

УДК 340(075.8)

NE BIS IN IDEM: ПРАВИЛО ИЛИ ПРИНЦИП РИМСКОГО ПРАВА?

NE BIS IN IDEM: A RULE OR A PRINCIPLE OF ROMAN LAW?

Пономарева Валерия Владимировна,

*начальник кафедры государственно-правовых
дисциплин Сибирского юридического института
МВД России (г. Красноярск),
доктор юридических наук, профессор*



valery_e378he@mail.ru

Ключевые слова:

правовой принцип, правовое правило, правовая система, «не дважды за одно и то же», правовая традиция, общеправовые принципы, права человека, римская правовая мысль.

Автор анализирует понимание принципов права в римском праве, его влияние на дальнейшее развитие права в странах, принадлежащих к различным правовым системам. На основе доступных текстов Дигест, Институций Гая, трактатов Цицерона, а также работ выдающихся исследователей римского права (М. Бартошек, Д.Д. Дождев и другие) автор приходит к заключению, что можно говорить о существовании определенных общих подходов к решению правовых ситуаций, которые можно рассматривать как некие аналоги современной категории «принципы права». Автор доказывает, что одним из достижений римской правовой мысли стала формулировка правила о запрете привлечения к ответственности дважды за одно и то же деяние, его дальнейшая рецепция и оформление в качестве общеправового (конституционного) принципа в современном национальном законодательстве и международном праве.

Keywords:

principle of law, rule of law, legal system, ne bis in idem, legal heritage, fundamental principles of law, human rights, roman legal thought.

The author analyzes the understanding of the principles of law in Roman law, its influence on the further development of law in countries belonging to different legal systems. Based on the available texts of Digests, Institutions of Gaius, treatises of Cicero, as well as the works of prominent researchers of Roman law, such as Milan Bartoszek, D.D. Dozhdev, and others, the author comes to the

conclusion that there are certain General approaches to solving legal situations that can be considered as some analogues of the modern category of «principles of law».

The author proves that one of the achievements of Roman legal thought was the formulation of the rule on the prohibition of bringing to responsibility twice for the same act, its further reception and registration as a General legal (constitutional) principle in modern national legislation and international law.

Исследование римского права, бесспорно, имеет огромное значение для изучения не только общих закономерностей, но и особенностей происхождения тех или иных правовых институтов, норм и принципов, способствует пониманию их назначения в современном правовом пространстве. Российская национальная правовая система также основывается на заимствованных категориях и конструкциях римского гражданского права, в том числе в части публичного права. Анализ закономерностей возникновения и развития правовых институтов в римском праве позволяет четче уяснить внутреннюю логику назначения правовых институтов, что способствует их надлежащей реализации в современном российском праве. Изучение римской юриспруденции значимо еще и потому, что именно римские юристы сумели выработать общие подходы к решению конкретных правовых ситуаций и казусов, которые во многом схожи с современными принципами права.

Следует согласиться с современными цивилистами, которые отмечают, что именно римским юристам принадлежит заслуга формирования логико-понятийного аппарата частного права. Однако вызывает сомнения истинность утверждения о том, что многие институты римского права существуют практически в неизменном виде и в условиях современных правовых порядков. Полагаем, что римские юристы не ставили перед собой задачу развития теории права, а тем более философии права. Их деятельность в сфере права имела сугубо практический характер. А к заслугам собственно римской юриспруденции классического периода следует отнести адаптацию архаических, формализованных и зачастую устаревших норм римского права к потребностям общества с развитым гражданским оборотом. Следовательно, их идеи и обобщения есть результат ремесла юриста-практика, но не юриста-философа или юриста-мыслителя, ибо многие сформулированные ими общие представления могут рассматриваться в качестве прообраза принципов права в их современном понимании, но не более того. В качестве доказательств предлагаются формально-логический, теоретико-правовой и сравнительно-исторический анализ общеправового принципа «не дважды за одно и то же».

Итак, в зарубежной и отечественной научной литературе сложилась традиция идеализировать и модернизировать римское право и априори утверждать факт существования принципов в римском праве, аргументируя это положение сугубо логически, а именно, что в руках римских юристов закон впервые стал научным (*sic!*) предметом, тщательно сформулированной системой принципов, абстрагированных от детализированных правил, составляющих непосредственную материю права. Если кратко сформулировать основные тезисы данного научного подхода, то они следующие:

- заслуга римских юристов заключалась в том, что они оказались способны конструировать эти абстракции и манипулировать ими на ранее недоступном уровне сложности;

- римская правовая мысль оказалась способна корректировать логику собственных юридических конструкций и отражать наиболее типичные, юридически значимые правовые ситуации, исковые формуляры в типовых построениях правомочий, обязанностей, ответственности, процедур;

- сама римская правовая мысль не рассматривалась как порождение абстрактного умозрительного творчества, но рассматривалась как концентрация судебной практики.

Наконец, максимы римских юристов были порождены самой материей объективного права, детерминированы конкретными потребностями субъектов правоотношений и облечены в форму социально необходимых правовых категорий.

Авторы, разделяющие вышеизложенный подход, в качестве конкретных правовых институтов римского классического права, подтверждающего справедливость подобных утверждений и обобщений, утверждают существование принципов римского гражданского права. Так, А.В. Коновалов полагает, что к общим принципам римского права в полной мере можно отнести: «*aequitas, humanitas*» (отсутствие в праве норм, унижающих человеческое достоинство), «*natura rerum*» (учет законодателем практики правоотношений), «*ius natural*» (следование естественному разуму, свойственному природе в целом, и взаимодействиям в социуме). Подлинно системообразующим и универсальным для концептуального обоснования преторской практики стало римское понятие «*aequitas*», трактуемое как справедливость правопорядка в широком смысле и равенство всех граждан перед законом – в узком [4].

Аргументируя свою позицию, он ссылается на мнения авторитетных юристов прошлого, таких как С.А. Муромцев, И.А. Покровский, В.М. Хвостов, использует рационально-логические доводы о концептуально единообразно понимаемом общем первоисточнике и широком применении правовых принципов в процессе формирования практики разрешения гражданско-правовых споров [6].

С точки зрения теории права подобные рассуждения не совсем корректны, так как рассматривают форму права в отрыве от его содержания, кроме того, иг-

норируют конкретно-исторический контекст (например, когда в гражданско-правовом обороте раб был «говорящей вещью», а тезис о достоинстве человека подразумевал весьма ограничительное толкование, поскольку под человеком подразумевался узкий круг имущих полноправных свободных римских граждан-мужчин). Выдающийся оратор, государственный деятель, юрист Цицерон, рассуждая о добродетелях истинного гражданина Рима, имел в виду исключительно землевладельцев-латифундистов и крупных торговцев¹.

Современные исследователи римского права в качестве концептуальных основ римского правопорядка выделяют принципы всеобщности и универсальности, всемерной охраны землевладения и свободной личности, справедливости и юридического равенства сторон, неприкосновенности собственности, а многие римские принципы стали мыслиться как общие всем народам, универсальные и данные самой природой [3]. Очевидно, что эти и им подобные современные формулировки отличаются идеализацией и модернизацией взглядов римских юристов и призваны подчеркнуть взаимосвязь современных правовых институтов и категорий с их римскими прообразами, универсальность и актуальность древнеримского правового наследия.

Итак, большинство авторов риторически задаются вопросом, что же оставил в качестве правового наследия Древний Рим европейским цивилизациям, которые пришли ему на смену? Ответ общеизвестен – христианство, дороги, армию и римское право. Возможно, следует иначе сформулировать проблему: что именно восприняли, заимствовали европейские народы из обширного, разнопланового, противоречивого наследия римской правовой культуры? Ведь оно, будучи обобщенным и кардинально переосмысленным в процессе деятельности глоссаторов, схоластов и постглоссаторов, трансформировалось в европейское «*ius commune*» и в виде широких общих понятий и принципов сыграло унифицирующую роль по отношению к фрагментированному национальному законодательству. Полагаем, что именно эта избирательность рецепции римского права правовыми системами средневековья и юридической мыслью нового времени, ее поэтапность, вариативность и дискретность, растянутая во времени, имевшая множество форм и субъектов, преследующих разные цели и интересы в праве, предопределила на протяжении последующих почти двух тысячелетий особенности развития европейских (и тяготеющих к ним) национальных правопорядков.

Второй столь же общепринятый (но далеко не бесспорный) в научной литературе тезис гласит о том, что первоначально принципы, то есть все современные

¹ Об этом красноречиво свидетельствует приводимый в трактате Цицерона «Об обязанностях» перечень занятий и профессий, не достойных свободного человека. К последним Цицерон относил «презренных людей» – ростовщиков, мелких торговцев, владельцев ремесленных мастерских, а также всех трудящихся. С такими людьми, занятыми «грязным делом», у достойных граждан не может быть никаких общих интересов.

правовые принципы, были сформулированы и обоснованы римскими юристами [5]. Действительно, правовые изречения и максимы римских юристов общеизвестны, например «*nulla poena sine lege*» (нет наказания без закона), «*nullum crimen sine lege*» (нет преступления без закона) и другие.

Но вот что для нас оказалось любопытным и требующим осмысления.

Факт первый. В фундаментальной «Энциклопедии римского права» Милана Бартошека, авторитетнейшего историка и знатока римского права, «*ne bis in idem*» как самостоятельный правовой принцип не упоминается вовсе [1]. Конечно, можно было бы сослаться на проблемы перевода латинских терминов с чешского юридического языка на русский. Но этот аргумент не столь состоятелен в данном конкретном случае хотя бы потому, что научным редактором, автором предисловия и комментариев выступил столь же авторитетный российский историк права доктор юридических наук, профессор З.М. Черниловский. Любопытно, что латинский термин «*bis*» (дважды) раскрывается через формулу «*bis idem exigree*» (второй иск о том же деле против того же должника) либо «*bis eadem res, repetere actionem*», а также «*res iudicata*».

Факт второй. Известная с давних времен и широко используемая в современных научных трудах и научно-практических комментариях к действующему законодательству зарубежных стран (например, Индии) формула римского права «*nemo debet bis puniri pro uno delicto*» (никто не должен дважды нести наказание за одно правонарушение) в энциклопедии М. Бартошека также отсутствует, хотя термин «*delictum*» подробно изложен и прокомментирован.

Факт третий. В 1998 г. общие принципы международного уголовного права были систематизированы в Римском статуте Международного уголовного суда. В третьей части данного правового акта, озаглавленной «Общие принципы уголовного права» (ст. 22-33), принципа «*ne bis in idem*» также нет. Вместе с тем современные правовые реалии диктуют необходимость имплементации и закрепления в национальном законодательстве каждого государства принципа «*non bis in idem*», согласно которому лицо не может подвергаться судебному преследованию несколько раз за одно и то же деяние.

Это наблюдение заставило автора более пристально и критически рассмотреть вопрос правовой природы и закономерностей происхождения принципа «не дважды за одно и то же».

К сожалению, изучение памятников права древнего мира не дало положительных результатов. Напротив, стало очевидным полное отсутствие в древних текстах, основанных на обычаях и традициях как основном источнике и форме права, конкретных и бесспорных свидетельств, позволяющих утверждать, что в писаном праве, характеризующемся казуальностью, формализмом, консерватизмом, теснейшей связью с религиозными запретами и предписаниями, этот принцип не был формально закреплен. Этот выявленный пробел позволил сфор-

мулировать вывод о том, что достоверно определить источники его происхождения не представляется возможным.

Выявленные пробелы в законодательстве древнего мира заставили еще раз внимательно вернуться к римскому законодательству и трудам римских юристов.

Итак, в Законах XII таблиц запрет двойной ответственности также отсутствует. Случайно или закономерно? На наш взгляд, это отсутствие вполне закономерно и позволяет утверждать с высокой степенью вероятности, что такие формы права, как обычай, или «*mores majorum*» (по обычаю предков), и «*leges regiae*» (царские распоряжения), как и соответствующие им формализованные процедуры представляли собой весьма архаические правовые представления, а потому не содержали и объективно не могли содержать запрет двойной ответственности вследствие слабого развития юридической техники.

Следовательно, истоки интересующего нас принципа целесообразно искать в классической римской юриспруденции III в. до н.э. – III в. н.э. (не ранее), обратившись к иной форме права – юридической доктрине и трудам римских правоведов. В этом контексте стоит особо акцентировать значение римской претуры эпохи расцвета римской юриспруденции, которое заключалось не в том, что она сумела выработать логически непротиворечивую последовательность умозаключений из принципов, заложенных в обычном праве Древнего Рима, как полагал Гуго. Напротив, достижением римской правовой мысли стало интеллектуальное обоснование и волевое решение о необходимости и возможности отступления от предписаний Законов XII таблиц. В качестве заслуг римских правоведов и преторов Гегель совершенно справедливо отметил их непоследовательность, вызванную необходимостью заботиться о внешнем уважении к букве и духу Законов XII таблиц, создавая «новое римское право».

Некоторые зарубежные авторы утверждают, что принцип «*non bis in idem*» был сохранен и в период, называемый «новым римским правом», имея в виду классическое право ранней римской республики [7].

Действительно, в практике легисакционного гражданского процесса ранней римской республики и позднее с переходом к формулярному процессу использовался запрет «*bis de eadem re ne sit actio*» (да не будет два иска по одному и тому же делу). Однако предложенные Д. Лопесом тезис и сформулированные выводы не являются, на наш взгляд, убедительными. Предписание «*bis de eadem re ne sit actio*» – требование, адресованное судье-претору, выступало скорее как этическое предписание защиты правового порядка в целом, нежели фиксированный или формально-определенный императивный правовой запрет, отступление от которого было категорически недопустимо [7].

Итак, многие исследователи указывают, что принцип «не дважды за одно и то же» впервые появился в римском классическом праве. Справедливо и аргумен-

тировано ли это утверждение? Действительно ли в римском праве в период ранней римской республики правило «ne bis in idem» применялось в легисакционном процессе («legis actio» – иски из закона), представляющем собой первую форму гражданского процесса?

Известно, что процесс состоял из нескольких предписанных этапов. После первоначального расследования претором дело передавалось в суд. Затем оно рассматривалось судом присяжных и после вынесения приговора претором прекращалось. Следовательно, для повторного рассмотрения дела не оставалось места. После принятия решения никакие другие сведения, ему противоречащие, не могли стать основанием для вынесения дополнительного наказания по этому же делу. Думаю, что это правило в римском праве являлось скорее общим выражением правовой политики и этических принципов защиты правового порядка в целом, а не фиксированным юридическим положением.

Интересующая нас формула римского права звучит совершенно иначе: «nemo debet bis puniri pro uno delicto» (никто не должен дважды нести наказание за одно правонарушение). Немаловажно обратить внимание на термин «delicto», свидетельствующий о частноправовом характере судебного процесса, в рамках которого виновного преследует сам пострадавший. Полагаем, что Д. Лопес и другие зарубежные и российские исследователи несколько запутались в хитросплетениях терминологии римского права, что, впрочем, не удивительно и даже ожидаемо, потому что данный факт закономерно отражает многообразие и определенную непоследовательность самих римских терминов, формул и понятий, а следовательно, отсутствие единообразной судебной практики, пренебрежения, опасения абстрактных теоретических рассуждений и обобщений. Он также упустил из виду, что деление на «delicta private» и «delicta publica», то есть «crimina», появится гораздо позже, только в постклассический период римского права.

Особенностью республиканского законодательства являлась формализация разграничений преступлений (пусть весьма нечеткая) на введенные законодателем «crimina ordinaria» и преступления, введенные распоряжением императоров, «crimina extraordinaria». Накопленный со временем опыт толкования и применения права римскими правоведом детерминировал переход частных деликтов в сферу публичного права, что проявлялось в ужесточении наказания. Однако сколько-нибудь определенной классификации преступлений римские юристы не провели, что объясняется их невниманием к вопросам уголовного права. И это невнимание было не случайным, но закономерной и последовательной позицией правовой мысли римских юристов и в период классического, и в эпоху постклассического права. Римские магистраты, обладавшие (либо присвоившие) «imperium», то есть высшей властью, полномочием выступать от имени всего римского народа, могли квалифицировать то или иное деяние по

своему усмотрению и налагать наказание, которое они считали необходимым. Широта усмотрения должностных лиц, наделенных властными полномочиями, породила разнообразную и весьма противоречивую судебную практику (тогда как уголовные законы, как правило, ее закрепляли, порождая такую особенность уголовной ответственности, как ее неопределенность) и, следовательно, наказания, что характеризовало не только римское право республиканского Рима, но и императорского. Некоторую системность уголовному праву Рима придавали признаваемые как источники судебные прецеденты, если это были приговоры органов императорского правосудия, а также обычай и сложившаяся практика. Относительно последней Ульпиан писал, что «в настоящее время тому, кто рассматривает преступление в чрезвычайном порядке (преимущественно экстраординарные деликты – прим. автора), разрешалось выносить такой приговор, какой он хочет, или более тяжелый, или более легкий, но с тем, чтобы в обоих случаях он не вышел за пределы умеренности» [2].

Возможно, первое упоминание о данном правиле можно увидеть в произведении известного римского юриста Гая «Книга Институций», которая представляла собой свод всего римского права (цивильного и преторского), а также в работах Ульпиана [2].

До наших дней дошло произведение одного из наиболее влиятельных римских юристов, относящихся к классическому периоду римского права, – «Книга Институций» (далее – Институции) Гая. Есть ли в этом труде описание данного принципа?

Анализ текста Институций позволяет сделать вывод о том, что различались две формы судопроизводства – на основе гражданского и преторского права. Согласно ст. 107 если в законный суд представлен личный иск по формуле, интенция которого составлена по гражданскому праву, то вторично по самому смыслу закона нельзя вчинять иска по тому же делу, тогда как повторное рассмотрение дела по одному из видов производства не допускалось, исключая наличие возражений, то есть истец мог возобновить тот же спор, руководствуясь гражданским правом, и потому необходимы возражения для воспроизведения силы судебного решения или воспроизведения силы факта того, что дело уже разбиралось в суде. Вместе с тем в ст. 108 Институций указано: «ведь дело, по которому один раз произведено было разбирательство, в силу закона не могло впоследствии рассматриваться вновь». Однако в других сохранившихся до наших дней памятниках права ст. 108 содержание данного правила раскрывается иначе: «Другое применялось при старой форме судопроизводства; именно раз о каком-либо предмете предъявлен был иск, то нельзя было вновь вчинять того же самого спора; и вообще употребление возражений в те времена было не такое, как теперь».

Выявленное разночтение ст. 108 Институций не позволяет утверждать, что в эпоху римского классического права, имевшего преимущественно гражданский

характер, действительно зафиксирован запрет двойного наказания в его современном смысле. Прямое доказательство отсутствует. Немаловажно и косвенное доказательство. Выдающийся оратор, политик, государственный деятель и юрист-практик Цицерон, оставивший огромное количество правозащитных речей, писем и иных сочинений (в подлинности которых нет сомнений), довольно часто и свободно рассуждал о справедливости, законе естественном и позитивном, но свидетельств, прямо указывающих на правило «не дважды за одно и то же», до сих пор не обнаружено.

Предположим, что намного позже, в 533 году н.э., в эпоху постклассического права интересующий нас запрет римские юристы закрепили в Дигестах Юстиниана, где сказано «*nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*»². Резюмируя, можем сказать, что начала принципа «не дважды за одно и то же» заложены в римском праве, но гораздо позже, чем это кажется многим современным правоведам. Гораздо важнее, что афоризмы, максимы и правила римского права получили новое звучание в отраслях современного права за счет развития собственных, оригинальных, правовых представлений, и то, что употребление латинского словосочетания «*ne/non bis in idem*» не столько давало указание на происхождение из римского права, сколько могло быть интерпретировано таким образом для убедительности правовой аргументации.

Это предположение подтверждается различными правовыми источниками, которые требуют: «*bis de eadem re ne sit actio*» или «*bis de eadem re agree non licet*» (нельзя два раза предъявить иск по одному и тому же делу). Следующий из этого вывод об исключении повторного иска частично обосновывается тем, что, согласно законам логики, возмещенный ущерб не может быть еще раз возмещен. В процессе эта оговорка может быть применена посредством так называемого «*exceptio rei iudicatae*» – заявления о том, что спор по тому же предмету и по таким же обязательствам из одного и того же правоотношения уже был ранее разрешен судом. Наряду с вышеназванной оговоркой самостоятельное развитие получило возражение «*exceptio rei in iudicium deductae*» (заявление о том, что дело находится или уже находилось в процессе судопроизводства). Для дальнейшего развития данного правила огромное значение имели сентенции Павла («*Sententiae receptae*»), которые ограничивали запрет повторного возложения ответственности тем, что вторая жалоба после оправдания ответчика может быть отклонена, если она исходит от первоначального истца.

Если применить общетеоретические представления о правовых принципах, исходя из целей права в сфере публичных отношений, то право Древнего Рима не всегда ограничивало государственную репрессию. Сам Цицерон инициировал в Сенате и убедил членов высшего правительствующего органа Римской республики проголосовать и принять решение об осуждении, изгнании, конфи-

2 «Сенат постановил, чтобы никто за одно и то же преступление не обвинялся по нескольким законам» (Павел во 2-й книге «Об обязанностях проконсула»).

скации всего имущества своего политического противника Катилины в нарушение действующего римского закона, прямо запрещавшего применять репрессалии к римскому гражданину без публичного разбирательства и судебного приговора. Целью наказания в римском публичном праве было возмездие и устрашение, широко применявшаяся квалифицированная смертная казнь и практика проскрипционных списков, это свидетельствует о том, что об общеправовом принципе «ne bis in idem» и о принципе равенства и гуманизма в римском праве утверждать преждевременно.

Однако к достижениям римской юриспруденции следует отнести юридизацию религиозно-нравственных представлений как составной и весьма значимой части правового правопорядка. «Ne bis in idem» как общее начало, декларируемый принцип римского права в Дигестах Юстиниана отсутствует. Предположим, что римский правопорядок не нуждался в особом провозглашении принципа «не дважды за одно и то же», но вместе с тем включал конкретные содержательные правила, применимые к конкретным ситуациям. Идея запрета привлечения лица к ответственности дважды за одно и то же деяние как критерий оценивания поведения субъекта обнаруживается в римской правовой мысли, обретая очертания юридической категории. Представляется, что рецепция римского права не перенесла представления о данном правовом запрете, укорененном в социальной практике и правосознании античного Рима в правовую ментальность народов европейского Средневековья. Соответствующий термин был усвоен глоссаторами и комментаторами, затем достаточно прочно закрепился в юридическом языке испанских, итальянских, французских и германских правоведов Нового времени.

Библиографический список

1. Бартошек, М. Римское право: понятия, термины, определения : перевод с чешского / М. Бартошек ; спец. науч. ред., авт. предисл. и коммент. З. М. Черниловский. – М. : Юрид. лит., 1989. – 447 с.
2. Дигесты Юстиниана : пер. с лат. / отв. ред. Л.Л. Кофанов. – М. : Статут. – 2005. – Т.8. – 367 с.
3. Дождев, Д.В. Римское частное право / Д.В. Дождев. – М. : НОРМА. – 2003. – 704 с.
4. Коновалов, А.В. Наследие римского права и принципы права / А.В. Коновалов // Закон. – 2018. – № 9. – С. 181-187.
5. Малиновский, А.А. Принципы уголовного права (сравнительно-правовой анализ) / А.А. Малиновский // Международное уголовное право и международная юстиция. – 2008. – № 4. – С. 27-30.
6. Хвостов, В.М. Система римского права / В.М. Хвостов. – СПб., 2005. – 522 с.
7. Lopez, D. «Not Twice for the Same: How the Dual Sovereignty Doctrine if Used to Circumvent Non bis in Idem» / D. Lopez // Vanderbilt Journal of Transnational Law. – 2000. – Vol. 33. – № 5.