

## DISPUTARE NESCESSE EST

Л.Л.КОФАНОВ

Rosyjska Akademia Nauk w Moskwie

### К ВОПРОСУ О КАТЕГОРИЯХ РИМСКОГО ПРАВА В ДИГЕСТАХ ЮСТИНИАНА И В ИХ СОВРЕМЕННОЙ ИНТЕРПРЕТАЦИИ Д.О.ТУЗОВЫМ

Вышедшая во второй половине 2007 г. под двумя разными названиями в российском<sup>1</sup> и польском<sup>2</sup> журналах рецензия Даниила Олеговича Тузова на издание полного русского перевода вызвала у его коллег по переводу и редактированию русского перевода чувство горечи. И дело не в том, что автор рецензии обнаружил несколько ошибок в переводе 1-4 титулов 4-й книги Дигест Юстиниана. За это можно только поблагодарить автора рецензии, так как по признанию самого Д.О.Тузова «ошибок и неточностей в переводах не удавалось избежать» никому и всякое исправление этих ошибок и неточностей поможет в будущих переизданиях. Гораздо печальнее другое: автор практически обвиняет если не всех переводчиков и редакторов русского перевода Дигест, то по крайней мере ответственного редактора этого издания доктора юридических наук Л.Л.Кофанова в полном непрофессионализме, используя, напри-

---

<sup>1</sup> Д.О. Тузов, *Категории римского права в русском издании Дигест Юстиниана*, «Журнал российского права» 2007 № 6 (126), с. 117-131.

<sup>2</sup> D. Tuzov, *Понятия и терминология в русском издании Дигест Юстиниана*, «Zeszyty Prawnicze [UKSW]» 7. 2 (2007), с. 263-295.

мер, такие определения, как «отсутствие у отдельных переводчиков иногда даже самых общих представлений о соответствующих понятиях римского права и об используемых римскими юристами для их обозначения юридических терминах»<sup>3</sup>, «одна из наиболее часто встречающихся ошибок, вызванных недостаточным знанием юридической терминологии»<sup>4</sup>, «элементарное незнание права»<sup>5</sup>, «абсурдность анализируемого варианта перевода»<sup>6</sup>, «нелепость произведенной замены»<sup>7</sup> и т.д. И уж совсем некорректным выглядит прямое оскорбление в польском варианте рецензии, где Л.Л.Кофанов определен как «”юрист” ex improviso»<sup>8</sup>. Однако, и эти оскорбления можно было бы пропустить мимо ушей, если бы не одно важное обстоятельство.

Это обстоятельство связано с тем, что Д.О.Тузов, вообще человек очень талантливый и способный, данной рецензией добился цели, прямо противоположной той, которую он сам и объявил в словах о том, что ему «хотелось бы лишь реабилитировать себя в глазах читателей, указав значение некоторых латинских терминов и выражений, перевод которых был до неузнаваемости искажен при редактировании». Дело в том, что большая часть предложенных в рецензии исправлений свидетельствует не об «элементарном незнании права» переводчиков и редакторов Дигест, а о неверном или поверхностном понимании целого ряда институтов римского права самим Д.О.Тузовым. Этот факт очень неприятно выносить на суд читателей, однако это необходимо сделать, дабы защитить честь коллектива переводчиков и редакторов Дигест от ложных обвинений и, самое главное, защитить читателей от огромного вреда, который влечет за собой не только ложное обвинение само по себе, но и его восприятие в качестве истины недостаточно под-

---

<sup>3</sup> Д.О. Тузов, *Категории ...*, с.118; D. Tuzov, *Понятия ...*, с. 265.

<sup>4</sup> Д.О. Тузов, *Категории ...*, с. 120; D. Tuzov, *Понятия ...*, с. 270.

<sup>5</sup> Д.О. Тузов, *Категории ...*, с. 123; D. Tuzov, *Понятия ...*, с. 278.

<sup>6</sup> Д.О. Тузов, *Категории ...*, с. 126; D. Tuzov, *Понятия ...*, с. 284, сн. 36.

<sup>7</sup> Д.О. Тузов, *Категории ...*, с. 128; D. Tuzov, *Понятия ...*, с. 288.

<sup>8</sup> D. Tuzov, *Понятия ...*, с. 295.

готовленным читателем. Ведь в свою рецензию Д.О.Тузов, как практикующий адвокат, перенес методы, к сожалению, нередко используемые в адвокатской практике: в своей рецензии он стремился не установить истину, а уничтожить «противника», даже если истина стоит не на стороне обвинения. Не случайно поэтому, например, в английском языке слово lawyer (адвокат, юрист) приобрело чуть ли не негативное обозначение человека, способного черное выдать за белое и наоборот. Опасность распространения значительных искажений в определении римских юридических терминов и явилась для меня главной причиной написания ответа на рецензию Д.О.Тузова.

Но прежде всего хотелось бы отметить то позитивное значение, которое имеет рецензия Д.О.Тузова. Да, действительно, некоторые фрагменты первых четырех титулов четвертой книги Дигест сегодня были бы переведены иначе, чем 10 лет назад. Так, следует выразить Д.О.Тузову признательность за исправление перевода непростого места D. 4,1,6, где отглагольное причастие прошедшего времени *captus* переведено как «был взят», а не как «был обманут». К сожалению, крупнейший и самый лучший в России латино-русский словарь И.Х.Дворецкого вообще не дает значения «быть обманутым» для слова *sapere*<sup>9</sup>, а в специальном юридическом латинско-русском словаре Ф.М.Дыдынского<sup>10</sup> это значение дается среди последних, то есть не основных значений. И хотя я был знаком и с этим неосновным значением, однако в этом сложном для понимания фрагменте значение «быть взятым» показалось мне тогда более приемлемым. Мы также благодарны Д.О.Тузову за замеченную им чисто глазную ошибку в переводе слова *saepissime* как «весьма мудро» (*sapientissime*) вместо «весьма часто», однако следует возразить, что и его вариант перевода «и так весьма часто установлено» тоже неверен с точки зрения русского языка, так как здесь требуется несовершенный вид глагола «устанавли-

---

<sup>9</sup> И.Х. Дворецкий, *Латинско-русский словарь*, Москва 1976, с. 153 сл.

<sup>10</sup> Ф.М. Дыдынский, *Латинско-русский словарь к источникам римского права*, Москва 1998, с. 78 сл.

вать», так что более по-русски было бы перевести данный текст как «и так весьма часто устанавливается». Следует принести извинения и за редактора перевода А.М.Сморчкова, который допустил ошибку, заменив верный перевод «заключил третейское соглашение» на неверный «заключил мировое соглашение». Вместе с тем, надо подчеркнуть, что 99% исправленных им ошибок в переводе Д.О. Тузова вполне правомерны. Конечно, можно найти еще немало ошибок как в переводе Л.Л.Кофанова, так и в переводах многих других переводчиков, не исключая и И.С. Перетерского, однако это отнюдь не означает, что российский читатель снабжен никуда не годным русским переводом. В частности, переводчики очень благодарны за отмеченные в русском переводе ошибки И.С. Перетерского, сделанные известным итальянским ученым Пьеранджело Каталано, который вместе с тем весьма высоко оценил издание русского перевода Дигест Юстиниана<sup>11</sup>.

Теперь хотелось бы сконцентрироваться на тех псевдо ошибках, которые скорее свидетельствуют о непродуманности и необоснованности обвинений Д.О. Тузова и ошибочности некоторых его собственных взглядов в области римского права, нежели «реабилитируют его в глазах читателей».

1. Так, например, ему «режет слух формулировка “иск записывается как вещный”»<sup>12</sup>, который «переводчик ошибочно называет» *actio in rem*, так как, по мнению Д.О. Тузова, «*actio quod metus causa* не являлась таковым». Здесь придется констатировать тот факт, что рецензент не вполне представляет себе систему римских исков, главное деление которых состоит в разделении всех исков на вещные (*in rem*), личные (*in personam*) и смешанные (*mixtae*). Последние, по определению Юстиниана, «...имеют смешанное основание, они являются как вещными, так и личными»<sup>13</sup>. Именно

---

<sup>11</sup> Его отзыв на русское издание Дигест см. на интернет сайте Издательства «Статут».

<sup>12</sup> Д.О. Тузов, *Категории ...*, с. 119; D. Tuzov, *Понятия ...*, с. 268.

<sup>13</sup> I. 4,6,20: *Quaedam actiones mixtam causam optinere uidentur tam in rem quam in personam.*

к таким смешанным искам и относятся все штрафные иски (*actiones poenales*), каковым является и *actio quod metus causa*<sup>14</sup>. Если Д.О.Тузову мнения Юстиниана и современных юристов покажутся неубедительными, можно сослаться и на мнение классического юриста Ульпиана, который окончательно расставляет все точки над *i* в вопросе о характере иска «о том, что совершено под воздействием страха», подчеркивая, что в этом случае «...желающему дается как вещный, так и личный иск...»<sup>15</sup>. Вместе с тем, Д.О.Тузов совершенно прав, отмечая, что этот иск «направлен против любого получившего выгоду, а не только против принуждавшего», однако в этом, вопреки мнению Д.О.Тузова, данный иск, как и прочие *actiones in rem scriptae*, подобен виндикационному иску, также направленному против любого третьего лица в отношении утверждения истцом своего права на вещь.

2. Особое недоумение вызывает обвинение рецензента в якобы ошибочном переводе выражения *restituere rem* как «восстановить вещь в первоначальное положение». Сам Д.О.Тузов убежден в том, что выражение *restituere rem* во фрагменте D. 4,2,14,5 не может быть переведено как «восстановить вещь в первоначальное положение», а должно переводиться как «возвратить вещь»<sup>16</sup>. Поскольку Д.О.Тузов является специалистом по реституции, мне следовало обратиться к его трудам в этой области, чтобы понять, в чем состоит моя ошибка. Результаты анализа трудов Д.О.Тузова в области реституции оказались весьма неутешительными: практически фальсифицируя римский институт *in integrum restitutio*, он противопоставляет его современному институту реституции в

---

<sup>14</sup> См. об *actiones mixtae*: M.J. GARCIA GARRIDO, *Diccionario de jurisprudencia romana*, Madrid 1986, с. 19; *Dizionario giuridico romano*, a cura di F. DEL GIUDICE e S. BELTRANI. Napoli 1993, с. 26. О природе *actio quod metus causa* как штрафного иска с указанием основных источников и научной литературы см. J.M. BLANC NOUGUÉS, *La intransmisibilidad de las acciones penales en derecho romano*, Madrid 1997, с. 196-204.

<sup>15</sup> D. 4,2,9,4: *Volenti autem datur et in rem actio et in personam ...*

<sup>16</sup> Д.О. Тузов, *Категории ...*, с. 120; D. Tuzov, *Понятия ...*, с. 270.

российском гражданском праве. Согласно общепринятому определению «реституция – в гражданском праве возврат сторонами, заключившими сделку, всего полученного ими по сделке в случае признания ее недействительной»<sup>17</sup>. Римское же право, по мнению Д.О.Тузова, «не знало какого-то отдельного иска или иного средства защиты, специально направленного на возврат имущества», а «*in integrum restitutio*... направлялась не на возврат переданного по сделке имущества, а на отмену правового эффекта самой сделки»<sup>18</sup>, причем всех тех российских юристов, которые склонны проводить прямую аналогию между римской *in integrum restitutio* и реституцией по ГК РФ, он обвиняет в голословности<sup>19</sup>. В то же время обращает на себя внимание тот факт, что сам Д.О.Тузов практически игнорирует всю современную специальную западную литературу по римской реституции, весьма широко представленную в историографии<sup>20</sup>. Вместе с тем, анализ источников

---

<sup>17</sup> *Юридический энциклопедический словарь*<sup>3</sup>, под ред. В.Е.Крутских, Москва 2004, с. 348. См. также ГК РФ, ст. 167, п. 2.

<sup>18</sup> Д.О.Тузов, *Реституция при недействительности сделок и защита добросовестного приобретателя в российском гражданском праве*, Москва 2007, с. 83.

<sup>19</sup> Д.О.Тузов, *Реституция и реституционные правоотношения в гражданском праве России*, [в:] *Цивилистические исследования*. Вып. 1. *Сборник научных трудов памяти проф. И.В.Федорова*, под ред. Б.Л. Хаскельберга, Д.О.Тузова. Москва 2004, с. 220.

<sup>20</sup> См. например: [F.] KLINGMÜLLER, s.v. 'Restitutio', «RE» 2.1 (1914), col. 676-685; M. KASER, *Studi sulla 'in integrum restitutio'*, «Labeo» 12 (1966), с. 235-250; F. FABBRINI, *Per la storia della 'restitutio in integrum'*, «Labeo» 13 (1967), с. 200-230; G. CERVENCA, 'Restitutio in integrum' (B. KUPISCH, 'In integrum restitutio' und 'vindicatio utilis' bei Eigentumübertragungen im klassischen römischen Recht), «Labeo» 24 (1978), с. 213-221; J. GAUDEMET, (L. RAGGI, *La 'restitutio in integrum' nella 'cognitio extra ordinem'*), «Revue Historique de Droit Français et Etranger» 44 (1966), с. 609-614; G. PROVERA, (L. RAGGI, *La 'restitutio in integrum' nella 'cognitio extra ordinem'*. *Contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica*), «SDHI» 32 (1966), с. 406-416; A. WACKE, *Kannte das Edikt eine 'in integrum restitutio propter dolum'?*, «ZSS» 101 (1971), с. 105-135; M. KASER, *Zur 'in integrum restitutio', besonders wegen 'metus und dolus'*, «ZSS» 107(1977), с. 101-183.

Д.О.Тузова также весьма избирателен, он почему-то полностью игнорирует те важнейшие данные древнеримских юридических источников, которые противоречат его концепции.

Давайте же опираться, как справедливо отмечает сам Д.О.Тузов, «на авторитет романистической традиции»<sup>21</sup>. Что касается общего значения глагола *restituere* в любом римском юридическом контексте, то по мнению римских классических юристов Гая<sup>22</sup> и Павла<sup>23</sup>, это значение гораздо шире, чем просто «выдавать вещь», так как включает в себя выдачу не только самой вещи, но и права владения ею, и незаконно полученных доходов от нее. Тот же Павел дает еще три толкования выражения *restituere rem* в суде, полагая, что «восстанавливает тот, кто возвращает ту вещь, которой обладал бы истец в том случае, если бы его право не оспаривалось в суде»<sup>24</sup>, упоминая преторскую реституцию здания<sup>25</sup> и употребле-

---

<sup>21</sup> Д.О. Тузов, *Реституция и реституционные правоотношения* ..., с. 223.

<sup>22</sup> D. 50,16,22 (Gaius 4 *ad ed. prov.*): Plus est in restitutione, quam in exhibitione: nam «exhibere» est praesentiam corporis praebere, «restituere» est etiam possessorem facere fructusque reddere: pleraque praeterea restitutionis verbo continentur [Значение слова «реституция» шире, чем слова «выдача», ведь «выдавать» означает предъявлять (в суде) имеющийся в настоящее время предмет, «восстанавливать» же означает еще и делать владельцем, и отдавать (полученные) доходы; слово «реституция» и помимо этого имеет массу значений].

<sup>23</sup> D. 50,16,35 (Paul.) «Restituere» autem is intellegitur, qui simul et causam actori reddit, quam is habiturus esset, si statim iudicii accepti tempore res ei reddita fuisset, id est et usucapionis causam et fructuum [Считается, что «восстанавливает» также и тот, кто сразу возвращает истцу и основание, которое он имел бы, если бы сразу после принятия тяжбы вещь была ему возвращена, то есть (возвращает) и основание для приобретения по давности, и плоды].

<sup>24</sup> D. 50,16,75 (Paul.) «Restituere» is videtur, qui id restituit, quod habiturus esset actor, si controversia ei facta non esset.

<sup>25</sup> D. 50,16,81 (Paul. 10 *ad Plaut*): Cum praetor dicat «ut opus factum restituatur», etiam damnum datum actor consequi debet: nam verbo «restitutionis» omnis utilitas actoris continetur [Когда претор скажет: «чтобы построенное (здание) было восстановлено (в первоначальном положении)», то истец должен получить также и за причиненный ущерб; ведь в понятие «реституция» включается всякая (упущенная) выгода истца].

ние *restituere rem* в договорах<sup>26</sup>. Наконец, и Помпоний подчеркивает, что глагол *restituere* означает не только простое возвращение вещи, но и восстановление ее правового положения<sup>27</sup>. Кроме того, иногда римские юристы прямо используют выражение *restituere in integrum* именно в отношении вещи<sup>28</sup>.

Таким образом, по мнению римских юристов *restituere rem* означало не только простой «возврат вещи», но и именно восстановление прежнего правового статуса вещи или, выражаясь словами римских юристов «восстановление вещи в первоначальное положение». Но может быть Д.О.Тузов прав в том, что особая преторская *in integrum restitutio* была направлена только «на отмену правового эффекта самой сделки», а «не на возврат переданного по сделке имущества». Чтобы расставить здесь точки над *i*, обратимся к прямому определению *in integrum restitutio* у римского юриста Павла, почему-то проигнорированному Д.О.Тузовым в его исследованиях: «1. Восстановление в первоначальном положении есть иск о восстановлении вещи или отношения... 4. Восстановление в первоначальном положении предъявляется либо как вещный, либо как личный иск. Вещный иск предъявляется для того, чтобы та вещь, о которой ведется иск, была возвращена; в личном же иске в течение года можно истребовать четырехкратное воз-

---

<sup>26</sup> D. 50,17,173 (Paul.): 1. Cum verbum «*restituas*» lege invenitur, etsi non specialiter de fructibus additum est, tamen etiam fructus sunt restituendi [*Когда в договоре встречается слово «восстановишь», если даже не добавлено ничего по поводу доходов, тем не менее должны быть возвращены также и доходы*].

<sup>27</sup> D. 50,16,246,1 (Pomp.) Restituit non tantum, qui solum corpus, sed etiam qui omnem rem condicionemque reddita causa praestet: et tota restitutio iuris est interpretatio [*Восстанавливает (в первоначальном положении) не только тот, кто может предоставить возвращение лишь тела, но также и тот, кто может обеспечить возвращение всей вещи и ее правового положения; а реституция в полной мере является (предметом) толкования права*].

<sup>28</sup> См., например, D. 4,4,18,2: *res bis iudicatas in integrum restitui* [*имущества, уже дважды присужденного к восстановлению в первоначальном положении*]; D. 38,2,35 *usus fructus in integrum restituaatur* [*узуфрукт был восстановлен в первоначальное положение*].

мещение, по истечении года – простое»<sup>29</sup>. Конечно, можно обвинить и римского юриста Павла в незнании римского права, однако в определении значения римской терминологии следует больше доверять римскому, а не современному, даже самому талантливому юристу. Таким образом, Д.О.Тузов ошибается в интерпретации римской реституции, то есть, вся его теория толкования сущности римской реституции и, соответственно, его критика теории современной российской реституции оказывается не более, чем плодом голой фантазии.

Странным выглядит и высказанная только в польской версии рецензии претензия рецензента к моему введению к первому тому издания Дигест, где я описываю содержание 1-4 титулов 4-й книги Дигест как основных случаев применения *in integrum restitutio*, так как по его мнению «в III титуле IV книги ни реституция, ни отмена судебного решения... вообще не рассматриваются, а речь идет об *actio doli*»<sup>30</sup>. Однако, хотелось бы возразить Д.О.Тузову, что в современной романистике общепризнанным является факт, что одним из главных оснований применения преторской реституции и является наличие *dolus malus*<sup>31</sup>, о чем и говорится в 3-м титуле IV книги Дигест.

3. Удивляет и непонимание Д.О.Тузовым причин добавления в отрывке из Ульпиана D.4.2.14.5 отсутствующего в оригинале слова «претор»<sup>32</sup>, ведь практически весь 2-й титул 4-й книги Дигест представляет из себя комментарий к преторскому эдикту о со-

---

<sup>29</sup> PS 1,7,1-4: *Integri restitutio est redintegrandae rei vel causae actio. 4. Integri restitutio aut in rem competit aut in personam. In rem actio competit, ut res ipsa qua de agitur revocetur; in personam aut quadrupli poena intra annum vel simpli post annum peti potest.*

<sup>30</sup> D. Tuzov, *Понятия ...*, с.275.

<sup>31</sup> См., например: М.Х. Гарсия Гарридо, *Римское частное право: казусы, иски, институты*, перевод с испанского. Отв. редактор Л.Л.Кофанов, Москва 2005, с. 209; *Римское частное право*, под. ред. И.Б.Новицкого, И.С.Перетерского, Москва 1994, с. 75. Ср. PS 1,7,2.

<sup>32</sup> Д.О. Тузов, *Категории ...*, с. 120; D. Tuzov, *Понятия ...*, с. 271.

вершенном под воздействием страха, а глагол *iubere*, как правило, используется именно в отношении приказа (*iussus*) претора, а не решения (*arbitrium*) судьи. Кроме того, хотелось бы возразить Д.О.Тузову, что хотя термины *iudex* и *praetor* не являются синонимами, однако следует отдавать себе отчет в том, что претор являлся не просто магистратом, а судебным магистратом, «отправлявшим в Риме правосудие»<sup>33</sup>, который и сам мог выносить судебное решение, почему нередко и обозначался наряду с другими римскими магистратами термином *iudex*<sup>34</sup>. Недоумение возникает и по поводу претензии к переводу выражения *competere actionem* как «возбуждать или предъявлять иск», ведь это общепринятое первое значение, которое дает большинство юридических словарей по римскому праву<sup>35</sup> и не противоречит смыслу контекста, а потому не является ошибкой.

4. Особенно странными представляются претензии Д.О.Тузова по поводу интерпретации выражения *causae cognitio* или *causa cognita*, считающего, что в Дигестах «безусловно преобладает» его узкое техническое значение «исследование (претором) обстоятельств дела»<sup>36</sup>. На самом же деле все те значения, которые перечисляются Д.О.Тузовым как недопустимый разнобой, отражают всю гамму значений данного выражения в различных контекстах. Ведь, как справедливо отмечает М.Бартошек<sup>37</sup>, «*cognoscere* [познавать] означает расследовать, решать какой-либо юридический вопрос или дело – это было правом (*ius cognoscendi*) и задачей

---

<sup>33</sup> D. 1,2,2,27. См. также: Л.Л. Кофанов, «*Lex* и «*ius*»: возникновение и развитие римского права в VIII-III вв. до н.э., Москва 2006, с. 456-465.

<sup>34</sup> См. подбор источников с таким словоупотреблением: *Thesaurus Linguae Latinae*, VII 2, с. 599 s. В частности, в Дигестах Юстиниана: D. 2,5,2,1; D. 2,7,3,1; D. 3,1,1,6; D. 4,2,23,2; D. 4,8,32,7; D. 11,1,4,1; D. 26,5,4; D. 46,7,20.

<sup>35</sup> См. M.J. GARCIA GARRIDO, *Diccionario...* с. 76; М. БАРТОШЕК, *Римское право: Понятия, термины, определения*, Москва 1989, с. 80.

<sup>36</sup> Д.О. ТУЗОВ, *Категории ...*, с. 122; D. TUZOV, *Понятия ...*, с. 276.

<sup>37</sup> М. БАРТОШЕК, *Ук. соч.*, с. 72.

как магистрата, так и судьи»<sup>38</sup>. Согласно известному немецкому романисту М.Влассак<sup>39</sup> понятие *cognitio* понималось и как предварительное судебное следствие в ординарном процессе<sup>40</sup>, и как преторское расследование дела при *in integrum restitutio*<sup>41</sup>, и как форма и ступень судебного процесса<sup>42</sup>, и как процесс дознания *extra ordinem*<sup>43</sup>, и как расследование в уголовном судебном процессе<sup>44</sup>. Вообще в источниках как республиканского времени, так и эпохи Принципата выражение *causae cognitio* или *causa cognita* нередко применяется именно в отношении судей, нередко римский магистрат, назначив судей, поручает им провести *causae cognitio*, то есть расследование дела и на его основании вынести судебное решение<sup>45</sup>. Вообще всякое судебное разбирательство непременно

---

<sup>38</sup> D. 50,16,46 pr.: *pronuntiasset et statuisse solemus dicere eos, qui ius habent cognoscendi* [мы имеем обыкновение говорить, что официально присудили и установили те, кто имеет право вести судебное разбирательство].

<sup>39</sup> M. Wlassak, s.v. 'Cognitio', «RE» 7 (1900), col. 206-218.

<sup>40</sup> M. Wlassak, *op. cit.*, с. 207.

<sup>41</sup> M. Wlassak, *op. cit.*, с. 209.

<sup>42</sup> M. Wlassak, *op. cit.*, с. 212-215.

<sup>43</sup> M. Wlassak, *op. cit.*, с. 215-218.

<sup>44</sup> Kleinfeller, s.v. 'Cognitio' im Strafprozess, «RE» 7 (1900), col. 218-220.

<sup>45</sup> Так, Ливий пишет (Liv. 26,48,8): *Scipio tres recuperatores ... pronuntiasset qui cognita causa testibusque auditis iudicarent... 9. recuperatores considerare et causam cognoscere iussit* [Сципион назначил трех рекуператорских судей, которые, разобрав дело и выслушав свидетелей, вынесут судебное решение ... 9. Сципион приказал, чтобы рекуператоры рассмотрели и расследовали дело]. Цицерон также использует выражение *causam cognoscere* в отношении судей рекуператорского суда (Cic., *Pro Flacc.* 47): *A recuperatoribus causa cognoscitur* [Дело расследуется рекуператорами]. Согласно Тациту, в расследовании особенно важного дела мог принять участие и весь сенат как судебная коллегия (Tac., *Hist.* 4,45: *in senatu cognitio secundum veterem morem... vocati qui arguebantur, et cognita causa in convictos vindicatum, additumque senatus consultum quo* [Согласно древнему обычаю расследование происходило в сенате ... Были вызваны свидетели и после расследования дела виновные были осуждены]. Наконец, Павел использует это выражение в отношении судьи в процессе о наследстве (D. 34,9,5,1: ... *cognita causa a iudice constituendum erit*. [... должно быть установлено судьей после рассмотрения дела].

содержит в себе *causae cognitio* и ни одно судебное решение не может быть произведено без судебного расследования или разбирательства, без достижения «ясности дела» (D.4.1.8)<sup>46</sup>. Претор тоже может провести полное расследование дела, когда сам выступает в качестве судьи и сам выносит судебное решение, не передавая его *in iudicium*, именно это право магистрата и получило в классическом праве название *cognitio extra ordinem*. Однако, и в случае двухфазового судебного процесса претор производил *causae cognitio*, но здесь это было именно предварительное расследование, которое также являлось судебным разбирательством, совершившимся на первой стадии судебного процесса с целью определить характер иска и его формулу. Это отнюдь не означало, что *causae cognitio* более не производилось судьей на второй стадии процесса – *in iudicio*. Наоборот, судебное расследование дела было обязательным и без окончательного *causae cognitio* судья не мог вынести судебного решения (D. 45,1,135,2) согласно общему правилу о том, что «все дела, которые требуют судебного расследования, не могут исполняться сразу по предъявлению жалобы» (D. 1,16,9,1). Таким образом, «расследование тяжбы», ее причин, оснований<sup>47</sup>, естественно, имело место на протяжении всего судебного разбирательства, а потому нередко и идентифицируется с самим судебным разбирательством. По общепринятому определению, и в современном российском праве судебное расследование или, точнее, следствие, является основной частью судебного разбирательства<sup>48</sup>.

5. Теперь обратимся к рассмотрению термина *excerptio in factum* – «эксцепции по факту содеянного». Здесь следует отметить, что в процессе работы над переводом с целью унификации латинской

---

<sup>46</sup> Ср. Liv. 45,20,10: ... *orantes, ut prius cognoscerent causam quam condemnarent* [... умоляя сначала расследовать дело, а уж потом выносить приговор].

<sup>47</sup> Ведь слово *causa* весьма многозначно и включает в себя прежде всего само основание, причину тяжбы, а через это значение – и саму тяжбу в целом.

<sup>48</sup> *Юридический энциклопедический словарь* ..., с. 383; см. стт. «Судебное разбирательство», «Судебное следствие».

юридической терминологии коллектив переводчиков и редакторов, включающий в себя многих известных историков, филологов и юристов, договорился именно о таком русском эквиваленте термина *exsertio in factum*. Возражение Д.О.Тузова о том, что слово «содеянный» «носит несколько уголовный оттенок»<sup>49</sup>, совершенно несостоятельно, так как оно является однокорневым со словом «деяние» или «действие», которое бывает как правомерным, так и неправомерным<sup>50</sup>. Еще более несостоятельно возражение Д.О.Тузова о том, что в случае эксцепции о неуплаченных деньгах «факт содеянного отсутствует», так как ему должно быть хорошо известно, что неисполнение обязательства с юридической точки зрения, безусловно, является неправомерным действием.

6. Несколько более сложен вопрос о переводе категории *exsertio rei iudicatae*. Перевод Д.О.Тузова – «эксцепция о решенном деле» в целом правилен, однако содержит в себе неточность, так как *res iudicata* означает не вообще какое бы то ни было решенное дело, в том числе и хозяйственные дела, решаемые римлянами в быту, то есть вне суда, а именно уже вынесенное судом судебное решение или судебный приговор, поэтому предложенный Тузовым перевод не только не является дословным, как он это утверждает, но и должен быть признан неточным. Д.О.Тузов справедливо отметил<sup>51</sup>, что причина замены его перевода на «эксцепция об (исполнении) судебного решения» связана с идентичностью термина *res iudicata* в категориях *actio rei iudicatae* и *exsertio rei iudicatae*. То, что *actio rei iudicatae* (= *actio iudicati*) следует переводить именно как «иск об исполнении судебного решения» является общепризнанным фактом<sup>52</sup> и не подлежит сомнению. При подготовке к пе-

---

<sup>49</sup> Тузов, *Категории ...*, с. 124; D. Tuzov, *Понятия ...*, с. 281.

<sup>50</sup> *Юридический энциклопедический словарь ...*, с. 418.

<sup>51</sup> Д.О. Тузов, *Категории ...*, с. 126, сн. 30; D. Tuzov, *Понятия ...*, с.285, сн. 37.

<sup>52</sup> См.: M.J. GARCIA GARRIDO, *op. cit.* с. 13: «*Actio iudicati*» – иск об исполнении судебного решения в формулярном процессе». Ср.: *Dizionario giuridico romano ...* с. 25; G. 4,9.102; PS 5,9,3.

части VI тома Дигест Юстиниана редактор издательства, заметив разночтение в переводе термина *res iudicata* в категориях *actio rei iudicatae* и *exscriptio rei iudicatae*, справедливо потребовала унифицировать перевод этого термина и я счел возможным перевести и *exscriptio rei iudicatae* как «эксцепция об исполнении судебного решения». Действительно, вопреки возражениям Д.О.Тузова, несколько затруднительно представить себе возражение ответчика о уже решенном, но еще не исполненном судебном деле, так как при неисполненном ответчиком судебном решении такая эксцепция стала бы ничтожна при репликации истца о неисполнении судебного решения. Если же речь шла о повторном иске, когда истец, проиграв процесс в первом иске, возобновлял его во втором иске, ответчик посредством *exscriptio rei iudicatae* требовал от истца подчиниться первому судебному решению, то есть опять же требовал исполнения уже вынесенного судебного решения, ведь как справедливо отметил С.А.Муромцев, «*exscriptio rei iudicatae* использовалась для воспроизведения силы судебного решения»<sup>53</sup>. Таким образом, представленный перевод *exscriptio rei iudicatae* не искажает его значения. Тем не менее, я все же вынужден признать, что в данном случае стремление к унификации не вполне оправдано и вариант Д.О.Тузова «эксцепция о решенном деле» является более привычным и более верным.

7. Иначе дело обстоит с термином *graeiudicium*. Предложенная Д.О.Тузовым транслитерация «преюдиция» не дает объяснения значения термина и даже несколько искажает его, так как отождествляет с современной преюдицией<sup>54</sup>. Кроме того, эта транслитерация безграмотна, так как латинское слово среднего рода в ней дается как слово женского рода. Предлагаемая им трактовка *graeiudicium* как «предварительного судебного решения», хотя и принята в русских переводах, однако тоже неточно отражает весь спектр значений термина, так как может быть понята

---

<sup>53</sup> С.А. МУРОМЦЕВ, *Гражданское право древнего Рима*, Москва 2003, с. 365.

<sup>54</sup> Д.О. ТУЗОВ, *Категории ...*, с. 124; D. TUZOV, *Понятия ...*, с. 287.

в том смысле, что одни и те же судьи выносят сначала предварительное, а затем окончательное судебное решение, что совершенно не соответствует действительности, так как преюдициальное решение всегда делается до начала того судебного процесса, в котором становится преюдициальным, и конечно совсем не теми судьями, которые ведут тот судебный процесс. Термин *praeiudicium* имеет весьма широкое юридическое значение в римском праве, включая в себя три основных разновидности. Если мы обратимся к наиболее авторитетному во всем научном мире Оксфордскому латинско-английскому словарю, то найдем следующее основное значение данного термина: «*Præiudicium*. Предварительное следствие или иск о решении сущности дела (т.е. статуса), который должен быть осуществлен до того, как будет начата (главная) тяжба»<sup>55</sup>. Как известно, предварительное следствие или расследование в современном праве совершается до передачи дела в суд<sup>56</sup> и не может иметь ничего общего с предварительным судебным решением. Так часто понимали *praeiudicium* и римляне, подчеркивая, что *praeiudicium* происходило до суда, что следует, например, из определения Псевдо-Аскония в комментариях к судебной речи Цицерона «В защиту Цецины»: «Словом *praeiudicium* называется дело, которое после его установления дает пример тем будущим судебным делам, которые воспоследуют за ним; словом же суд называется дело, которое определяет причину и характер спора»<sup>57</sup>. Такого же рода значение мы встречаем и в схолиях к Цицерону: «*Præiudicium* – это мнение, имеющее место до суда»<sup>58</sup>. Наиболее полное определение *praeiudicium* дает судебный ритор IV в. н. э. Г.Юлий Виктор, выделяя следующие три его основных

---

<sup>55</sup> *Oxford Latin Dictionary* Oxford 1968, с. 1433.

<sup>56</sup> *Юридический энциклопедический словарь ...*, с. 315.

<sup>57</sup> Ps. Ascon., *Div. in Caec.*, с. 190, 9. § 12: *Præiudicium dicitur res, quae, cum statuta fuerit, affert iudicaturis exemplum, quod sequantur; iudicium autem res, quae causam litemque determinat.*

<sup>58</sup> Schol. Cic., *Gron. B.*, с. 326. 24: *Præiudicium est ante iudicium incurrens opinio.*

вида: «Все значение *praeiudicia* главным образом укладывается в трех их видах. В судебных решениях, которые некогда были вынесены по другим тяжбам, и которые более правильно называются прецедентами... Также в судебных процессах, относящихся к самой тяжбе, откуда говорится и само это название... Также они заключаются в устном утверждении, когда о той же тяжбе сделано заявление... Утверждается же оно главным образом двумя вещами: авторитетом тех, кто сделал заявление, и сходством дел, о которых ведется расследование»<sup>59</sup>. Таким образом, римское *praeiudicium* включало в себя, во-первых, любые судебные решения по другим судебным делам, используемые в качестве примеров, то есть прецедентов, и здесь оно, вопреки ошибочному мнению Д.О.Тузова<sup>60</sup>, почти идентично современному значению русского юридического термина «преюдиция» или «преюдициальность». Во-вторых, это те предварительные судебные определения, которые выносились до начала главного судебного процесса. Однако, следует подчеркнуть, что римляне разделяли *praeiudicium* и *iudicium* и в том случае, если досудебное разбирательство шло в форме особого иска (*actio praeiudicialis*). Важен тот факт, что оно не являлось с точки зрения римлян частью того судебного процесса, которое предвляло, поэтому и не могло быть «предварительным судебным решением» тех судей, которые выносили окончательное судебное решение, так как в *actio praeiudicialis* судебное решение выносилось совершенно другими судьями. В-третьих, термином *praeiudicium* обозначалось всякое досудебное и даже внесудебное заявление или, точнее, мнение авторитетного, то есть обладающего определенными, основанными на авторитете должности или частного гражданина, полномочиями (*auctoritas*) отдельного лица,

---

<sup>59</sup> Iul. Victor, *Ars Rhet.* 6,8: Praeiudiciorum vis omnis tribus in generibus maxime versatur. Rebus, quae aliquando ex aliis causis sunt iudicatae, quae exempla rectius dicuntur... Item iudiciis ad ipsam causam pertinentibus, unde etiam nomen hoc dictum est... Item quum de eadem causa pronuntiatum est, ... constet oratio. Confirmatur autem praecipue duobus, auctoritate eorum, qui pronuntiaverunt, et similitudine rerum, de quibus quaeritur. Ср. Quint., *Inst.* 5,2,1.

<sup>60</sup> Д.О. Тузов, *Категории ...*, с. 127.

магистрата или группы лиц, или даже всего римского народа. Так, цензор давал свое *praeiudicium* в отношении отчитывающегося магистрата, и только если выявлял его коррумпированность, то дело передавалось в суд<sup>61</sup>. Такое мнение внесудебным порядком нередко высказывалось и легатами<sup>62</sup>, и сенатом в виде постановления, и плебейскими трибунами, и даже народным собранием<sup>63</sup>. Наконец, такое досудебное мнение могло высказать и частное лицо, например, при вызове в суд лицо, находящееся с истцом в родственных отношениях, публично заявляло об отказе идти в суд на основании запрета вызывать в суд родителей или патронов<sup>64</sup>, или будущий ответчик по вещному иску мог потребовать от будущего истца так называемой преюдициальной спонсии (*sponsio praeiudicialis*) о том, что в случае, если вещь окажется по праву принадлежащей ответчику, истец уплатит ему определенную денежную сумму (*Gai. Inst. IV. 93-94*). Такого рода досудебные стипуляционные обязательства, призванные дать определенные публичные гарантии от будущего ущерба при неисполнении обязательства, назывались преторскими, хотя могли совершаться в присутствии не только

---

<sup>61</sup> Cic., *De leg.* 3,47: *Apud eosdem, qui magistratu abierint edant et exponant, quid in magistratu gesserint, deque iis censores praeiudicent... Quocirca melius est rationes referri causamque exponi censoribus, integram tamen legem accusatori iudicioque seruari.* [*Магистраты, срок полномочий которых уже истек, должны сообщать и докладывать цензорам о своей деятельности во время магистратуры, а цензоры должны выносить об этом досудебное решение... Поэтому лучше, чтобы эксмагистраты давали отчет и сообщали о своей деятельности цензорам, применение же закона всецело предоставлялось обвинителю и суду*].

<sup>62</sup> Liv. 39,27,5: *legatorum Romanorum in eam rem praeiudicium...*

<sup>63</sup> Cic., *De inv.* 2,113: *num, quod supplicium aliquod vitet, eo praemium a senatu postulet, ut de se praeiudicium factum esse videatur*; Liv. 3,40,11: *praeiudicium rei tantae*; Liv. 5,11,10: *praeiudicium ... de reis et ab senatu et ab populo Romano et ab ipsorum collegis factum esse*; Liv. 26,29,8: *senatus praeiudicium*; Liv. 35,10,9: *tantum praeiudicium*; Quint., *Inst.* 4,2,25: *si iam praeiudicio senatus damnatus esset Milo ...*

<sup>64</sup> D. 2,4,8,1: *Si qui praeiudicio pronuntietur esse libertus* [Если в отношении кого-то в досудебном решении заявляется, что он является вольноотпущенником].

претора, но и иного магистрата, например, курирующего рынок и торговые сделки эдила (D.45.1.5 pr.). Эти преюдициальные обязательства не требовали дополнительного судебного разбирательства до начала главного процесса и срок их исполнения наступал после вынесения судебного решения главной тяжбы.

Необходимо подчеркнуть одно очень важное обстоятельство. Преторская власть соединяла в себе и исполнительную, и судебную власть. Претор совершал различные юридически значимые акты, а не только инициацию или проведение судебного процесса. Ведь и судебная уступка *in iure cessio* как способ переноса собственности, и продажа государственного имущества или сдача государственных подрядов (*venditiones sub hasta*) совершались *in iure*, под председательством претора, однако рассматриваются нами не как судебные процессы, а как особые формы переноса собственности. Кроме того, преторы выполняли еще и те функции следственных досудебных действий, которые в современной России выполняет прокуратура. Таким образом, и внесудебные следственные действия, и предварительные судебные расследования (например, по установлению статуса ответчика) происходили до начала суда и поэтому, несомненно, являлись «досудебными разбирательствами», поэтому я должен вернуть обвинение Д.О.Тузова в «нелепости произведенной замены». Более того, приведенный Д.О.Тузовым пример такой нелепости в применении к конкретному тексту источника, скорее свидетельствует против него. Я согласен с Д.О.Тузовым в том, что при досудебном урегулировании спора еще «не существует ни истца, ни ответчика»<sup>65</sup>, именно поэтому Ульпиан и говорит, что «в досудебных разбирательствах роль истца выполняет тот, кто имеет интенцию»<sup>66</sup>. Таким образом, Ульпиан подчеркивает, что в досудебных разбирательствах истца как такового нет, а его роль выполняет тот, кто «имеет интенцию», то есть имеет определенную цель, намерение, например, намерение публично подтвердить свой статус. Более

---

<sup>65</sup> Д.О. Тузов, *Категории ...*, с. 128; D. Tuzov, *Понятия ...*, с. 289.

<sup>66</sup> D. 44,1,12 (Ulp.): *in praeiudiciis is actoris partes sustinet, qui habet intentionem ...*

того, в *actio praeiudicialis* роль истца нередко выполняет тот, кто в самом *iudicium* является ответчиком.

Подводя итог, хотелось бы еще раз отметить, что далеко не всякие благие цели оправдывают любые средства их достижения. Стремление Д.О.Тузова посредством непродуманных, несдержанных и некорректных обвинений в адрес своих коллег «реабилитировать себя в глазах читателей» привело его к прямо противоположной цели – он продемонстрировал недостаточное владение научной этикой и недостаточную научную подготовленность в области изучения римского права.