut alii testimonium sponte dicerent, alii inviti, his lex jubebat ut testimonium denunciaretur accusatore qui uti eorum testimonio cupiebat.*

³ L. 4 Dig. 22. 5. *Lege Julia cavetur ne invito denuntietur ut*

рой классъ составляли свидѣтели добровольныя. Minimum свидѣтелей было два¹, maximum же по различнымъ законамъ было различно, такъ по закону Юлія de repetundis онъ равнялся 120². Наибольшимъ довѣріемъ пользовались свидѣтели de visu. Свидѣтели давали показанія публично, подвергаясь перекрест-

testimonium litis dicat adversus socerum, generum, vitricum, privignum, sobrinum, sobrinam, sobrino natum, eosve, qui priore gradu sint; item ne libero ipsius, liberorum ejus, parentum, viri, uxoris, item patroni, patronae et ut ne patroni patronae adversus libertos neque liberti adversus patronum cogantur testimonium dicere. — L. 5 ib. in legibus, quibus excipitur, ne gener aut socer invitus testimonium dicere cogeretur, generi appellatione sponsum quoque filiae contineri placet, item soceri, sponsae patrem. — L. 6 ib. Idonei non videntur esse testes, quibus imperari potest. — L. 8 ib. Inviti testimonium dicere non coguntur senes, valetudinarii, vel milites, vel qui cum magistratu reipublicae causa absunt vel quibus venire non licet. — Ко второй группѣ относились всѣ тѣ, которые вовсе были лишены права свидѣтельствовать in judicio: L. 3 § 5; L. 21 pr. § 2; L. 15; L. 18; L. 20 Dig. 22. 5, — L. 2 Dig. 1. 9. — Наконецъ, къ третьей группѣ принадлежатъ относительныя запрещенія, т. е. propter reverentiam personarum: L. 9, L. 10, L. 22, L. 24, L. 25 Dig. 22. 5.

¹ L. 12 ib. Ubi numerus testium non adjicitur etiam duo sufficient, pluralis enim elocutio duorum numero contenta est.

² Въ процессѣ Верреса столь много было свидѣтелей, quod Verres et patronus ejus Hortensius testium multitudine territi defensionem sui reliquissent. — Sig. 2. 17. — V. Max. 8. 1. 10. Aemilius Scaurus repetundarum reus adeo perditam et comploratam defensionem in judicium attulit, ut accusator diceret, lege sibi centum atque viginti hominibus denunciare testimonium licere. — Количество свидѣтелей въ большинствѣ случаевъ опредѣлялось преторомъ. L. 1 § 2 Dig. 22. 5. Quamquam quibusdam legibus amplissimus numerus testium definitus sit, tamen ... hæc licentia ad sufficientem numerum testium coarctatur ut iudices moderentur, et eum solum numerum testium, quem necessarium esse putaverint evocari patiantur ne effrenata potestate ad vexandos homines superflua multitudo testium protrahatur.

ному допросу, производимому сторонами въ такомъ порядкѣ, что свидѣтель подвергался сперва допросу той стороны, которая его вызвала¹. Свидѣтельскія показанія заносились въ протоколъ *signatores*, къ которымъ Цицеронъ часто обращается съ такимъ приказаніемъ: *recita hunc ipsum locum de testimonio*²....

¹ Sig. 2. 15. Quoniam vero testes protulit et accusator et defensor, invitos quidem accusator, voluntarios uterque, diligenter quæmadmodum eos interrogarent, animadvertere debuerunt. Fuit enim in interrogando teste summa industriæ oratoriæ laus posita. Quintilianus sic scripsit: quoniam duo genera sunt testium, unum voluntarium, alterum eorum, quibus iudex in publicis judiciis lege denunciare solet. Quorum altero utraque pars utitur, alterum accusatoribus tantum concessum est, qui voluntarium producit, scire, quid is dicturus sit, potest, ideoque faciliorem videtur habere in rogando rationem. Sed hæc quoque pars acumen et vigilantiam poscit; providendumque, ne timidus ne inconstans, ne imprudens sit testis. Turbantur enim et a patronis diversæ partis inducuntur in laqueum.... At in eo qui vero invitatus dicturus est, prima felicitas interrogantis est extorquere quod is noluerit. Hoc non alio modo fieri potest quam longius interrogatione repetita; respondebit enim quæ nocere causa non arbitrabitur.—Ascon. Tenere debemus interrogationes testium et accusatoris et defensoris fuisse et ejus qui producit et ejus contra quem producuntur.—Quint. 5. 7. Maximus patronis circa testimonia sudor est.—Suet. Octav. 56. Testem se in judiciis et interrogari et refelli, æquissimo animo patiebatur.—Cic. pro Flac. 10. 22. Ubi est igitur illa laus oratoris, quæ vel in accusatore antea vel in patrono spectari solebat? Bene testem interrogavit: callide accessit: reprehendit: quo voluit adduxit: convicit et elinguem reddidit.

² Cic. in Verr. lib. 1. 31. 79.—pr. Cæl. 22. 55. Recita Lucceji testimonium.—Ascon. M. Plancus post audita et obsignata testium verba... Quint. 6. 7. Maximus tamen patronis circa testimonium sudor est, ea dicuntur aut per tabulas aut a præsentibus. Simplicior contra tabulas pugna, nam et minus obstitisse videtur pudor inter paucos signatores et pro dissidentia premitur absentia: si reprehensionem non capit ipsa persona, infamare signatores licet; tacita

Допросъ свидѣтелей сперва производился до произнесенія рѣчей сторонами¹, а по закону Помпея *in prima actione*, такъ что при наступленіи *secunda actio* эти показанія прочитывались *scribæ. Recita mihi, quæso, hunc primum libellum.... deinde illum alterum*²... Свидѣтельскія показанія прочитывались и въ томъ случаѣ, если они были даны до рѣчей, слѣд. въ этомъ случаѣ протоколъ былъ еще нужнѣе. Если свидѣтель лично не могъ явиться *in judicio*, то онъ допрашивался на-дому обвинителемъ и его показаніе опять-таки облекалось въ письменную форму³. Могли ли стороны отводить свидѣтелей? Да; римское право насчитываетъ нѣсколько категорій лицъ, которые не могли быть свидѣтелями. Не могли быть свидѣтелями вообще: *improbi et intestabiles*⁴, по закону Юлія *de vi*, осужденные по судебному приговору, обвиняемые въ преступленіи⁵, непотребныя жен-

præterea quædam cogitatio refragatur his omnibus, quod nemo per tabulas dat testimonium, nisi sua voluntate: quo ipso non esse amicum ei se contra quem dicit fatetur,—однако alia auctoritas præsentium testium, alia testimoniorum quæ recitari solent. L. 3 § 4 Dig. 22. 5.

¹ Sig. 2. 15. *Interrogatio testium ipsam accusationem præcessit, id quod cum aliis legibus cautum est, tam Pompeja de vi.... Alia leges post causam actam testis dari voluerunt, ut lege Cornelia de repetundis in Verrem Cicero.*

² Cic. in Verr. lib. 2. 74. 185.

³ Въ уголовномъ процессѣ старались избѣгать письменныхъ свидѣтельскихъ показаній, см. L. 3 § 3 Dig. 22. 5.

⁴ Gell. 15. 13. *Quæ si testatior erit libripensve fuerit, ne testimonium feriat, improbus, intestabilisque esto... Intestabilis autem est, ut inquit Cajus, et qui lege jubetur, ne ejus testimonium recipiatur, neve ipsi dicatur testimonium.—§ 6 Inst. 2. 10.*

⁵ L. 3 § 5 Dig. 22. 5. *Lege Julia de vi cavetur ne hac lege in reum testimonium dicere liceret, qui se ab eo parenteve ejus liberaverit, qui impuberes erunt, quique judicio publico damnatus erit qui eorum in integrum restitutus non erit, quive in vinculis custo-*

щины¹, малолѣтніе², либерты противъ своего патрона³, нисходящіе противъ восходящихъ⁴ и защитники обвиняемаго⁵. Малолѣтніе позже рассматривались какъ свидѣтели подѣ сомнѣніемъ⁶. Находились подѣ сомнѣніемъ: состоявшіе съ обвиняемымъ въ дружбѣ или враждѣ⁷, или относительно которыхъ существуетъ подозрѣніе, что они отъ того или другого исхода процесса ожидаютъ для себя выгоды или невыгоды, или относительно которыхъ существуютъ подозрѣнія, что они подкуплены одною изъ сторонъ, *testes de auditu*⁸, клятвспреступники⁹, потерявшіе

diave publica erit, quive ad bestias ut depugnaret, se locaverit, quæve palam quæstum faciet feceritve, quive ob testimonium dicendum pecuniam acceperitve judicatus vel convictus erit.—L. 2 Dig. 1. 9... non putat ei permittendum qui propter turpitudinem senatu motus, nec restitutus est, judicare vel testimonium dicere, quia lex Julia repetundarum hoc fieri vetat.—L. 15 и 18 Dig. 22. 5.

¹ L. 3 § 5 Dig. ib. Alii vero propter notam et infamiam vitæ suæ admittendi non sunt ad testimonii fidem.

² ib.

³ L. 4 ib.

⁴ L. 9 ib.

⁵ Cic. in Ver. lib. 2. 8. 24. Nonne multa mei testes quæ tu scis (Hortensi), nesciunt? nonne te mihi testem in hoc crimine eripuit non istius innocentia, sed leges exceptio?

⁶ L. 15 § 1 Dig. 48. 18. De minore quoque quatuordecim annis in caput alterius quæstionem habendam non esse... maxime quam nullis extrinsecus argumentis accusatio impleatur.

⁷ Cic. pro Fontejo 11 (7). 23 (13). quorum virtuti, generi, rebus gestis fidem et auctoritatem in testimonio cupiditatis atque inimicitiarum suspicio derogavit. 12 (8). 26 (16). Si inimico testi credi non oportuit.

⁸ Cic. pro Plane. 23. 57. Nihil est autem tam voluere quam maledictam: nihil facilius emittitur, nihil citius excipitur, latius dissipatur... oramus, hujus illa vox vulgaris «audivi» ne quid innocenti reo noceat.

⁹ L. 13 Dig. 22. 5.

честь вслѣдствіе легкомысленнаго поведенія¹, греки и азіатцы². При оцѣнкѣ свидѣтельскихъ показаній вообще принимали во вниманіе личное достоинство свидѣтелей, *ordo*, къ которому онъ принадлежалъ, его положеніе въ государствѣ, т. е. какую онъ несъ магистратуру, его имущественное положеніе, т. е. самостоятеленъ ли онъ или нѣтъ и пр.³. Но всѣ эти правила нисколько не стѣсняли присяжныхъ при оцѣнкѣ свидѣтельскихъ показаній⁴; нерѣдко отношеніе присяжныхъ къ свидѣтельному до-

¹ Cic. pro Flac. 15. 34. Etiamne praëconem mentiri coegisti? Est enim, credo, is vir iste... damnatus turpissimis judiciis domi, notatus litteris publicis, cujus de probris, adulteriis ac stupris exstant Acmonensium litteræ, quas ego non solum propter longitudinem, sed etiam propter turpissimam obscenitatem verborum prætereundas puto.—§ 27 Lex XII tab. 8. угрожаетъ infamia тѣмъ, qui se sierit ante testarier libripensve fuerit, ni testimonium fatiatur.

² Cic. pro Flacco. 4. 9. Testimoniorum religionem et fidem numquam ista natio coluit, totiusque hujusce rei quæ sit vis, quæ auctoritas, quod pondus ignorant; 5. 11. Græcus testis quum ea voluntate processit, ut lædat, non jurisjurandi, sed lædendi verba mediat. ... vinci, refelli, coargui putat esse turpissimum; 27, 66.

³ L. 3 pr. Dig. 22. 5. Testium fides diligenter examinanda est. Ideoque in persona eorum exploranda erunt in primis conditio cujusque, utrum quis decurio, an plebejus sit, et an honestæ et inculpatae vitæ, an vero notatus quis et reprehensibilis an locuples vel egens sit, ut lucri causa quid facile admittat, vel an inimicus ei sit adversus quem testimonium fert, vel amicus ei sit, pro quo testimonium dat; nam si careat suspicione testimonium vel propter personam, a qua fertur, quod honesta sit, vel propter causam quod neque lucri, neque gratiæ, neque inimicitiae causa sit, admittendus est. — Вотъ почему образовалось правило: non tam numeranda quam ponderanda sunt testimonia.

⁴ L. 21 § 3 ib. Confirmabitque judex motum animi sui ex argumentis et testimoniis et quæ rei aptiora et vero proximiora esse compererit; non enim ad multitudinem respici oportet, sed ad sinceram testimoniorum fidem et testimonia, quibus potius lex verita-

казанію напр. зависѣло отъ того: заподозрѣваетъ ли сторона безпристрастіе свидѣтеля? Какъ онъ даетъ свое показаніе: спокойно или нѣтъ? Нельзя слѣд. сказать, чтобы письменнымъ свидѣтельскимъ показаніемъ давали больше вѣры, — совершенно напротивъ: свидѣтельское письменное показаніе теряло свою обязательность, свою душу, свое непосредственное вліяніе на присяжнаго, хотя-бы въ томъ отношеніи, что присяжный не могъ сдѣлать заключенія о томъ: говоритъ ли спокойно свидѣтель или нѣтъ, не краснѣетъ ли онъ, не блѣднѣетъ ли?¹. — Эксперты рѣдко вызывались для дачи своихъ заключеній и это потому, что раздѣленіе судопроизводства на *in jure* и *in judicio* позволяло сторонамъ условиться между собою о выборѣ *judex*'а, удовлетворяющаго въ то-же время и качествамъ свѣдущаго чело-вѣка; впрочемъ для разрѣшенія *controversiæ agtorum* вызывались *agrimensores*, которые *controversiæ de fine* разрѣшали съ точки зрѣнія технической, по *controversiæ de loco*, часто вызывающія разрѣшеніе чисто правовыхъ вопросовъ, непременно должны быть предоставлены *judex*'у, который за совѣтомъ могъ прибѣгнуть къ *agrimensores*; противъ *agrimensor*'а, причинившаго *dolo malo* или *lata culpa* одной изъ сторонъ ущербъ неправильнымъ разрѣшеніемъ *controversiæ*, преторъ выдавалъ *actio in factum* (Dig. 11. 6).

tis assistit. — Cic. pro Font. 10. 21 (6. 11). *Potest igitur testibus judex non credere? Cupidis et iratis et conjuratis et ab religione remotis, non solum potest sed etiam debet.*

¹ Cic. pro Flacco 4. 10. *Nihil dixit quod læderet quum cuperet, impediēbat enim religio: tamen id quod dixit, quanto cum pudore, quo tremore et pallore dixit.* — По закону XII таблицъ свидѣтели за ложныя показанія подвергались сверженію «*e saxo Tarpejo*» (Gell. XX. 1. 53); это наказаніе не примѣнялось въ теченіи республиканскаго періода (L. 25 Dig. 48. 19) и было замѣнено другими, § 1 P. Sent. 5. 23; § 2 ib. 25 и § 5 ib. 15.

28. Показанія рабовъ¹ закрѣплялись пыткой (*quaestio*)². До закона Помпея рабовъ пытали до произнесенія рѣчей; послѣ 702 г., такъ-какъ свидѣтели давали показанія на судѣ до произнесенія рѣчей, пытка рабовъ происходила параллельно съ дачей свидѣтельскихъ показаній. Рабъ не могъ свидѣтельство-
вать противъ своего господина³, исключеніе дѣлалось въ томъ

¹ Рабовъ подвергали пыткѣ *non solum in criminalibus causis, sed etiam in pecuniariis litibus*, въ послѣднемъ случаѣ тогда, *si aliter veritas inveniri non possit* (L. 9 pr. Dig. 48. 18). Въ уголовныхъ процессахъ пытка допускалась безъ особенныхъ затрудненій, потому что *servi quoties dominis suis auxilium ferre possunt, non debent salutem eorum suam antepone* (L. 1 § 28 Dig. 29. 5); вотъ почему всѣ рабы убитаго господина, жившіе *sub eodem tecto*, должны быть подвергнуты пыткѣ (§ 26 ib.); *eodem tecto* понимается въ самомъ широкомъ смыслѣ: «*unde vocem exaudire potuerunt*» (§ 27 ib.); если убить *paterfamilias*—подвергались пыткѣ рабы его жены и сына (§§ 14 и 15 ib.); если убить *dominus in itinere*—подвергались пыткѣ всѣ его сопровождавшіе рабы (§ 31 ib.).—Не подвергались пыткѣ рабы *defecti ætate* (L. 3 § 7 ib.), *surdi* (§ 8 ib.), слѣпые (§ 9), вѣдые (§ 10), *furiosi* (§ 11) и «*impubes vel ancilla nondum viripotens*» (L. § 32 ib.).

² Sig. 2. 14. *Quæstiones fuerunt testimonia servorum vi tormentorum expressa. Itaque propria accusatoris fuerunt ut reum ex dictis servorum convinceret. Itaque accusator, uti primum quæstor cum iudicibus assedit, servos rei in quæstionem postulare consuevit et ab eo datos in tormentis habere.*—L. 1. pr. Dig. 48. 18. In criminibus eruendis quæstio adhiberi solet.

³ De servis nulla quæstio est in dominos.—Cic. pro Ros. Am 28. 78. Omnia, iudices, in hac causa sunt misera atque indigna, tamen hoc nihil neque acerbius neque iniquius proferri potest: mortis paternæ de servis paternis quæstionem habere filio non licet; 41. 120.—pro Milone 22. 59. Sed quæstiones urgent Milonem, quæ sunt habitæ nunc in atrio libertatis. Quibusnam de servis? rogas? de P. Clodii. Quis eos postulavit? Appius. Quis produxit? Appius. Unde? ab Appio. Di boni! quid potest agi severius! De servis nulla lege quæstio

случаѣ, когда господиѣ обвинялся въ религіозномъ¹ или государственномъ преступленіи², въ-особенности по обвиненію въ *perduellio*. Показанія рабовъ, данныя ими подъ пыткой, записывались³,

est in dominum nisi de incestu, ut fuit in Clodium. Proxime deos accessit Clodius, propius quam tum quum ad ipsos penetrarat, cuius de morte tamquam de caerimoniis violatis quaeritur. Sed tamen majores nostri in dominum de servo quaeri noluerunt, non quia non posset verum inveniri, sed quia videbatur indignum et domini morte ipsa tristius.—*pro Dejot. 1. 3. Nam quum more majorum de servo in dominum ne tormentis quidem quaeri liceat, in qua quaestione dolor elicere veram vocem possit etiam ab invito, exortus est servus qui quem in eculo appellare non posset, eum accuset solutus.*—Рабы не могли быть подвергаемы пыткамъ вѣ dominos даже вѣ pecuniariis litibus, § 5 P. Sent. 5. 16.; L. 18 § 6 Dig. 48. 18; хотя-бы dominus согласился на то, § 7 ib. servus, nec si a domino ad tormenta offeratur, interrogandus est.—Послѣ пытки рабы иногда конфисковались вѣ пользу государства, L. 27 § 11 Dig. 48. 5. jubet lex, eos homines, de quibus quaestio ita habita est, publicos esse (§§ 12—14 ib.), вѣ тѣхъ-ли видахъ, ne dum timeant se in reorum potestatem regressuros obdurent in quaestione (§ 11 ib.), или ne dum hi sperant se in potestatem dominorum reversuros, si negaverint, spe meriti collocandi in mendacio perseverrent (§ 13 ib.).

¹ Cic. pro Mil. 22. 59.

² Sig. 2. 14. Ceterum servi contra dominos torqueri non poterant, excepta causa incestus et conjurationis; такъ же вѣ случаѣ обвинения вѣ adulterium, L. 5 Dig. 48. 18; такъ-же вѣ томъ случаѣ, cum enim in socium caedis socius postularetur, de communi servo habendam quaestionem, L. 17 § 2 Dig. ib., и вѣ томъ случаѣ, когда cognitionis susceptae tempore alienus fuit: licet postea rei sit effectus, torqueri in caput posse, L. 1 § 14 Dig. ib.; подвергались пыткамъ рабы и того, qui servum ideo comparaverit, ne in se torqueretur, restituto pretio, potuit interrogari, § 7 P. Sent. 5. 16.

³ Sig. 2. 14. Quaestione habita et in tabellas relata, tabulae obsignantur, ubi ibidem Cicero (pro Milone): nam tabellae quaestionis plures proferantur quae recitate vobisque editae sunt illae ipsae, quas tum obsignata esse dixi.

потому что пытка производилась за форумом¹. Въ республиканскій періодъ рабовъ подвергали пыткѣ съ цѣлю закрѣпленія данныхъ ими свидѣтельскихъ показаній; но уже въ процессѣ Милона замѣчаемъ отступленіе отъ этого взгляда: пытка пріобрѣтаетъ характеръ выжиманія свидѣтельскаго показанія, но рабы, по выраженію Сенеки, *in convitiis loquebantur, sed in tormentis tacebant*². Если рабъ выступалъ свидѣтелемъ не противъ своего господина, а противъ другаго свободнаго гражданина, то нужно было заручиться согласіемъ господина для того, чтобы подвергнуть его пыткѣ, и въ этомъ случаѣ способы пытки непременно зависѣли отъ согласія обѣихъ сторонъ³. Пытка производилась за форумом⁴. Порядкомъ пытки завѣдывалъ

¹ *Ib.* Quæstio autem habita est in eculeo... 3. 17. Eculeus casta fuit lignea, cochleata ad intendum ac remittendum apta atque ad torquendos homines ut facti veritas eliceretur, instituta.

² Seneca. Ep. 47.

³ Иногда обвинитель подвергалъ пыткѣ рабовъ, Cic. pro Mil. 22. 59; иногда обвиняемый подвергалъ ихъ пыткѣ въ доказательство своей невинности, Cic. pro Ros. Am. 28. 77; иногда пытка зависѣла отъ усмотрѣнія судей, L. 1 § 4 Dig. 48. 18 и L. 7 *ib.* Можно было подвергать пыткѣ и чужихъ рабовъ (L. 9 pr. Dig. 48. 18, *licet itaque et de servis alienis haberi quæstionem*), но подъ условіемъ: certo pretio servum æstimatum in quæstionem dari interposita stipulatione, receptum est, L. 13 *ib.*; наконецъ надо замѣтить, что si servus ad hoc fuerit manumissus, ne torqueatur, quæstio de eo nihilominus haberi potest, § 9 P. Sent. 5. 16.

⁴ Cic. pro Mil. 22. 59. Sed quæstiones urgent Milonem quæ sunt habitæ in atrio libertatis. — Иногда dominus подвергалъ рабовъ пыткѣ у себя въ домѣ при гостяхъ; но эти вымученныя показанія должны быть записаны и подлинность ихъ должна быть удостоверена приложеніемъ печати и подписью всѣхъ присутствующихъ при пыткѣ. Описаніе такой пытки, произведенной въ домѣ господина, см. у Cic. pro Cluent. 63. 176—177; 66. 186. — Способы пытки у Val. Max. 8. 4. Pluribus laceratus verberibus, eculeoque

tortor (carnifex) изъ рабовъ, такъ-какъ къ должности палача римляне относились съ презрѣнiемъ, поэтому самъ tortor никогда не жилъ въ Римѣ, а за эсквилинскими воротами. Такъ-какъ въ развитiи пытки мы замѣчаемъ два періода, то нельзя согласиться съ Ф. Эли, который относитъ пытку къ числу судебныхъ доказательствъ — въ республиканскій періодъ она примѣнялась къ рабамъ и была средствомъ подкрѣпленiя свидѣтельскаго показанiя¹; если считать ее однимъ изъ судебныхъ доказательствъ, то почему же не отнести въ разрядъ ихъ ту присягу, которую

impositus, candentibus etiam laminis ustus, omnem vim accusatio-
nis, custodia rei salute subvertit; такъ-же у Sig. 3. 17. Tormenti
vero genus erat huiusmodi, ubi catastae huic brachia, pedesque ejus,
qui torquendus erat, nervis quibusdam, quae fidiculae dicebantur, al-
ligaverant, tum catasta intenta, atque in altum erecta, ut ex eo
quasi ex cruce quadam miser ille penderet. Primum compagem ip-
sam ossium illius divellebant, deinde candentibus ejusdem corpori
laminis admotis, atque bisulcis ungulis ferreis lateribus laniatis do-
loris acerbetatem augebant. — Одного и того-же субъекта не под-
вергали пыткамъ во второй разъ; не такъ было въ императорскій
периодъ: repeti posse quaestionem divi fratres rescripserunt, такъ
что sexies et octies tortus pernegavit. Количество рабовъ, которые
имѣютъ быть подвергнуты пыткамъ, каждый разъ опредѣлялось пре-
торомъ и его совѣтомъ. Асковiй рассказываетъ, что Domitius qua-
sitor Milonem de vi reum adesse jussit apud Demitium; Appius ac-
cusator postulavit a Milone servos exhiberi numero quatuor et quin-
quaginta, et cum ille negaret, eos, qui nominabantur, in sua pote-
state esse, Domitius ex sententia judicum pronuntiavit ut ex servo-
rum eorum numero accusator, quot vellet, ederet.

¹ Тѣмъ болѣе въ виду L. 1 § 23 Dig. 48. 18. Quaestioni fidem
non semper, nec tamen nunquam habendam... etenim res est fra-
giles et periculosa et quae veritatem fallat; alii tanta sunt im-
patientia ut quovis mentiri, quam pati tormenta velint; ita fit,
ut etiam vario modo fateantur, ut non tantum se, verum etiam
alios comminentur. — L. 7 Dig. 22. 5. Servi responso tunc creden-
dum est, quum alia probatio ad eruendam veritatem non est. — L. 20

приносили свободный гражданинъ, въ качествѣ свидѣтеля? Позже, въ концѣ республиканскаго періода, когда къ дачѣ свидѣтельскихъ показаній стали допускать *humiliores*¹, показанія которыхъ находились *in dubio*, — съ согласія сторонъ ихъ показанія также закрѣплялись пыткой. Юлій Цезарь, увеличившій наказанія за различныя преступленія, между прочимъ, постановилъ правиломъ всѣхъ обвиняемыхъ въ преступленіи *de majestate* пытать², что составляетъ переходную ступень къ новому времени. Въ императорскій періодъ изъ этого правила дѣлаются только исключенія, напр., для *clarissimi, milites* и пр.

29. Послѣ того какъ свидѣтели дали свои показанія, выступали *laudatores*, которые произносили похвальное слово въ пользу обвиняемаго или обвинителя³. *Laudatores* нельзя относить къ свидѣтелямъ, потому что они не удовлетворяли тому главному требованію, которое законъ предъявлялъ къ свидѣтелямъ. *Laudatores* говорили въ пользу или во вредъ обвиняемаго,

Dig. 48. 18. *Quaestione illicite habita, unius testimonio non esse credendum.*

¹ L. 10 pr. Dig. 48. 19. *In servorum persona ita observatur, ut exemplo humiliorum puniantur.*

² § 1 P. Sent. 5. 29. *Lege Julia majestatis nulla dignitas a tormentis excipitur.*—L. 10 § 1 Dig. 48. 18. *Sed omnes omnino in majestatis crimine, quod ad personas principum attinet, si ad testimonium provocentur, quum res exigit, torquentur.*—За исключеніемъ этого преступленія *ingenui* и *liberti* могли быть подвергнуты пыткамъ даже въ качествѣ свидѣтелей при *capitalia et atrociora maleficia*, L. 8 Dig. 48. 18, но *in ea causa, in qua nullis reus argumentis urgebatur, tormenta non facile adhibenda sunt*, но во всякомъ случаѣ не могли быть подвергнуты пыткамъ беременныя женщины, L. 3 Dig. 48. 19, и *minores XIV annis*, L. 10 Dig. 48. 18.

³ Sig. 2. 19. *Moris etiam fuit, ut rei praeter patronos laudatores etiam adhiberent. Hi fuere aut cives summa auctoritate viri, qui in periculo capitis vitam rei in judicio laudarunt; aut municipes rei quos municipia suo publico nomine ejus officii causa Romam mise-*

говорили о его добродѣтеляхъ или порокахъ, воспоминали услуги, оказанныя той или другой стороной государству. *Testimonia publica* давались или городомъ или корпораціей (напр. въ преступленіяхъ по должности), въ интересахъ которой находилась поддержка обвиненія. Городъ или корпорація посылали въ Римъ *in iudicio* посольство изъ уважаемыхъ гражданъ и въ этомъ случаѣ оно подвергалось на судѣ перекрестному допросу, или *testimonia publica* облекали въ письменную форму. *Laudationes* являлись въ двоякой формѣ: какъ *laudationes publicae*, — къ нимъ примѣняется все сказанное о *testimonia publica*, т. е. отъ городовъ и корпорацій посылались или депутаціи или же представлялся письменный документъ, который прочитывался защитникомъ во время произнесенія имъ своей рѣчи; и какъ *laudatio privata*, содержаніе которой была похвала обвиняемому, произносимая почтеннымъ, уважаемымъ лицомъ; весьма часто такая похвала шла въ-разрѣзъ съ свидѣтельскими показаніями и, конечно, приобрѣтала большую силу, если находилась въ со-

runt; aut homines provinciales, quos singulae provinciarum civitates ab eo administratae cum publica laudatione ad sublevandum rei periculum miserunt... Haec autem laudatio aliquando defensionis praeposita est, aliquando in ea inferta nonnumquam etiam ipsam est defensionem subsequuta. Praecessit ut pro Flacco... laudationem quam nos ab Acmonensibus Flacco datam proferebamus, falsam esse dicebat. Intexta est in defensione Cluentii: municipes eum verbis publice laudant, ut non solum testimonium suum iudiciumque significant, verum etiam curam animi ac dolorem quae dum laudatio recitatur, vos, quaeso, qui eam detulistis, assurgite. Post defensionem, ut de Scauro Asconius: laudaverunt Scaurum consulares novem, iuter quos Pompejus quoque, unus praeterea adolescens laudavit Faustus Cornelius. Is in laudatione multa humiliter loquutus non minus audientes permovit, quam Scaurus ipse permoverat. Et pro Coelio: Puteolani municipes equites Rom. cum legatione ad hoc iudicium et cum gravissima atque ornatissima laudatione miserunt.

гласіи съ ними; похвала почти всегда излагалась устно, весьма рѣдко письменно, — и тогда она включалась въ рѣчь защитника. *Laudator* приносилъ присягу и говорилъ вслѣдъ за свидѣтелями; число *laudatores* было велико, — не менѣе 10 more majorum¹. Въ концѣ республиканскаго періода *laudatores* потеряли свой первоначальный характеръ и сдѣлались злоупотребленіемъ, вотъ почему Помпей желалъ ограничить примѣненіе этого института². Эта попытка Помпея пала вмѣстѣ съ нимъ, но зато и *laudationes* никогда больше не возвратили свой нравственный характеръ: онѣ сдѣлались бессмысленной формальностью, значеніе которой очень хорошо понимали и судьи и присяжные.

30. b) Въ силу полученнаго отъ претора *lex* обвинитель могъ собирать всѣ нужныя для него доказательства³. Всѣ усилія обвинителя нерѣдко были направлены къ тому, чтобы захватить до-

¹ Cic. in Verr. lib. 5. 22. 57. In iudiciis, qui decem *laudatores* dare non potest, honestius est ei nullum dare, quam illum quasi legitimum numerum consuetudinis non explere.

² Val. Max. 6 2. Nam quum Cato in senatorem nocentem et infamem ream iudex sedisset, tabellæque Cn. Pompeji *laudationem* ejus continentes prolatae essent, submovit eas e quæstione, legem recitando qua tantum erat, ne senatoribus tali auxilio uti liceret.

³ Cic. in Ver. lib. 1. 6. 16. Vim in inquirendo tantam habui, quantum mihi *lex* dabat...—lib. 2 74. 182. Scrutatus sum quæ potui et quæsi omnia...—lib. 1. 23. 60. Habeo et istius et patris ejas accepti tabulas omnes...—lib. 4. 66. 148 и 149. Retinere incipit tabulas Theomnastus quidam homo ridicule insanus... Hic ego postulare cœpi, ut mihi tabulas obsignare ac deportare liceret. Ille contra dicere: negare esse illud SC-tum, in quo prætor appellatus esset, negare id mihi trade oportere. Ego legem recitare omnium mihi tabularum et litterarum fieri potestatem. Ille furiosus urgere nihil ad se nostras leges pertinere; prætor intelligens negare sibi placere... id me Romam deportare. Quid multa? nisi vehementius homini minatus essem, nisi legis sanctionem pœnamque recitassem, tabularum mihi potestas facta non esset.

машнія приходо-расходныя книги, *tabulae vel codices accepti et expensi*, обвиняемаго, которыя имѣли огромное значеніе, напр. въ преступленіяхъ по должности; эти книги велъ каждый зажиточный гражданинъ¹. Въ-силу того-же *lex* обвинитель могъ заставить каждаго гражданина выдать не только свои *tabulae*, но и всякій письменный актъ, который, по мнѣнію обвинителя, имѣлъ отношеніе къ дѣлу². Документы какъ частныя, такъ и публичныя не сразу заняли опредѣленное положеніе въ ряду судебныхъ доказательствъ: показанія давались устно, такъ-что Титъ Ливій, передавая отдаленныя событія римской исторіи, по справедливости могъ замѣтить, что *parae per ea tempora litterae erant* (Liv. VII. 3). Въ началѣ республиканскаго періода нѣкоторые акты, имѣющіе значеніе для всего общества, необходимо должны были подвергнуться регистраціи, напр. легитимация *per oblationem curiae* отмѣчалась въ особыхъ спискахъ

¹ Sig. 2. 16. *Tabularum vero nomine omne genus scripturarum appellabant, quo causam confirmare suam possent; in primis autem erant tabulae dati et expensi, quas accusator a reo postulabat in certis causis... Fuerunt etiam tabulae actionariae, in quibus argentarii, quarum rerum auctio futura esset, perscripserant. Fuere etiam pactionales, in quas obsignatas pacta referebantur.* — Cic. pro Ros. Com. 1. 1. Erit in illius tabulis hoc nomen at in hujus non erit. 3. 9. Utrum caetera nomina in codicem accepti et expensi digesta habes an non? Si non, quo modo tabulas conficis? — in Ver. lib. 1. 23. 60. Habeo et istius et patres ejus accepti tabulas omnes, quas diligentissime legi atque digessi, patris quod vixit, tuas quoad ais te confecisse. — pro Cluent. 30. 82. Confecit tabulas diligentissime Cluentius. 14. 41. testamentum in alias tabulas transscriptum signis adulterinis obsignavit.

² L. 2 § 2. Dig. 49. 14... toties edenda esse instrumenta, quoties de jure capiendi vel de jure dominii vel de aliqua simili re numaria quaeratur, non si de capitali causa agatur. — Cic. in Verr. lib. 2. 74. 182.