

• •

[Stable URL: <http://elar.uniyar.ac.ru/jspui/handle/123456789/1383>]

[:]

. . 2005:

// . . : . . . /

. . , . . (. .). ,9-24.



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

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

RUSSIAN SOCIETY OF CLASSICAL STUDIES



« »

THE RESEARCH AND EDUCATIONAL FOUNDATION
"THE CENTRE FOR ROMAN LAW STUDIES"
YAROSLAVL BRANCH



YAROSLAVL DEMIDOV STATE UNIVERSITY

Судебная власть высших магистратов Римской республики ¹

Судебная власть (*iurisdictio*) римских магистратов с империем включала в себя различные полномочия: право быть председателем на судебных заседаниях комиций, право решения юридических споров при отсутствии закона, право дать поручение судье (*iudex, arbiter*) для вынесения вердикта по частно-правовым вопросам. Кроме того, в понятие *iurisdictio* входили и правомочия, связанные с привлечением гражданина к ответственности за нарушение действовавших законов. Рассмотрим, в чем эти правомочия состояли.

Магистраты *cum imperio* имели право вызова провинившегося (*ius vocationis*) и право его задержания (*ius prehensionis*). Сочетание *ius vocationis* и *ius prehensionis* в руках высшего магистрата существенным образом отличало объем его судебной власти от соответствующей должностной компетенции плебейских трибунов, которые имели только право задержания гражданина (*prehensio* или *prehensio*), но не имели права вызова (*vocatio*) его к себе для разбирательства. Подробно об этом отличии нас информирует Авл Геллий (NA. 13. 12. 4-9). Он сообщает, что юрист Марк Антистий Лабен отказался явиться к плебейскому трибуну, поскольку *quoniam moribus maiorem tribuni plebis prehensionem haberent, vocationem non haberent* (NA 13. 12. 4). Ссылка на обычаи предков (*mores maiorum*) означает республиканский характер данной нормы. Плебейские трибуны должны были сами явиться к гражданину и задержать его, но не требовать явки отсутствующего ² В отличие от высших магистратов трибуны не могли послать к гражданину *viatores* с соответствующим приказанием ³ Геллий приводит также слова Варрона о том, что только консулы или те, кто имеют империй, обладают полномочиями *vocatio: vocationem, ut consules et ceteri, qui habent imperium* (NA. 13. 12. 6). Магистраты *sine imperio* могли осуществлять лишь *prehensio*, как и плебейские трибуны.

Рассматриваемый фрагмент «Аттических ночей» Геллия служит контраргументом тезиса (защитавшегося Вольфгангом Кункелем и др.), согласно которому отрицается полифункциональное наполнение понятия *imperium* (в течение всей ранней и классической Республики) на том основании, что право применения силы ни в коем случае не давалось в это время только носителям империя⁴ Приверженцы такого утверждения подменяют понятия: они пишут о «праве применения силы» вообще, но оно имело две составляющие – *ius vocationis* и *ius prensionis*. И только вторая его часть входила в правомочия некоторых низших магистратов и плебейских трибунов.

Авл Геллий дает определение *vocatio*: *qui vocationem habent idem prendere, tenere, abducere possunt, et haec omnia, sive adsunt, quos vocant, sive acciri iusserunt* (NA. 13. 12. 6). Следовательно, наделенные этим правом должностные лица могли не просто «вызывать» римского гражданина в значении «приглашать для беседы», но и «схватывать», «задерживать» («запирать»), «уводить». Все вызванные граждане должны были повиноваться приказу явиться, за которым реально стояли указанные последствия. Мы усматриваем в этом свидетельстве Авла Геллия подтверждение того, что *ius vocationis* – составная часть права приказа гражданину со стороны магистрата с империем, и этот приказ имел универсальное действие – от приказа на войне до приказа предстать перед магистратом по любому поводу в мирной жизни.

Дефиниция, данная Геллием понятию *vocatio*, привела Адальберто Джованнини к выводу, что именно в этом понятии заключается решающее свойство империя магистрата⁵, что, собственно, империй и есть *ius vocationis*. Обсуждая этот тезис А. Джованнини, Эрнест Бадриан счел его «слишком узким»⁶ Э. Бадриан отмечал: «Варрон полагает, что только магистраты с империем обладали *ius vocationis*. Но из этого не следует, что это решающее свойство империя, а также, что именно через него надо дефинировать империй»⁷ Принимая во внимание замечание Э. Бадиана, суть которого, на наш взгляд, сводится к тому, что нельзя через частное проявление дефинировать общее понятие – поскольку это проявление может оказаться далеко не главным – мы хотели бы сказать следующее. В данном случае А. Джован-

нини справедливо усмотрел в *ius vocationis* одну из самых существенных качественных характеристик империя, но *imperium* нельзя свести к *ius vocationis*, он, конечно, шире, – это абстрактное право приказа всем гражданам общины и отдельному ее члену. *Ius vocationis* – это право, ставшее конкретным проявлением тех действий магистрата, которые заключены в глаголе *imperare*: «приказывать», «повелевать», «предписывать», «начальствовать».

Судебная власть магистрата обозначалась термином *iurisdictio*, но одновременно этот термин означал и вообще всю компетенцию должностного лица, круг его полномочий. Эта двойственность лексического значения, весьма вероятно, была связана именно с тем, что судебные правомочия высшего магистрата были имманентны его империи, т.е. всей совокупности его власти, они были, так сказать, «отражением общего в частном». Павел в «Комментариях к Плавцию», сохранившихся в Дигестах, утверждает следующее: «*Mandata iurisdictione privato etiam imperium quod non est merum videtur mandari, quia iurisdictione sine modica coercitione nulla est.* – Когда юрисдикция делегируется частному лицу, то, видимо, ему делегируется и высшая власть (*imperium*), за исключением права приговаривать к смерти, поскольку юрисдикция без права налагать умеренные наказания не имеет никакой силы.» (Пер. А.Л. Смышляева, И.С. Перетерского). Здесь у римского юриста явно речь идет о делегировании юрисдикции как элемента империя.

Согласно приведенному фрагменту, в понятие *iurisdictio* составной частью входила *coercitio* (*coercio*) – «наказание», «обуздывание», «усмирение»; юрисдикция в толковании римских правоведов немислима без права наказания, хотя бы и умеренного, она ничтожна без него.

Ф. Инар определяет *coercitio* как возможность принуждения гражданина высшим магистратом к повиновению посредством государственных норм⁸ Как отмечает Карла Мази Дория, «коэрцитивная возможность» функционально содержалась в *ius vocatio*⁹

Йоханнес Михаэль Райнер, задаваясь вопросом, что было содержанием *coercere*, *coercitio* (*prensio*), о каких мерах идет речь,

пишет: под этим в первую очередь понимается арест и взятие под стражу (но не посредством квесторов и эдилов)¹⁰ Здесь Й.М. Райнер отождествляет понятия *coercitio* и *prensio*, что не вполне правомерно, ибо, как мы уже отмечали, *potestas prensionis* входила в компетенцию и низших магистратов, а также плебейских трибунов. Поэтому и пришлось Й.М. Райнеру делать оговорку в сноске, что имеются в виду не эдилы и квесторы¹¹, иначе говоря, это право следует отнести к высшим магистратам.

Если Й.М. Райнер по существу приравнивает понятия *coercitio* и *prensio*, то в историографии распространён несколько иной взгляд, согласно которому, *prensio* – это составная часть *coercitio*. Так, Генрих Зиббер делил *coercitio* магистратов на высшую и низшую, относя *prensio* к высшей (наряду со смертной казнью и телесными наказаниями)¹² Точка зрения о *prensio* как элементе *coercitio* имела преемников, которые, однако, могли не ранжировать по шкале «от низших к высшим» права, составлявшие *coercitio*, а просто их перечислять в произвольном порядке¹³

На наш взгляд, *ius prensionis* не составная часть собственно *coercitio* высшего магистрата, оно – составная часть его судебных полномочий в целом, его юрисдикции. Это право может быть и составной частью компетенции других органов власти.

Когда речь идет о *prensio*, имеется в виду, по нашему мнению, арест не как вид наказания, т.е. не как один из вариантов *coercitio*, а арест как «схватывание» (именно в этом буквальном значении слова), когда еще не решен вопрос о наказании, как своеобразное «предварительное заключение». Собственно арест как взятие под стражу в качестве наказания (лишение свободы) – это *abductio in vincula* (увод в темницу), который может быть предметом отдельных дискуссий о времени появления и пр.¹⁴ *Prensio* – это задержание гражданина с целью пресечь какие-либо его действия или с целью последующего разбирательства совершенных им деяний.

Итак, мы понимаем *coercitio* и *prensio* как важные составляющие *iurisdictio* магистрата с империем, но не уподобляем одно другому и не рассматриваем второе как часть первого. К.М. Дория противопоставляет *prensio* праву *vocatio* и отмечает, что *vocatio* имела значение для процесса по частно-правовым разби-

рательствам, тогда как *prensio*, напротив, использовалась в других целях¹⁵ На наш взгляд, *ius vocationis* римского магистрата с империем применялось как при решении вопросов частного права, так и при публично-правовом преследовании (в том числе и уголовно-правовом), ибо источники не дифференцируют эти сферы при применении *vocatio* магистратом. Но *prensio*, действительно, как задержание «для и до разбирательства», это именно публично-правовой акт.

Coercitio означала возможность для магистрата наложить наказание на гражданина. Содержание этого понятия раскрывается у Цицерона: *Iusta imperia sunt, isque civis modeste ac sine recusatione parento. Magistratus necoboedientem et noxium civem multa, vinculis, verberibusque coerceto, ni par maiorue potestas populusque prohibessit, ad quos provocatio esto* (*Cic. De leg. III. 6*)¹⁶ Здесь прямо перечисляются возможные виды наказаний гражданина со стороны магистрата, наделенного империем: имущественное взыскание – *multa*, лишение свободы – *vinculum*, т.е. оковы или темница, телесные наказания (избиение) – *verberatio*. Несколько далее (*De leg. III. 11*) Цицерон отмечает, что «о смертной казни и гражданских правах предложение вносят только в «величайшие комиции» (пер. В.О. Горенштейна). Это свидетельствует о том, что в I в до н.э. без согласия центуриатных собраний магистрат не должен был выносить решения о лишении гражданина жизни. В период ранней Республики магистрат мог не согласовывать такое решение с комициями (но и тогда действовало право обращения за защитой к народу, если наказуемое деяние относилось к сфере *domi*). Что касается *verberatio*, то по *lex Porcia de tergo civium*, принятому в 198 г. до н.э., как известно, запрещалось подвергать наказанию розгами римского гражданина. Но до III в. до н.э. включительно *verberatio* была составной частью магистратской *coercitio*.

Содержательное наполнение понятия *coercitio* – несмотря на достаточную определенность слов Цицерона, нуждается в уточнении, ибо за ним тянется шлейф дискуссионных обсуждений, которые подчас не столько вносили ясность, сколько запутывали и вуалировали существо вопроса.

Теодор Моммзен разделял магистратскую *coercitio* и *iudicatio* (термин имеет широкий спектр значений: осуждение, следствие, судебное решение). Точнее сказать, Т. Моммзен выделял два вида *coercitio*. Один вид, против которого была возможна провокация, он называл магистратской юдикацией и связывал ее с официально предписанным процессом, относя к сфере уголовного права. Второй вид, *coercitio* «в узком смысле слова», была для него чисто магистратским правом принуждения, действия в рамках которого не были подвержены праву провокации¹⁷. Он заострял внимание на том, против кого была направлена данная *coercitio*, и приходил к выводу, что ее объектом были исключительно и только лица, не повиновавшиеся магистрату, т.е. непослушные граждане, но она ни в коем случае не служила средством преследования криминальных (уголовных) элементов¹⁸. В связи с этим Т. Моммзен предлагал в тексте Цицерона считать правильной реконструкцией фразы «*Magistratus necoboedientem et noxium civem multa, vinculis, verberibusque coerceto...*» употребление вместо *noxium* (вредный, виновный, достойный наказания) – применительно к гражданину как объекту магистратской *coercitio* прилагательного *innoxium* (безвредный, неопасный, невиновный). Для него, следовательно, термины *necoboediens* (непослушный, непокорный, неповивающийся, неподчиняющийся) и *noxius* были противоположными.

В отличие от Т. Моммзена, не усмотрел в этих терминах противопоставления (и, вместе с этим, не видел оснований для отмеченной реконструкции фразы Цицерона) В. Кункель¹⁹. Если у Т. Моммзена акцент был сделан на том, против кого применялась магистратская *coercitio*, то у В. Кункеля – на том, за какие проступки она применялась. В. Кункель понимал *coercitio* магистрата как средство, чтобы покарать неповиновение граждан именно в отношении государственной власти. Заметим, что оба момента, подчеркнутые у двух романистов, вполне совместимы, во всяком случае, не являются взаимоисключающими.

Согласимся с В. Кункелем, что граждане «неповиновующиеся» и граждане «достойные наказания» («вредные») не противопоставлены в источниках друг другу, введение данной антитезы и замена *noxium* на *innoxium* в тексте Цицерона выглядит несколь-

ко искусственно. Но отказ от данного противопоставления не ведет автоматически к отрицанию различия между *coercitio* и *iudicatio*, если понимать под последней любое решение о наказании, принятое, например, такой инстанцией, как комиции, а не только самим магистратом. *Coercitio* – наказание гражданина магистратом на основе его, магистратских, судебных полномочий, само же решение о наказании (вынесенное самим ли магистратом, комициями ли) есть, на наш взгляд, *iudicatio*. Цицерон обычно использует этот термин применительно ко всякому решению о наказании, например, о соответствующем решении цензора он пишет: *Itaque, ut omnis ea iudicatio versatur tantum modo in nomine, animadversio illa ignominia dicta est (Cic. De rep. IV. 6)*²⁰ Поскольку говорится о цензорском замечании, которое вело к «утрате доброго имени», то явно речь (с использованием термина *iudicatio*) идет не об уголовном преступлении, а о проступке, кававшемся в рамках *sua potum*.

Т. Моммзен рассматривал юдикационные полномочия магистрата как судебные, направленные, в первую очередь, против лиц, совершивших криминальные, уголовно наказуемые действия (в отличие от коэрцитивных полномочий²¹, направленных, по его мнению, против не преступных, но не повиновавшихся носителям власти граждан), чего мы поддержать не можем, основываясь на употреблении понятия *iudicatio* Цицероном. К тому же, следует заметить, что граница между «неповиновением» и «криминалом» может оказаться очень зыбкой, – неповиновение магистрату являлось серьезным преступлением, влекшим уголовную ответственность. Вместе с тем, нам представляется весьма важным – в принципиальном плане – утверждение Т. Моммзена о смысловом различии *coercitio* и *iudicatio*, хотя мы наполняем это различие иным содержанием.

Однако наблюдение о содержательной нетождественности понятий *coercitio* и *iudicatio*, сделанное Т. Моммзеном, не только не получило дальнейшей разработки и уточнения, но было отвергнуто. Рецензируя сочинение В. Кункеля о развитии римского уголовного процесса, Йохен Бляйкен назвал вопрос о соотношении *coercitio* и *iudicatio* «исключительно вопросом терминологии»²²; он полагал, что и тем, и другим термином называлось

право магистрата наказать гражданина. Тем самым, он отрицал различие между *coercitio* и *iudicatio*, что было воспринято Адальберто Джованнини²³ и Гёргом Гебхардтом²⁴, и формулируется у последнего как не подлежащий сомнению факт. Франк Бене вообще утверждает, что юдикация не принадлежала к типичным полномочиям должностных лиц и «догматическая классификация Т. Моммзена» не может быть поддержана²⁵

Еще более значительное влияние на последующую историографию оказал тезис В. Кункеля (также сформулированный в русле оппонирования им теории римского публичного права Т. Моммзена) о том, что магистратская *coercitio* служила средством принуждения непослушных граждан, но отнюдь не инструментом осуществления правосудия. В. Кункель усматривал в действиях магистрата, вытекавших из *coercitio*, исключительно политическое содержание и рассматривал этот акт вне уголовно-процессуальных рамок. Он полностью отказался от использования понятия «юдикация» и считал *coercitio* чисто полицейской властью, не связанной с юстицией.

«Выдающийся, в последние годы жизни преподававший в Мюнхене историк права, пишет о В. Кункеле (1902-1981) Вильфрид Ниппель, – интенсивно занимался с 50-х гг. проблемами римской истории конституции и в 1962 году предложил новую интерпретацию развития римского уголовного права, которую не только для этой темы, но и одновременно для центральных вопросов конституционного права Республики (таких как соотношение магистратского империя и права провокации граждан) представил как радикальную альтернативу моммзеновским конструкциям»²⁶

Т. Моммзен рассматривал римский республиканский уголовный процесс в качестве магистратско-комициального, при котором гражданин мог опротестовать приговор магистрата, как суда первой инстанции, в суде второй инстанции – комициях²⁷, магистратская *coercitio* выступала в качестве предпосылки для последующего комициального процесса. «Краеугольным камнем «теории тотального империя», – писал А. Хойс, – является функция, которую, согласно ей, получает провокация в рамках римского государственного и уголовного права»²⁸. Представление о том,

что римское уголовное право начинается с закона о *provocatio ad rorulum*, – отмечал А. Хойс, – было по существу заимствовано Т. Моммзеном в римской традиции²⁹ Сам же А. Хойс отталкивался от концепции Х. Брехта, сделавшего вывод об одном-единственном комициальном процессе, в котором магистрат выступал с инициативой разбирательства³⁰, и – понимая империй в начале Республики как чисто военную власть – не видел необходимости в трактовке права провокации как кореллята к безграничному империю³¹

В. Кункель, восприняв идеи Х. Брехта и А. Хойса, приходил к выводу, что коэргитивное наказание (с его точки зрения, внесудебное) осуществлял сам магистрат, а комициальный процесс не был составной частью единого с магистратским производства (за отсутствием последнего). «Техническими» выражениями для комициального процесса В. Кункель называл *iudicare (alicui roenam)* и *inrogare (alicui multam)*, в ходе его рассматривалось не магистратское решение, а жалоба гражданина³² Иначе говоря, суд комиций выступал, согласно В. Кункелю, не в качестве второй инстанции, а имел сугубо кассационное действие. Право для проведения комициального судебного заседания В. Кункель определял термином, встречающимся в источниках (*Cic. De leg. III. 10, 27* и др.³³) – *iudicium* (употребляющемся в значениях «судопроизводство», «судебная власть», «судебное решение»). Однако отметим, что Цицерон использует термин *iudicium* применительно к магистратам не только с империем, но и без такового (следовательно, не имевшим права быть председателями комций, в том числе и судебных), например, он относит его к цензорам (*Cic. De ger. IV. 6*).

В целом, получается, что разница в подходах Т. Моммзена и В. Кункеля в данном случае состоит в том, что Т. Моммзен понимал суд комиций как апелляционную инстанцию (в которой заново рассматривается дело, и либо утверждается обжалованное решение, либо выносится новое), а В. Кункель – как кассационную инстанцию (в которой дело не рассматривается по существу, а происходит обжалование действий должностного лица по формальным основаниям, в том числе из-за несоответствия закону).

Эта разница в исследовательских позициях применительно к римским историческим реалиям гораздо меньше, чем кажется на первый взгляд. Т. Моммзен и В. Кункель отталкивались – как профессиональные юристы от понятийного правоведческого аппарата науки нового и новейшего времени. В республиканском Риме мы не найдем строгой регламентации комициального процесса; обжалование действий магистрата, вытекавших из его *coercitio*, было обращением к народу за защитой (даже просто криком о помощи – *Liv.* II. 27. 12; II. 55. 5-6; III. 56. 5-13), и в принципе было не важно, имела ли место просьба рассмотреть дело по существу, или опротестовывались ошибки магистрата формального характера. Ведь, верша суд, народные собрания просто голосовали, а не вели разбирательство. Применительно к дискуссионной заостренности формулировок В. Кункеля воистину справедливо известное утверждение: чем ближе позиции спорящих, тем резче полемика.

В последних работах, затрагивающих вопрос о *coercitio* и уголовном процессе, он освещается преимущественно с точки зрения концепции В. Кункеля, что проявилось в монографии Эндрю Линтотта. Отмечая, что Т. Моммзен возвел *coercitio* в ранг фундаментальной характеристики полномочий римских магистратов³⁴, английский исследователь указывает: «нет свидетельств, что консулы бродили по городу и поддерживали порядок при помощи *coercitio*»³⁵ Однако специально выискивать тех, кто заслуживал наказания, высшим магистратам и не требовалось. Они использовали свое право *vocatio*. При этом грань между «ослушниками» политической воли и «уголовными преступниками» была размытой: например, гражданин, уклонившийся от воинского набора, совершал уголовно наказуемое преступление.

К.М. Дория, обращая внимание на юрисдикцию магистратов с империем (она это делает вне связи с уголовным процессом), подчеркивает, что *iurisdictio* высшего магистрата не распространялась на других магистратов с равной или большей властью³⁶ Автор анализирует цитаты из сочинений римских юристов (D. 4.6.26.2; 2.4.2; 4.8.4; 47.10.32). В этих фрагментах утверждается, что не подвержены *vocatio* те магистраты, которые наделены империем и могут наказывать (*coercere*) граждан и приказы-

вать подвергнуть их заключению. Это наблюдение К.М. Дория мы рассматриваем как аргумент в пользу именно неподсудности магистрата с империем нижестоящему магистрату. Принуждение со стороны магистрата, осуществлявшееся в рамках *coercitio*, было, на наш взгляд (отличающийся от позиции В. Кункеля), все-таки судебным процессом, ибо магистрат принимал решение о наказании и претворял его в жизнь, – он судил гражданина, опираясь на делегированную ему от народа и *patres* высшую власть. Но это был предельно упрощенный процесс, в котором порядок рассмотрения дела не регулировался формальными процедурами и допускалась лишь самозащита обвиняемого.

Рассматривать магистратский процесс и комициальный процесс как две составные части единого разбирательства мы можем в том случае, если реализовывалось право провокации к народу; если же оно не осуществлялось (или было вообще невозможным, как в делах о воинских преступлениях), то все могло ограничиться судом магистрата. Комиции выступали как судебная инстанция тогда, когда речь шла о суровом наказании гражданина. Это особенно наглядно видно на примере имущественных наказаний (*multa*), налагавшихся за нарушение законов или неповиновение. В рамках своей *coercitio* римский магистрат мог наложить на гражданина штраф. В 50 - 30 гг. V в. до н.э. были приняты законы (*lex Tarpeia*, *lex Menenia Sestia*, *lex Iulia Papiria*), ограничившие размеры штрафа – две овцы и тридцать быков (овца приравнивалась к 10 ассам, бык – к 100 ассам). Магистрат мог назначить наказание в виде штрафа в пределах 3000 ассов. Более высокий штраф устанавливался только комициями (*Liv.* III. 31. 6; IV. 41. 10; V. 29. 7; 32. 9). На комициальном процессе магистрат выступал в роли обвинителя³⁷, для немедленного обеспечения штрафа он мог наложить арест на имущество (*pignoris capio*).

Идущее от В. Кункеля разграничение внесудебного, по его мнению, принуждения со стороны магистрата на основе права *coercitio* и наказания на основе решения уголовного суда (на его взгляд, оно могло быть только немагистратским) привело в историографии к подчас казуистическим рассуждениям о том, что осуществлявшаяся посредством ликторов *verberatio* гражданина, была и классическим коэргитивным средством римского магист-

рата, не относившимся к уголовному правосудию (если была самостоятельным видом наказания), и частью уголовного исполнения наказания (если предваряла смертную казнь)³⁸ Бурхард фон Гладигов призывал их различать, однако сам же подчеркивал, что «конституционно-правовым образом» обе *verberatio* «базируются на империи магистрата». Аналогично Й.М. Райнер утверждает, что наказанию в соответствии с правом *coercitio* магистрата подлежали «особенно гадкие действия, но без того, чтобы речь шла об уголовно-правовых преступлениях»³⁹, и ссылается на Валерия Максима (VI. 3. 3х), отмечающего наказание за членовредительство с целью избежать воинского набора. Тезис о том, что магистратская *coercitio* служила средством принуждения непослушных граждан, но отнюдь не инструментом осуществления уголовного правосудия при соотношении его с римской исторической действительностью оказывается отвлеченно-правоведческим. В рамках судебных полномочий, заложенных в империи, высший магистрат мог быть не только председателем судебных комиций, но и единоличным судьей, выносившим решения, в том числе и уголовно-правового характера.

Право *coercitio* магистрата с империем (а основанием этого права иногда признают *imperium* и те авторы, которые понимают последний как чисто военную власть⁴⁰) могло реализоваться не только в сфере *domi*. Этим же термином исследователи вправе называть и его правомочия по поддержанию дисциплины в войске, как это делает, например, Александр Демандт⁴¹ Стюарт Стэвели считал, что изначально магистраты довольствовались властью *coercitio* лишь в военной сфере; и только в начале IV в. до н.э. при содействии сената они начали активно употреблять эту власть, задействуя и сферу *domi*, против частных граждан – *privati*⁴² Он возражал А. Хойсу, считавшему, что *ius coercitionis* внутри города не было связано с *imperium*⁴³ Следовательно, признавая *coercitio* составной частью полномочий, заключенных в империи, изначально военных, известный английский исследователь видел их осуществление в гражданской сфере уже в период ранней Республики, хотя и не с первого века республиканской истории Рима. Мы полагаем, что в данном отношении не должен быть исключен и V в. до н.э., поскольку экстраординарные маги-

страты с империем, диктаторы, могли применять право принуждения при решении внутренних конфликтов в общине уже в самом начале этого века (*Liv.* II. 29. 11)⁴⁴

В период II-I вв. до н.э. единство военных полномочий и права *coercitio* в отношении не набранных в армию граждан особенно наглядно проявлялось в ситуациях, когда потребности наведения общественного порядка в городе приводили к принятию *senatusconsultum ultimum* (первый случай датируется 121 г. до н.э.). Его принятие вызывало к жизни особый механизм реализации властных полномочий, в том числе право применять ничем не ограниченное принуждение к союзникам и гражданам *coercere omnibus modis socios atque civis* (*Sallust. Catil.* 29. 2-3)⁴⁵ Хотя Саллюстий излагает ситуацию I в. до н.э., он отмечает «римский обычай», лежавший в основе такого способа осуществления полномочий высшей магистратской власти. Имеется в виду обычай предоставления империя с экстраординарным механизмом его реализации, свойственный всей республиканской истории Рима. Примечательно, что даже В. Кункель вынужден был признать, что меры, которые принимал консул на основе *senatusconsultum ultimum*, были одновременно и «коэрцитивной, и военной природы»⁴⁶ Его слова о том, что «в этом положении едва ли обнаруживается резкая граница между *coercitio* и военным руководством», должны быть отнесены и к консульским чрезвычайным полномочиям (на основе *senatusconsultum ultimum*) II – I вв. до н.э., и к экстраординарным магистратам V - III вв. до н.э., применявшим свой империй и в сфере *domi*, и в сфере *militiae*.

Так почему же все-таки действия магистратов в рамках *coercitio* В. Кункель так упорно не считал элементом их судебных полномочий, выводил за рамки уголовного процесса, называл «принуждением, но не правосудием»? Ведь при этом ему приходилось допускать явные натяжки в аргументации, хотя он был, безусловно, высококвалифицированный и очень талантливый исследователь, заботившийся о доказательности своих положений. Если вдуматься в подоплеку названных утверждений, то становится очевидным, что признание *coercitio* частью судебных функций (*iurisdictio*) высшего магистрата, означало бы признание

того, что и в период ранней, и в период классической Республик его империй не имел чисто военного характера, а включал в себя и судебно-гражданские полномочия. Отстаивая же последовательно концепцию о сугубо военном содержательном наполнении понятия *imperium* на длительном хронологическом отрезке от ранней монархии до классической Республики включительно В. Кункель вынужден был искать объяснения тем правомочиям заключенным в империи, которые не сводились к военному командованию. Его попытку отрицать – в качестве составной части компетенции магистратов *cum imperio* – судебно-гражданскую и власть мы удачной признать не можем. В. Кункель стремился доказать, что *coercitio* – это лишь политическое действие магистрата. Если стоять на его точке зрения, что империй был только военной (в крайнем случае, военно-политической) властью, то руководство магистратом судебными комициями (возможное лишь для магистрата с империем) тоже следует считать актом политическим, не относившимся к уголовному процессу. Получается что и роль председателя судебного заседания не относится к судебной власти, что уже вообще странно. Но этот абсурд есть не что иное, как доведенное до логического конца применение теории чисто военного империя, пролонгированной на большую часть республиканской истории Рима.

Итак, на наш взгляд, судебная власть (*iurisdictio*) римских магистратов с империем включала в себя следующие правомочия связанные с привлечением гражданина к ответственности за нарушение законов: право вызова провинившегося (*ius vocationis*) право задержания (*ius prensionis*), а также право непосредственного наложения наказания – *ius coercitionis*.

Примечания

¹ Статья выполнена при финансовой поддержке Администрации Ярославской области в рамках исследовательского проекта «Римское публичное право: исполнительная власть Республики и Принципата», грант Губернатора Ярославской области.

² *posse igitur eos venire et prendi se iubere, sed vocandi absentem ius non habere.*

³ *Weinrib E.J. The Prosecution of Roman Magistrates // Phoenix. 1968. Vol. 2: P. 40 - 41.*

⁴ См.: *Kunkel W. Staatsordnung und Staatspraxis der Römischen Republik München, 1995. S. 26-27.*

⁵ *Giovannini A.* Magistratur und Volk: Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des Staatsrechts // Staat und Staatlichkeit in der Frühen Römischen Republik. Stuttgart, 1990. S. 433.

⁶ *Badian E.* Kommentar. Sektion V Magistratur und Volk // Staat und Staatlichkeit... S. 468 - 469.

⁷ *Ibid.* S. 468.

⁸ *Hinard F.* Rome. Des origines a la fin de la Republique // Revue Historique. Vol. 298/2. 1998. P. 426.

⁹ *Doria C.M.* Spretum imperium. Napoli, 2000. P. 302.

¹⁰ *Reiner J. M.* Einführung in das römische Staatsrecht: die Anfänge und die Republik. Darmstadt, 1997. S. 47.

¹¹ Кстати, А. Джованнини считает, что квесторы не имели полномочий *prensio*. *Giovannini A.* Magistratur und Volk... S. 432.

¹² *Siber H.* Römisches Verfassungsrecht in geschichtlicher Entwicklung. Lehr, 1952. S. 81.

¹³ См. об этом: *Gebhardt G.* Prügelstrafe und Züchtigungsrecht im Antiken Rom und in der Gegenwart. Köln, Weimar, Wien, 1994. S. 35.

¹⁴ Например, Вильфрид Ниппель считает, что заключение в тюрьму – как вид наказания – не известно в эпоху Республики. См.: *Nippel W.* Orgien, Ritualmorde und Verschwörung? Die Bacchanalien-Prozesse des Jahres 186 v. Chr. // Große Prozesse der römischen Antike. München, 1997. S. 70.

¹⁵ *Doria C.M.* Spretum imperium... P. 302 - 303.

¹⁶ «Империй да будет законным; граждане да подчиняются империи покорно и беспрекословно. Магистраты да карают неповинующегося им дурного гражданина пеней, наложением оков, розгами, – если ни носитель равной или большей власти, ни народ, к которому должна быть совершена провокация, этому не воспротивятся.» Пер. В.О. Горенштейна.

¹⁷ *Mommsen Th.* Römisches Strafrecht. Leipzig, 1899. S. 340 - 342.

¹⁸ *Ibid.* S. 30, 56.

¹⁹ *Kunkel W.* Quaestio // RE. Bd. 24. 1963. Sp. 723. См. об этом: *Gebhardt G.* Op. cit. S. 36 - 37.

²⁰ «Поэтому, коль скоро это решение касается только доброго имени, то наказание и называется «утратой доброго имени». Пер. В.О. Горенштейна.

²¹ Под «коэрцитивными полномочиями» мы имеем в виду полномочия в рамках *coercitio*, так же как вообще используем прилагательное «коэрцитивный» в значении «вытекающий из *coercitio*», «заключенный в *coercitio*».

²² *Bleicken J.* Wolfgang Kunkels Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens // Gnomon. 1964. Bd. 35. S. 697.

²³ *Giovannini A.* Volkstribunat und Volksgericht // Chiron. 1983. Bd. 13. S. 545, 565.

²⁴ *Gebhardt G.* Op. cit. S. 37.

²⁵ *Behne F.* Volkssouveränität und verfassungsrechtliche Systematik. Beobachtungen zur Struktur des Römischen Staatsrechtes von Theodor Mommsen // Res publica reperta. Stuttgart, 2002. S. 133.

²⁶ *Nippel W.* Wolfgang Kunkel: Staatsordnung und Staatspraxis der Römischen Republik. Hrg. und fortgeführt von Hartmut Galsterrer / Christian Meier / Roland Wittmann. 2. Abschnitt: *Die Magistratur*. Von Wolfgang Kunkel / Roland Wittmann (=Handbuch der Altertumswissenschaften X,3,3,2). C.H. Beck Verlag, München, 1995,



XII und 806 S. // Zeitschrift für Geschichtswissenschaft. 1997. Bd. 45. Heft 6. S. 548.

²⁷ См. о данной концепции Т. Моммзена: *Дементьева В.В.* Децемвират в римской государственно-правовой системе середины V в. до н.э.. М., 2003. С. 114 - 115

²⁸ *Heuß A.* Zur Entwicklung des Imperiums der römischen Oberbeamten // Zeitschrift der Savigni-Stiftung für Rechtsgeschichte. R.A. 1944. Bd. 64. S. 104.

²⁹ Ibid.

³⁰ *Brecht H.* Zum römischen Komitialverfahren // Zeitschrift der Savigni-Stiftung für Rechtsgeschichte. 1939. Bd. 59. S. 261 - 314.

³¹ *Heuß A.* Zur Entwicklung... S. 104 - 106.

³² *Kunkel W.* Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens vorsullanischer Zeit. München, 1962. S. 32.

³³ *Cic. De leg. III.10:* Omnes magistratus auspiciū iudiciūque habent exque senatus esto. («Все магистраты да обладают правом авспиций и судебной властью да составляют они сенат.» Пер. В.О. Горенштейна.) *Cic. De leg. III. 27:* Deinceps omnibus magistratibus auspicia et iudicia data sunt; iudicia, ut esset populi potestas ad quam provocaretur... («Далее, всем магистратам были даны права авспиций и судебные права – с тем, чтобы существовала власть народа, к которой была бы возможна провокация...» Пер. В.О. Горенштейна.)

³⁴ *Lintott A.* The Constitution of the Roman Republic. Oxford, 1999. P. 97.

³⁵ Ibid. P. 193.

³⁶ *Doria C.M.* Spretum imperium... P. 304 - 312.

³⁷ *Nippel W.* Public order in Ancient Rome. Cambridge, 1995. P. 5.

³⁸ *von Gladigow B.* Die sakrale Funktionen der Lictores. Zum Problem von institutioneller Macht und sakraler Präsentation // ANRW. 1972. 1.2. S. 309.

³⁹ *Reiner J. M.* Einführung... S. 47.

⁴⁰ *Santalucia B.* Dalla vendetta alla pene // Storia di Roma. Torino, 1988. Vol. P. 436, 440.

⁴¹ *Demandt A.* Antike Staatsformen. Eine vergleichende Verfassungsgeschichte der Alten welt. Berlin, 1995. S. 401.

⁴² *Stavely E S.* The Constitution of the Roman Republic // Historia. 1956. Bd. P. 109.

⁴³ *Stavely E S.* Provocatio during the Fifth and Fourth Centuries B.C. // Histori 1954/55. Bd. 3. P. 416 - 417.

⁴⁴ См.: *Дементьева В.В.* Магистратура диктатора в ранней Римской республике (V-III вв. до н. э.). Ярославль, 1996. С. 47, 109.

⁴⁵ *senatus decrevit, darent operam consules, ne quid res publica detrimenti capere ea potestas per senatum more Romano magistratui maxuma permittitur: exercitum parare bellum gerere, coercere omnibus modis socios atque civis, domi militiaeque imperium atque iudicium summum habere; aliter sine populi iussu nullius earum rerum consuli ius est «...сенат постановил: «Да позаботятся консулы, чтобы государство не понесло ущерба». Эта наибольшая власть, какую сенат, по римскому обычаю, предоставляет магистрату – право набирать войско, вести войну, применять к союзникам и гражданам всяческие меры принуждения в Городе и за его пределами и в походах обладать не только высшим империем, но и высшей судебной властью; в иных обстоятельствах без повеления народа консул не вправе осуществлять ни одного из этих полномочий» (Пер. В.О. Горенштейна).*

⁴⁶ *Kunkel W.* Staatsordnung und Staatspraxis...S. 234.