

**РОЛЬ КВИРИТСКОГО ПРЕТОРА
В СОЗДАНИИ НОРМ
РИМСКОГО ЧАСТНОГО ПРАВА
ПРЕДКЛАССИЧЕСКОГО
ПЕРИОДА**

Римское право классического периода следовало принципу, согласно которому юридическое правомочие лица основывалось прежде всего на исковой защищенности принадлежащего лицу права. "Иски есть не что иное, как право лица осуществлять судебным порядком принадлежащее ему требование" (D. 44. 7. 51; I. 1. 4. 6. pr). То есть правомочие лица было основано не на общей норме, непосредственно связанной с возможностью судебной защиты этого правомочия, а наоборот¹. Поэтому римское частное право "может быть охарактеризовано как система исков"².

Такое положение требует рассмотрения процесса создания "правил", упоминаемых Павлом в цитированной книге Дигест. Этот процесс, как известно, активно проходил в предшествующую эпоху и свое формальное выражение получал посредством власти преторов. Это стало возможным, поскольку претора в эпоху Республики стала издавать такие "правила", точнее говоря исковые формулы, и защищать их правовую силу своей властью.

В *Noctes Atticae* Авл Геллий (XVI.10.8) упоминает *lex Aebutia* для стороны в случае утраты права на *legis actio*. Институции Гая (Inst. 4. 30) и фрагмент Авла Геллия (XVI.10.8) - единственные источники, в коих упоминается *lex Aebutia*. Уже в конце XIX в. в романистике было распространено мнение о том, что *per legem Aebutia et duas Iulias* (Gai. Inst. 4. 30) не отменили процесс *per legis actionis*, установив вместо него формулярный процесс. Скорее всего процесс *per formulas* получил законную силу в тех случаях, где уже имела место фактически формулярная система; т.е. где формула являлась, наряду с традиционной *litis contestatio* основанием для судебного решения. Этот новый процесс и занял в дальнейшем ведущее место³. В начале XX столетия в литературе продолжала обсуждаться проблема *lex Aebutia*. Ряд ученых пришел к выводу, что городской претор до издания закона Эбуция на основании своего *imperium* давал гражданам формулы, вставляя их в свой эдикт, а закон Эбуция лишь превратил их в *iudicia legitima*⁴. Эта точка зрения возобладала к середине XX в. В 60-х годах нашего века итальянский романист Аранжио-Руис высказал мнение о том, что

¹ D. 50.17. 1. Paul.: "Не на основании общего правила должно устанавливаться конкретное правомочие, но на основании конкретных правомочий создается правило".

² Римское частное право. М., 1918. С. 10.

³ См.: Институции Гая. / Пер. Ф. Дыдынского. Варшава. 1898. С. 393.

формулы были изобретены peregrinским претором и до *lex Aebutia* не могли применяться в случаях, где обе стороны были квинритами. Следовательно, консенсуальные договоры, которые всегда основывались на преторских формулах, в республиканский период могли иметь исковую защиту лишь в случаях, где одна из сторон по договору была peregrinom⁵.

Мнение немецкого исследователя М.Казера заключалось в том, что *lex Aebutia* санкционировал первое вторжение формулярного процесса в сферу *legis actio*, однако формулярный процесс был поначалу ограничен сферой действия *legis actio* и не применялся при *condictio*⁶. Приблизительно в это же время в серии своих работ *lex Aebutia* рассматривает А.Уотсон⁷. Он полагал, что упоминание Гаем (*Inst.* 4. 30) вовсе не говорит, что законы Эбуция и Юлия ввели формулу, хотя они отменили легисакционный процесс посредством введения формулы. Фрагмент Гая означает только, что были созданы иски для формул, причем уже очень обычных для правовой практики. Законы XII таблиц установили *legis actio* для определенных случаев. При этом стороны могли использовать обе формы по своему выбору. Добросовестный ответчик с нереальными видами на защиту должен был предпочесть *legis actio*, в надежде, что истец сделает ошибку. Недобросовестный же истец, в свою очередь, также должен предпочитать *legis actio*, чтобы исключить *exsertio* (невозможна при *legis actio*: *Gai.* *Inst.* 4. 108). В результате легисакционный процесс был очень непопулярен, что усугублялось тем, что возбуждался он только на основе буквального значения слов закона. Гай не мог это игнорировать, но его должна была интересовать не ликвидация процессуальных несоответствий, а развитие права в результате. А.Уотсон полагает, что уже "около 200 года до Рождения Христа использовались две формы процесса: старое *legis actio* и более свежая *formulae*"⁸.

Анализ первоисточников, концепций иностранных и отечественных авторов позволяет сделать ряд обобщений и выводов по проблеме введения формулярного процесса. Древнейшим видом влияния в области гражданского права являлась *causae cognitio* (личное исследование тяжбы) магистрата. Магистрат производил по чьей-либо жалобе личное расследование обстоятельств дела и издавал безусловный приказ (*decretum*). Приказ исполнялся посредством *multae dictio* (штраф), *pignoris capio* (залог по приказу магистрата), позднее *missio in possessionem* (ввод во владение имуществом). В этой форме осуществляли свою деятельность еще до преторов - консулы⁹.

Известно, что мотивом учреждения претуры явилось то обстоятельство, что консулы не имели возможности участвовать во внутренней гражданской жизни (*D.* 1. 2. 2. 27; *Liv.* VI. 42). Претор, как и консул, был наделен властью (*imperium*) и был его младшим коллегой. Для преторов внутренние проблемы жизни Рима являлись не единственными, а преимущественными, ибо они имели даже военную власть и бывали во главе легионов (*Plut.*

⁴ *P.F.Girard.* Manuel élémentaire de droit romain. Paris. 1911. P. 996 - 997.

⁵ *Arangio-Ruiz.* Istituzioni di diritto romano. 14 edit. Napoli, 1968. P. 121.

⁶ *Kaser M.* Das römische Zivilprozess. München, 1966. S. 109, 114.

⁷ *Watson A.* Consensual *societas* between romans and the Introduction of *formulae* // RIDA. 3 ser. 1962. P. 434, 435.

⁸ *Watson A.* Roman law around 200 B.C. Edinbourg, 1972. P. 161.

Cato. 2; *Liv.* XXIII. 48 - 49). Претуре была вверена *iusdictio* в широком смысле и как ее следствие - участие в гражданских процессах. *Jus dicere* означает вообще регулировать гражданскую жизнь посредством *imperium*, поэтому самые разнообразные приказания претора могут быть отнесены к актам его юрисдикции. Во всяком случае юрисдикция преторов была гораздо шире, чем участие в ритуале *legis actio*. Самым наглядным подтверждением широты полномочий квиритского претора является факт учреждения претуры перегринов в 242 г. до н.э. Юрисдикция перегринского претора изначально могла развиваться только по аналогии с квиритской претурой, ибо законы XII таблиц в рамках судопроизводства для иностранцев применяться не могли, кроме того источники не содержат указания на какой-либо специальный закон в связи с учреждением этой магистратуры. Судебная же практика городского магистрата к этому времени была уже достаточно развита и пользовалась огромным влиянием. Городскому претору передавались обязанности перегринского (в 213 г. до н.э.): "Судебные обязанности Марка Эмилия, претора по делам чужеземцев, передаются городскому претору М. Атилию, его коллеге" (*Liv.* XXIV. 44. 2). Этот и ниже приводимый фрагменты Ливия дают основание для вывода о том, что перегринский претор преимущественно занимался спорами, возникавшими между квиритами и иностранцами. Споры же перегринов между собой, по всей видимости, были в конце III в. до н.э. сравнительно редким явлением¹⁰. Ни правовой статус чужеземцев, ни характер развития товарооборота не позволяют сделать иной вывод. Споры перегринов между собой могли иметь лишь чисто рыночный характер и разрешались здесь же на рынке, подпадая под юрисдикцию курульного эдила. Такое положение продолжалось по крайней мере до заметного перевеса в пользу римлян в ходе Пунической войны, когда "люди стали как в мирное время заключать сделки, продавать, покупать, давать займы, уплачивать долги" (*Liv.* XXVII. 51. 10). Кроме того, в тяжбах между гражданами и перегринцами вряд ли могли эффективно применяться нормы чуждых римлянам правовых традиций (к тому же малоизвестных самим преторам). Римлянин, по обыкновению, перед тяжбой обходил своих близких, приглашал их в процесс; в древности, как известно, защиту на суде вел старейший¹¹. Римляне весьма ревностно придерживались отечественных традиций, право было одним из основных элементов их культуры¹². Не случайно Квинтилиан в I в. н.э. рассказывает в своих Декламациях об изгнании сына из дома за нравы, "чуждые гражданской общине" (*Ps.-Quint.* 238). Преимущественное значение квиритского права характерно и для эпохи Цицерона¹³. Очевидно, что из двух магистратур - квиритская имела первоначально явный властный приоритет. Косвенно это подтверждается, например, известными свидетельствами об издании исковых формул городским претором в отношении обязательств поручения, хранения (*Rhet. ad Herenn.* 2. 13. 19; см. разделы о соответствующих договорах). Таким образом, основные

⁹ Покровский И.А. Право и факт в римском праве. Киев, 1902. Т. 2. С. 129.

¹⁰ *Liv.* 2. 35. 5. (217 г. до н.э.): "Фил должен был разбирать тяжбы между гражданами, Помпоний - между гражданами и чужеземцами".

¹¹ Кнабе Г.С. Материалы к лекциям по общей теории культуры и культуре античного мира. М., 1993. С. 213.

¹² Чанышев А.Н. Лекции по истории древней философии. М., 1991. С. 86.

¹³ *Cic.* De off. I. 24. 125: "Что касается чужеземца (*peregrini*) и поселенца (*incolae*), то их обязанность - заниматься только своими делами, не вмешиваться в чужие и менее всего интересоваться положением в чужом государстве".

процессы развития судопроизводства и преторского права на протяжении по крайней мере большей части республиканского периода были сосредоточены в квинтской претуре, изначально обладавшей для этого достаточными властными полномочиями.

Для квинтского претора естественно стремление стать одним из органов, существенно влияющих на исход дела, однако процесс *legis actio*, строго говоря, не позволял ему этого: дело разрешали сами стороны и судья. Необходимость расширения компетенции претора диктовалась также и другими обстоятельствами: выход за рамки легисакционного процесса был невозможен в силу его материально-правовой основы - законов XII таблиц, нарушать которые было нельзя даже претору. Между тем, социально-экономическая жизнь Рима к концу IV в. до н.э. изменилась настолько, что значительная часть судебных споров неизбежно оказалась вне правового поля законов XII таблиц, но тем не менее требовала разрешения. В судопроизводстве это подтверждается реформой Гнея Флавия 304 г. до н.э. Претура была вынуждена своей властью разбирать споры, не урегулированные законами.

Выбор формы воздействия не был предписан претору законом. Основное значение имела для него сила традиции. В рамках *legis actio* претор заставлял "судью проделывать значительную часть той работы, которая раньше лежала на нем (проверка фактических данных)"¹⁴. В результате личная *causae cognitio* со временем оттесняется на второй план.

Первоначально пассивное и "формальное" участие претора в процессе на ранних стадиях развития объясняется в науке его функциями охраны порядка: после устранения столкновения сторон магистратом возникает проблема применения права и закона, что являлось компетенцией понтификов, судей и т.д. Аналогично возникло и интердиктное производство - т.е. как защита неприкосновенности сакральных и публичных вещей (*locus sacra, locus publica*). Естественно, что частные правоотношения также могли рассматриваться как нарушение порядка. Иными словами, претор, рассматривая некоторые правоотношения с точки зрения вреда и деликта, должен был обеспечить соответствующую защиту. Эта гипотеза впервые была предложена Иерингом, который полагал, что неисполнение обязательства признавалось деликтом и влекло штраф (*actio poenalis*). Покровский, развивая эту идею Иеринга, проделал следующую реконструкцию. Лабен пишет, что *dolus malus* "это есть лукавство, обман, хитрость, совершенные для того, чтобы обойти, обмануть, опутать другого" (D. 4. 3. 1. 2). Однако претор раздвинул границы *actio doli*, включив и те случаи, где умысла ответчика не было: поскольку неисполнение обязательства явилось причиной убытков, то такое поведение противоречит добрым нравам (т.е. в значительной степени общественному порядку)¹⁵. Претор не имел возможности (и, безусловно, цели) требовать исполнения обязательства, для него важен факт и причина убытков, возникавшие в самых разных случаях - при выбрасывании без необходимости чужих вещей в море (*actio in factum*: D. 19. 5. 4;), отпуск чужого раба или животного на волю (*actio in factum*: D. 41. 1. 55; 4. 3. 7. 7).

В рамках легисакционного процесса истец пользовался одной из пяти формул, основанных на законах XII таблиц (*Gai. Inst.* 4. 12. 13), в рамках формулярного - формулой претора, имеющей самостоятельное значение (*Gai. Inst.* 4. 10). Однако в обоих производствах

¹⁴ Покровский И.А. Указ. соч. С. 130.

"наличие двух стадий процесса сохраняется"¹⁶. Следовательно, изменением в судопроизводстве является только введение преторской формулы, но при этом "роль магистрата (претора) в корне изменяется. Теперь его пассивность исчезает"¹⁷. Как на результат этого изменения и указывал Барон, говоря о независимости иска от права¹⁸. Возмещение убытков стало возможным без *infamia* посредством исключительно преторского иска (*actio in factum*). Источники сообщают о двух таких исковых формулах - *in factum* и *in ius*. "Однако развивающийся оборот не удовлетворяется такой постановкой правоотношений и мало по-малу приходит к признанию в этих случаях сделки, договора (♦◆■☞❖●●☞☞☞)" посредством *actio civilis (in ius conceptae) bona fidei*¹⁹.

Таким образом, очевидно, что рост преторского воздействия на право шел в зависимости не от каких-либо предоставляемых ему новых полномочий, а от роста потребностей гражданской жизни. Претор, наряду с формулами, основанными на законах XII таблиц, стал давать исковые формулы, обеспеченные властью магистрата. Иначе говоря, наряду с квириским правом складывалось и существовало длительный период преторское право (*ius praetorium*). Дуализм основных институтов - характерная черта римского права: одновременное существование институтов как бы дублирующих друг друга вполне согласуется с римскими правовыми традициями. Так *bonae fidei iudicia* была доступна квиристам ранее 200 года до н.э. (*Plaut. Rudens. 10-20*), для *condictio* также давалась формула. Поэтому следует признать одновременное существование легисакционного и формулярного процессов на рубеже II-III вв. до н.э. Таким образом, введение формулярного процесса не связано непосредственно с упоминаемыми в источниках законами Эбуция и Юлия. Более того, оно произошло ранее их предполагаемого издания (180-120 гг.). Создание и развитие претором исков *bonae fidei* для институтов *empti, venditi, locati, conducti, pro socio, mandati* происходило в виде издания им отдельных формул. Только в конце II в. до н.э. складывается преторский эдикт: предклассические юристы до Рутилия, претора 118 г. до н.э., не упоминают его.

В эпоху Цицерона преторский эдикт считался современниками уже главным источником права, а "если бы наиболее существенные полномочия были даны претуре только законом Эбуция, то мы едва ли имели бы подобный результат за столь небольшой период времени, отделяющий Цицерона от *lex Aebutia*"²⁰. Рост преторского воздействия на право шел в зависимости не от каких-либо предоставляемых ему новых полномочий, а от "роста потребностей гражданской жизни".

S. J. U. S E D A K O V

¹⁵ Покровский И.А. Указ. соч. Ч. 2. С. 162-163.

¹⁶ Скрипчев Е.А. История государства и права Древнего мира. М., 1993. С. 63.

¹⁷ Там же. С. 63.

¹⁸ Барон И. Система Римского гражданского права. М., 1898. С. 181.

¹⁹ Покровский И.А. Указ. соч. Ч. 1. С. 98.

²⁰ Там же. С. 132.

**IL RUOLO DEL PRETORE DEI QUIRITI
NELLA PRODUZIONE DEL DIRITTO
PRIVATO ROMANO
DEL PERIODO PRECLASSICO**

(RIASSUNTO)

È necessario sottolineare che la *iurisdictio* pretoria era la conseguenza dell'*imperium* del magistrato romano, perciò questa era regolata non solo dalle leggi, ma anche dalla tradizione. L'attività giudiziaria era determinata dalle funzioni di polizia, cioè dall'obbligo di difendere l'ordine pubblico. Si può notare che la divisione del processo giudiziario nei due stadi esisteva, sia nel processo delle *legis actiones*, sia in quello formulare. Seguendo Pokrovskij si può concludere che la divisione del processo nelle due fasi, cioè *in ius* e *in iudicium*, non era obbligatoria per tutte le forme delle *legis actiones*. La differenza tra queste due forme del processo consiste nella presenza o, al contrario, nella assenza della formula del pretore. In fine, è possibile concludere che proprio lo sviluppo della formula del pretore ha dato a tale magistrato un'indipendenza più o meno ampia, dalle norme delle XII Tavole: grazie a ciò si creò lo *ius honorarium*.

Dunque, l'introduzione del processo formulare non era direttamente connessa con la *lex Aebutia* e con la *lex Iulia*. Per di più, questa introduzione venne fatta prima della loro pubblicazione. Come nota Pokrovskij, ancora prima della *lex Aebutia*, i mezzi d'influenza dei pretori si erano sviluppati sulla base della *cognitio* amministrativa, al di fuori del formale processo giudiziario.

Basandosi sulla natura giuridica dello *ius civile*, si può concludere che l'*actio* è solo una delle funzioni del diritto, e nel diritto pretorio lo *ius* è l'effetto dell'*actio*. Il dualismo dei due processi, nel terzo e secondo secolo a.C., è un aspetto molto caratteristico per il diritto romano. Soltanto alla fine del secondo secolo a.C. venne introdotto l'editto pretorio. Infatti, i giuristi preclassici precedenti a Rutilio non lo menzionavano. Così, già nell'epoca di Cicerone, l'editto pretorio veniva concepito dai giuristi come la principale fonte del diritto.