

ЧАСТНО ИЛИ ПУБЛИЧНО ПРАВОРАЗДАВАНЕ? СЪВРЕМЕННО РАЗГЛЕЖДАНЕ НА ПРОИЗХОДА НА ГРАЖДАНСКИЯ ПРОЦЕС В РИМСКОТО ПРАВО

Проф. д-р Марко Петрак
Университет в Загреб, Хърватия

1. Въведение

Целта на тази статия е да се анализират най-значимите съвременни опити за разкриване на произхода и развитието на гражданския процес, предимно в древното римско право, и да се даде отговор на актуалния въпрос дали най-ранният римски граждански процес е вид *частно правораздаване*, или по-скоро от самото си начало носи белезите на *публично правораздаване*.

Като отправна точка е важно да се отбележи, че теорията, приемаща арбитража – най-яркото възплъщение на *частното правораздаване*, за първата и най-стара форма на граждански процес, е често атакувана от съвременната процесуалноправна наука. За да разберем основите на тази теория и нейното значение за съвременното процесуално право, ще разгледаме накратко, *exempli gratia*, що се отнася до произхода и развитието на гражданския процес, класическия хърватски труд по тази дисциплина – *Građansko parnično procesno pravo* (Гражданско процесуално право) на професорите Синиша Трива и Михайло Дика, който труд е повлиян от съвременните доктрини на Италия и Германия.

В самото начало на посочената книга, анализирайки способите за защита на субективните права, Трива и Дика правят кратък преглед на развитието на различните способности, чрез които се дава правна защита¹. Според авторите защитата на субективните права невинаги е била уреждана от правото. Първоначално тя се е осъществявала посредством неуредена от правото *самопомощ*: „Всеки можел да предприеме необходимите и прило-

¹ TRIVA, S. i DIKA, M. *Građansko parnično procesno pravo* (Civil Litigation Procedural Law). Zagreb, Narodne novine, 2004, p. 9 ss.

жими според него мерки, за да осъществи правото, което смятал, че има.² На следващия етап лицата били задължени да си съдействат и евентуално да решат възникналия между тях спор чрез споразумение. Споровете били решавани от трето лице, в което страните по спора имали доверие. Това трето лице играело роля на избран съдия или арбитър, на чието решение спорещите страни щели да се подчинят доброволно. Впоследствие държавата санкционирала това *частно правораздаване*, което било вече в процес на развитие, като постепенно „[...] наложила за всички организиран съдебен апарат, заменяйки частната с организирана държавна защита.“³

Все пак преминаването от *частно правораздаване* към система на *публично правораздаване* не се е осъществило „за една нощ“, а по-скоро е представлявало дълъг исторически процес. Периодът на преминаването се характеризирал със смесването на елементи и от частния арбитраж, и от държавната правна защита. В този контекст авторите описват римската система за правна защита, в която „През първия етап спорът се разглеждал от държавните съдебни органи (*in jure*), за да се формулира съдържанието на хипотетичната правна защита, докато през втория етап допустимостта на търсената защита е била разглеждана от избран съдия, в когото страните имали доверие (*in iudicio*)“⁴.

През този период системата на държавно правораздаване надделяла и в последния етап на нейното развитие държавата „започнала също така да изпълнява постановените решения“⁵.

Според това описание на фактите първият процес е възникнал когато *самопомощта* била заменена от частния арбитраж като способ за защита, който пък от своя страна бил заменен от осигурявана от държавните съдебни органи защита. *Самопомощ* → *частно правораздаване* → *публично правораздаване* следователно са етапите на развитие на правната защита.

Трябва да подчертаем обаче че теорията, сочеща *частното правораздаване* във формата на арбитраж като пръв вид граждански процес, не е възникнала и не се е развивала в областта на науката за гражданския

² TRIVA, S. i DIKA, M., Op. cit., p. 9.

³ TRIVA, S. i DIKA, M., Op. cit., p. 10.

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem.

процес. По-скоро тази теория е възникнала в областта на съвременната наука за римското право, в отговор на сложната проблематика за произхода и развитието на римския граждански процес и е била заимствана от там в други правни дисциплини.

2. ЧАСТНО ПРАВОРАЗДАВАНЕ КАТО ПЪРВООБРАЗ НА РИМСКИЯ ГРАЖДАНСКИ ПРОЦЕС?

Бащата на теорията за *частното правораздаване* във формата на арбитраж като първия вид граждански процес е известният австрийски романист Мориц Власак (1854–1939), чиито трудове, писани в началото на ХХ в., развиват систематично тази теория. Това изявление на Власак може би най-добре описва същността на неговото изследване относно произхода на римския граждански процес: „Моята цел беше, и все още е, да създам здрава основа на твърдението, че римският граждански процес произлиза от арбитража (*Schiedsgericht*)“⁶. Взимайки твърдението на Власак за отправна точка, не е трудно да разберем защо неговите проучвания за произхода и развитието на римския граждански процес постепенно са станали известни в науката за римското право като *Schiedsgerichtstheorie*⁷.

2.1. Частен арбитраж като първоначална форма на римския граждански процес

Според анализа на Власак за произхода и развитието на римския граждански процес *самопомощта* е била първият начин за разрешаване на спорове. В последващия исторически етап спорещите страни се съгласявали, въз основа на договор, да доверят разрешаването на своя спор за определено право на безпристрастно трето лице. Власак е на мнение, че по този начин *самопомощта* е била заменена с *частно правораздаване*

⁶ WLASSAK, M. Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren. – In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Vol. 25, 1904, p. 139: “Mein Ziel war und ist es, eine haltbare Grundlage zu schaffen für die These: der römische Privatprozeß hat seinem Ursprung im Schiedsgericht”.

⁷ KASER, M. und HACKL, K. Das römische Zivilprozeßrecht. München, C. H. Beck, 1996, p. 29 ss.; TALAMANCA, M. s.v. Processo civile (diritto romano). – In: *Enciclopedia del diritto*. Vol. XXXVI. Milan, Giuffrè, 1987, p. 6.

във формата на арбитраж⁸. Последвалото историческо развитие на този процес се измества към *публичното правораздаване*. То се характеризира с постепенното налагане на контрол от страна на държавата върху разрешаването на спорове чрез арбитраж, тоест този способ за разрешаване на спорове става обект на контролиране от държавните съдебни органи. Това явление може лесно да бъде открито в основните структури на *legis actio* и формуларния процес – в разделянето на процесуалните действия на две – пред държавния магистрат или *praetor (in iure)* и пред избран съдия (*apud iudicem*)⁹. Власак нарича тази форма на процес „полу-държавен процес“ (*der halbstaatliche Prozeß*)¹⁰. Тя може да бъде наречена още *полу-държавно правораздаване*. При това, според Власак, договорната основа на процеса като неин най-стар елемент все още може да бъде открита на този етап от развитието му в акта на *litis contestatio*. Само няколко източника обаче, които се отнасят към *litis contestatio* в легисакционния процес, са запазени. От тях става ясно, че актът на *litis contestatio* се е извършва пред магистрат, тоест *praetor (in iure)*, като страните по спора е трябвало да извикат няколко римски граждани, които да са свидетели на представянето на същността на спора (*lis*)¹¹, за да може по-късно, ако е необходимо, да свидетелстват по време на процесуалните действия *apud iudicem* по въпросите, касаещи спора между страните¹². Въз основа на тези факти Власак твърди, че *litis*

⁸ Вж. напр. WLASSAK, M. Die Litiskontestation im Formularprozeß. – In: *Leipziger Juristenfakultät* (Ed.). Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für B. Windscheid zum 22. Dezember 1888. Sonderabdruck. Leipzig, Duncker & Humblot, 1889, p. 54 ss.; WLASSAK, M. Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer. Vienna, Akademie der Wissenschaften, 1917, p. 222; WLASSAK, M. Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse. Vienna, Akademie der Wissenschaften, 1921, p. 247; WLASSAK, M. Die klassische Prozeßformel. Vienna, Akademie der Wissenschaften, 1924, p. 147 ss.

⁹ По-подробно за общата характеристика на легисакционния процес вж. TALAMANCA, M. s.v. Processo civile (diritto romano). – In: *Enciclopedia del diritto*. Vol. XXXVI, Milan, Giuffrè, 1987, p. 4 ss.; KASER, M. und HACKL, K. Das römische Zivilprozeßrecht. München, Beck 1996, p. 34 ss.; HONSELL, H., MAYER-MALY, Th. und SELB, W. Römisches Recht. Berlin, Springer, 1987, p. 506 ss., всички с препращания към богата библиография; За произхода, структурата и общата характеристика на формуларния процес вж. TALAMANCA, M. Op. cit., p. 25 ss.; HONSELL, H., MAYER-MALY, Th. und SELB, W. Op. cit., p. 524 ss.; KASER, M. und HACKL, K. Op. cit., p. 151 ss., с детайлни препратки към обширна библиография по тези въпроси.

¹⁰ WLASSAK, M. Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse, p. 247.

¹¹ Самото наименование *litis contestatio* е дадено заради присъствието на свидетели по време на представянето на спора (*contestari litem*); KASER, M. und HACKL, K. Das römische Zivilprozeßrecht, p. 75 ss.

¹² В своя анализ на действията в легисакционния процес, Гай не споменава акта на *litis contestatio*, но е запазно определение на израза “*contestari litem*” в откъс от речника за

contestatio е всъщност договор между спорещите, сключен пред претора в присъствието на призовани свидетели. В този договор спорещите страни излагат същността на спора, избират съдия (*iudex*) и се съгласяват да се подчинят на решението му. Договорното съдържание на *litis contestatio* е ясно видимо в структурата на формуларния процес, който е освободен от стриктния формализъм на предходния период¹³. В последния етап от развитието на римския граждански процес, тоест периода на *cognitio* (екстраординарен) процес, е нямало разделение на процесуалните действия и договорно назначаване на *iudex*. Съдията вече е бил държавен служител, който е провеждал единен процес от завеждането на иска до произнасянето с решение. Следователно, според Власак, въвеждането на когнитивния процес бележи и въвеждането на изцяло държавен процес, тоест на системата на *публично правораздаване*.

Това тълкуване се основава върху възприятието за „стриктното последователно развитие“ (*streng stufenmäßige Entwicklung*) на римския процес. Както видяхме, етапите на това развитие са както следва: (1) *самопомощ*; (2) *частно правораздаване* във формата на арбитраж; (3) *полупублично правораздаване*; (4) *изцяло публично правораздаване*. Разбирането на Власак за произхода и развитието на римския граждански процес оказва значително влияние върху изучаването на римското право през първата половина на XX в. и всъщност се превръща в *communis opinio doctorum*¹⁴.

В хърватската наука за римското право възгледите на Власак са възприети най-вече в ранните трудове на Мариан Хорват. Това се вижда най-добре в неговия труд от 1938 г. – Съвременни възгледи върху произхода и значението на двойното разделяне на римския граждански процес, който

редки думи на Фест (De verborum significatu), написано от граматика Верий Флак: “Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: “Testes estote”; вж. LINDSAY, W. M. (Ed.). Sexti Pompei Festi de verborum significatu quae supersunt cum Pauli Epitome. Lipsiae, Teubneri, 1913, s.v. contestari litem, 50.

¹³ WLASSAK, M. Die Litiskontestation im Formularprozeß , p. 59 ss.; WLASSAK M. Anklage und Streitbefestigung. (angebunden: Abwehr gegen Philipp Lotmar). Vienna, Akademie der Wissenschaften, 1920, p. 9 ss.

¹⁴ Koschaker, Rabel, Biondi, Mazeaud, Betti, Heuss, Bozza, Carrel, и др. следват тълкуването на Власак. За повече библиографска информация за трудовете на тези и последващи автори вж. BROGGINI, G. ‘Iudex arbiterve’. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters. Cologne ; Graz, Böhlau, 1957, p. 7–14.

представлява подробен синтез на научната мисъл от онова време върху развитието на римския граждански процес¹⁵.

Теорията на Власак е оказала също така въздействие и отвъд изучаването на римското право. Някои бележити автори приемат, че *самопомощта* е била заменена с *частно правораздаване* във формата на арбитраж като първообраз на процеса и в други правни култури, като например в древното вавилонско и гръцко право¹⁶.

Освен това е важно да се подчертае в този контекст, че, както видяхме, съвременната наука за гражданския процес също е следвала парадигмата на Власак за произхода и развитието му. Това е очевидно *inter alia* и от гореспоменатия кратък преглед на развитието на различните способности за правна защита от хърватските автори Трива и Дика¹⁷.

2.2. *Litis Contestatio* като договорна основа на римския граждански процес?

Верността на теорията за *частното правораздаване* във формата на арбитраж като най-стария вид римски граждански процес всъщност зависи от един ключов въпрос: може ли наистина да се смята, че *litis contesta-*

¹⁵ Вж. HORVAT, M. Savremeni nazori o postanku i značaju dvodiobe rimskog privatnog procesa (Contemporary Opinions on the Existence and Significance of the Bipartite Division of Roman Private Procedure). – In: *Mjesečnik Pravničkog društva* (Law Society Paper), Vol. 64, 1938, p. 149 ss.; EISNER, B. and HORVAT, M. *Rimsko pravo* (Roman Law). Zagreb, Nakladni zavod Hrvatske, 1948, p. 541 ss.

¹⁶ За древното вавилонско право вж. LAUTNER, J. *Die richterliche Entscheidung und die Streitbeendigung im altbabylonischen Prozeßrecht*. Leipzig, Weicher, 1922; за древното гръцко право вж. STEINWENTER, A. *Die Streitbeendigung durch Urteil, Schiedspruch und Vergleich nach griechischem Rechte*. München, C. H. Beck, 1925. Заслужава да се отбележи, че Steinwenter стига до извода, че разрешаването на спорове чрез частен арбитраж представлява първата форма на древния гръцки процес. Това заключение е основано на анализ на съдебната сцена, изобразена върху щита на Ахил, който Омир е описал в Илиада, песен 18, стихове 497–508. Според тълкуването на Steinwenter, споменатото в тези стихове лице, наречено *istor*, към което са се обърнали спорещите страни, е било всъщност частен арбитър. Ето защо, според този автор, съдебната сцена най-вероятно е архаично потвърждение на правотата на теорията за частното правораздаване във формата на арбитраж, като най-стар съдебен процес – вж. STEINWENTER, A. *Op. cit.*, p. 36 ss. Авторите, които са анализирали тази сцена наскоро (напр. H. J. Wolf, G. Thür), по обясними причини са изоставили Schiedsgerichtstheorie като тълкувателна парадигма за гръцкия граждански процес; вж. още THÜR, G. *Artur Steinwenter als Gräzist*. – In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Vol. 115, 1998, p. 432 ss. За романистичната критика на тази теория вж. по-долу т. 2.3).

¹⁷ Вж. по-горе т. 1, както и JUHART, J. *Civilno procesno pravo FNRJ* (Civil Procedural Law of the FPR Yugoslavia). Ljubljana, Univerzitetna založba, 1961, p. 1 ss.; UDE, L. *Civilni pravdni postopek in samoupravni sodni postopek* (Civil Litigation Procedure and Self-governmental Procedure). Ljubljana, Univerzitetna založba, 1980, p. 41.

tio на легисакционния процес по своята същност е формален акт, който има договорна природа и произхожда пряко от онези договори при частния арбитраж, които са заместили *самопомощта*?

Първият романист, който представя това твърдение *in nuce*, е прочутият немски юрист Рудолф фон Йеринг (1818-1892). Според него, накратко изложено в първата част на епохалния му труд *Geist des römischen Rechts*,¹⁸ произходът на процеса по времето на най-старите римляни е коренно различен от всички други цивилизации. Някои народи са преодолели *самопомощта*, решавайки споровете в общността, като са прибегвали към свръхестествените сили на своите божества чрез различни видове процеси, като например ордалии, пророчества, хвърляне на жребий и др. Други са заменили *самопомощта*, назначавайки органи, които да решат спора в общността. И в двата случая обаче спорещите страни е трябвало да се явяват на съд пред по-висша власт, божествена или човешка, тоест спорът е решаван чрез определена форма на *публично правораздаване*. Йеринг обаче е на мнение, че при най-древните римляни е било различно. Римляните се различават от всички други народи по това, че преодоляват *самопомощта*, като въвеждат следните форми на *частно правораздаване*: договорна форма за решаване на правни спорове ("*vertragsmäßige Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten*") чрез институцията на съдията, тоест арбитър (*Schiedsrichter*) или чрез извънсъдебно полагане на клетва¹⁹. Ето защо Йеринг твърди, че първата форма на процесуално решаване на спорове в Древен Рим е била формата на арбитраж като *частно правораздаване*. Спорещите страни са се разбирали за назначаването на арбитър. Те не са се подчинявали на арбитър, който упражнява определена публична власт, а по-скоро доброволно, въз основа на договор, са се задължавали да се подчинят на неговото решение. Тази първоначална договорна форма за решаване на спорове, като останка от предходно чисто частно правораздаване, според Йеринг е запазена и в тържествените формули на легисакционния процес. Когато Йеринг е възприемал, че частният арбитраж е бил заместен от държавни съдебни органи в легисакционния процес, е било

¹⁸ Вж. Von JHERING, R. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1878, p. 108 и p. 167 ss.

¹⁹ Von JHERING, R. *Op. cit.*, p. 167.

възможно актът на *litis contestatio* да се приеме за договорна основа на целия процес. Както беше посочено в началото, може да се направи заключение от запазените малък брой източници, че актът на *litis contestatio* се е извършвал пред претора (*in iure*) по такъв начин, че спорещите страни са призовавали няколко римски граждани за свидетели, когато спорът е бил представян (*lis*), така че в последващите действия *apud iudicem*, ако се наложи, свидетелите да дадат показния относно това какъв е бил самият спор между страните²⁰. Въз основа на гореспоменатите източници Йеринг твърди, че *litis contestatio* е по своята същност договор, сключен между спорещите страни пред претора, в присъствието на призованите свидетели. В този договор страните уточнявали предмета на спора, избирали съдия (*iudex*), който да го разреши, и се съгласявали да се подчинят на неговото решение²¹. Въз основа на анализа на Йеринг може да се направи заключение, че договорът, с който е избран съдията, е най-старият елемент на легисакционния процес. Йеринг е на мнение, че частното правораздаване във формата на арбитраж, създаден чрез такъв тип договори, е най-старата процесуална форма за решаване на спорове в Древен Рим. С времето обаче частният арбитраж преминава под контрола на публичната власт. Това историческо развитие може да се покаже предимно чрез факта, че производството е разделено на две части. Първата и исторически последваща част на процеса се извършва пред претора (*in iure*), като магистратът проверявал дали всички необходими предпоставки за предоставяне на правна защита са налице²². Ако всичко е изпълнено, страните са могли, с одобрението на претора, да изберат съдия, който да постанови решение във втората част на процеса (*apud iudicem*). Според Йеринг тя произхожда директно от частния арбитраж, който е най-старата римска форма на процес. Йеринг вярва, че държавата е санкционирала частния арбитраж без да променя основните му черти²³. По този начин първоначалният частен арбитър бил заменен от *iudex*, избран от официален списък със съ-

²⁰ Вж. тълкуване на понятието у Фест – *contestari litem*, по-горе в бел. 13.

²¹ Von JHERING, R. Op. cit., p. 168 ss.

²² Тъй като най-старият легисакционен процес, както казах, се е провеждал по стриктно формален начин, преторът е трябвало да разгледа внимателно дали страните са спазили предписания процесуален ритуал.

²³ Von JHERING, R. Op. cit, p. 172–173.

дии (*album iudicium*), но неговата роля се запазва. Въпреки това, за разлика от частния арбитраж, издаденото от *iudex* решение е било признато от държавата чрез изключително важната роля на претора в целия процес.

Разбирането на Йеринг за акта на *litis contestatio* като договор за частен арбитраж, който замества *самопомощта*, е било, както видяхме, заимствано и доразвито от Власак като Архимедова точка на разсъжденията му върху произхода и развитието на римския граждански процес, от които е произлязла неговата теория за частния арбитраж като първообраз на гражданския процес (*Schiedsgerichtstheorie*).

Вече беше посочено, че има много малко преки източници за *litis contestatio* в легисакционния процес. Въз основа на най-важния от тях – цитираното вече тълкуване на понятието *contestari litem*, можем ясно да видим само това, че спорещите страни са призовавали няколко римски граждани като свидетели при представянето на самия спор²⁴. Според надделяващото тълкуване на този фрагмент от Фест в науката за римското право от XIX в., свидетелите се явявали пред претора единствено на самия край на производството *in iure*, извикани от страните чрез ритуална покана: “*Testes estote!*”. Ето защо в предхождащите Власак трудове общоприетият възглед е бил, че *litis contestatio* се отнася само до акта на призоваване на свидетелите, пред които съдържанието на предходните процесуални действия е било обобщавано като последна фаза от производството *in iure*. По този начин свидетелите можели да дадат показания в производството *apud iudicem* относно това какъв е спорът между страните²⁵.

Както вече видяхме обаче, Власак тълкува много по-широко разбирането за *litis contestatio* в най-старата форма на легисакционния процес (*legis actio sacramento*). Според него призоваването на свидетелите е просто едно от явленията в процеса. Същността на *litis contestatio* се е състояла в тържественото явяване на свидетелите пред претора, чрез когото страните представят предмета на спора и се съгласяват той да бъде решен

²⁴ Обяснението на Фест за понятието *contestari litem* вж. по-горе в по-горе бел. 13.

²⁵ Това тълкуване е било първоначално развито през 1827 от швейцарския романист F. Keller и впоследствие става общоприето – вж. напр. KASER, M. und HACKL, K. Op. cit., p. 291.

от избран съдия, на чието решение ще се подчинят²⁶. Върху това тълкуване Власак е стигнал до извода, че *litis contestatio* всъщност представлява договор между спорещите страни, сключван пред претора и свидетелите чрез стриктните формули на стария легисакционен процес. В този договор е бил представян спорът и е бил избран съдия, който да го реши.

Въпреки това обаче договорната природа на *litis contestatio* е трудно забележима в тържествените формули на легисакционния процес. Самата природа на *litis contestatio*, според гореспоменатия автор, може да бъде видяна в цялост единствено във формуларния процес, изчистен от стриктния формализъм на предходния период. Власак твърди че, независимо от формалните аспекти, съдържанието на този договор винаги е било едно и също. Това тълкуване на *litis contestatio* е било от важно значение за разбирането на най-стария етап от развитието на римския процес, тоест на етапа, който е предхождал появата на публично правораздаване чрез държавна съдебна власт. Защото, ако *litis contestatio* е било процесуален договор между страните, в който е представян спорът и е избран съдия, на чието решение страните да се подчинят, този акт е щял да има същото съдържание като договор за частен арбитраж.

Според разбирането на Власак може да се направи изводът, че *litis contestatio* се е развило от договорите за частен арбитраж и че римляните, които са живели преди появата на легисакционния процес, са решавали споровете си чрез частно правораздаване във формата на арбитраж като първия вид граждански процес. Частният арбитраж е преминал под контрола на държавните съдебни органи чрез легисакционния процес като ядро на зараждащата се система на публично правораздаване. Това обяснява защо процесът е бил разделен на две части, като в първата част процесуалните действия се извършват пред държавния магистрат (*in iure*), а във втората – пред съдия, избран от страните (*apud iudicem*)²⁷.

Следвайки съжденията на Власак, може да бъде заключено че разделената на две структура на легисакционния и формуларния процес пред-

²⁶ Вж. напр. WLASSAK, M. Die Litiskontestation im Formularprozeß, p. 81 ss.; EISNER, B. and HORVAT, M. Rimsko pravo (Roman Law), p. 556, n. 2; KASER, M. und HACKL, K. Op. cit., p. 291 ss.

²⁷ Вж. WLASSAK, M. Die Litiskontestation im Formularprozeß, p. 69 ss., p. 81 ss.; EISNER, B. and HORVAT, M., Op. cit., p. 556, n. 2; KASER, M. und HACKL, K. Op. cit., p. 291 ss.

ставява преходния етап в развитието на римския граждански процес от ред на частно правораздаване към бъдещата система на публично правораздаване.

2.3. Критика на теорията за частното правораздаване като първообраз на римския граждански процес в съвременните учения за римското право

Както вече казах, теорията на Власак за частно правораздаване във формата на арбитраж като първия вид римски граждански процес (*Schiedsgerichtstheorie*), която е основана предимно върху неговото тълкуване на *litis contestatio* като процесуален договор, е доминирала романистичната литература от първата половина на XX век. От там теорията навлиза и в други дисциплини, най-вече в науката за гражданския процес.

Въпреки това през 40-те и 50-те години на XX в. значителни романистични трудове, издадени от Казер и Бискарди, напълно отхвърлят тезата за договорния характер на *litis contestatio* в легисакционния процес. Съвременните романистични дискусии за *litis contestatio* се основават върху достиженията на тези автори²⁸. Според съвременното преобладаващо разбиране *litis contestatio* в легисакционния процес се е състояло в тържествени актове на спорещите страни, извършени пред претора и пред свидетели, чрез които се е определял спорът²⁹. Всъщност, има определен брой

²⁸ Вж. KASER, M. Zum Ursprung des geteilten römischen Zivilprozessverfahrens. – In: Wilcken, U. San Nicolò M. & Steinwenter, A. (Eds.). Festschrift für L. Wenger. Vol. I. München, C. H. Beck, 1944, p. 126; BISCARDI, A. La litis contestatio nella procedura per legis actiones. – In: *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*. Vol. III. Napoli, Jovene, 1953, p. 461 ss.; BISCARDI, A. Esquisse d'une critique de la litis cotestatio. – In: *Revue historique de droit français et étranger*, Vol. 33, 1955, p. 1 ss.

²⁹ Вж. KASER, M. und HACKL, K. Op. cit., p. 75 ss. Както вече беше казано (бел. 25), в старата романистична доктрина, която следва Keller, се поддържа, че свидетелите се явявали пред претора единствено след като страните заедно са ги призовали ритуално: "Testes estote". Следователно свидетелите са призовавани в самия край на производството *in iure*, за да може съдържанието на действията, извършени преди това, да бъде преразказано пред тях. Ето защо, според този възглед, единствено последните действия *in iure* представляват акта на *litis contestatio*. Вж. напр. KELLER, F. Über Litis Contestation und Urteil. Zürich, Gessner, 1827, p. 1 ss.; EISNER, B. and HORVAT, M. Op. cit., p. 556, n. 2. Обратно на това старо тълкуване, надделяващото мнение сред романистите днес е, че няколко пълнолетни римски граждани (*Quirites*) са били призовавани като свидетели предварително, в самото начало на производството *in iure*, за да присъстват на извършването на всички тържествени актове от страните (напр. виндикация, контравиндикация, и др.) при представянето на спора (*lis*). Въпреки това, ритуалното възклицание "testes estote" е било насочено към

аргументи както срещу формата, така и срещу съдържанието на тълкуването на Власак, които днес излизат на преден план, за да отрекат договорния характер на литисконтестацията в легисакционния процес. От формална гледна точка се твърди че тържествените актове, съставляващи *litis contestatio*, нямат връзка с нито една от познатите римски договорни форми и в най-ранни времена не е имало общоприета идея за договор, чрез който такъв акт би могъл да бъде осъществен³⁰.

В интерес на истината, напълно оспоримо е дали изборът на съдия е бил част от *litis contestatio* или не. Още по-основателно се поставя въпросът дали въобще е имало възможност за страните да избират съдия в легисакционния процес. Ето защо хърватският романист Хорват например, в своя труд от 1959 г., озаглавен „Двете фази на римския процес“³¹, изоставя тълкуването на Власак относно произхода и развитието на този процес, като също така основно преразглежда предходните си възгледи³². Хорват твърди, че не е имало място в легисакционния процес за каквито и да било споразумения между спорещите страни за избор на съдия, тъй като, както е видно от изявленията на Гай за *legis action per iudicis arbitrive postulationem*,

квиритите от страните едва в края на производството *in iure*, като по този начин са ги задължавали да свидетелстват за това, което са чули и видели (вж. *Lex XII Tab.* 8.22, където е предписано, че свидетел на действие, който по-късно откаже да свидетелствува за него, е бил наказван като *inprobus intestabilisque*). Заслужава да се отбележи, че това пресъздаване на процеса е направено въз основа на подобна на процеса процедура, описана от Гай, *Inst.* 2.104, която представлява съставянето на завещание *per aes et libram*. Завещателят призовавал петима пълнолетни римски граждани да присъстват при съставянето на завещание чрез тържествени изрази, отново на края на самия ритуал, тоест с финалните изрази на устния акт, с които ги обвързвал да бъдат свидетели на неговото завещание: „... itaque vos Quirites, testimonium mihi perhibetote“ (вж. KASER, M. und HACKL, K. *Op. cit.*, p. 76, n. 40. За първото значение на устния акт вж. още NOAILLES, P. *Du Droit sacré au Droit civil. Cours de Droit Romain Approfondi 1941–1942.* Paris, Sirey, 1949, p. 300 ss. Имайки всички тези факти предвид, трябва още веднъж да се подчертае, че *litis contestatio* в легисакционния процес се е състояло в тържествените актове на страните, извършени пред претора и свидетелите, чрез които те представят същината на спора.

³⁰ Вж. KASER, M. und HACKL, K. *Op. cit.*, p. 79.

³¹ HORVAT, M. *Deux phases du procès romain.* – In: *Droits de l'Antiquité et sociologie juridique.* Mélanges Henri Lévy-Bruhl. Paris, Sirey, 1959, p. 163 ss.; HORVAT, M. *O dvodiobi u najstarijem rimskom civilnom procesu (On the bipartite division in the oldest Roman civil procedure).* – In: *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu (Collected Papers of the Faculty of Law in Zagreb)*, Vol. 8, 1958, p. 137 ss.

³² За по-ранните възгледи на Horvat вж. по-горе т. 2.1.

ищецът е подавал иск до претора (*postulatio*) в стриктно предписана форма, чрез която преторът е можел да назначи съдия (*datio*)³³.

Гай споменава идеята за назначаване на съдия и във връзка с *legis actio sacramento*³⁴. Едностранният иск е свършено несъвместим с каквото и да било понятие за договорно назначаване на съдия. Очевидно е, че преторът е имал последната дума в назначаването на съдията и че *datio iudicis* е представлявало всъщност акт на преторската власт³⁵. Имайки всичко това предвид, може да се направи заключение, в съответствие с всички съществуващи източници, че *litis contestatio* в легисакционния процес не е представлявало по никакъв начин договор между спорещите страни. Ето защо, няма историческа връзка между *litis contestatio* и нейния предполагаем предшественик – споразумението за частен арбитраж. Това твърдение отхвърля изцяло теорията за частното правораздаване във формата на арбитраж като първообраз на римския граждански процес (*Schiedsgerichtstheorie*).

Следователно легисакционният процес не може да се смята за форма на „полу-държавен процес“ или „полу-публично правораздаване“, в което частният арбитраж е бил поставен под контрола на държавните съдебни органи. Това отхвърля също и тълкуването на Власак за произхода на двойното разделение на легисакционния процес. Накрая, ако *litis contestatio* не е било процесуален договор, тогава не е налице никакво доказателство, подкрепящо твърдението, че частният арбитраж представлява най-старата процесуална форма за решаване на спорове в Древен Рим, която в някакъв момент е заменила *самопомощта* и по-късно е била превърната в легисакционен процес, като по този начин е станала частично „държавно регулиран процес“. Въз основа на тези аргументи през втората половина на

³³ Вж. Гай, Inst. 4.17, където се казва, че ищецът, когато ответникът отричал претенцията, е бил задължен да се обърне към претора със следните думи: „Quando tu negas, te praetor iudicem (sive arbitrum) postulo uti des“ – „Щом като отрича, искам от теб, преторе, да назначиш съдия (или арбитраж)“.

³⁴ Вж. Гай, Inst. 4.15, където намираме изрази като „iudex daretur“, „dabatur iudex“ или „quam iudex datus esset“.

³⁵ HORVAT, M. Deux phases du procès romain, p. 139 ss. ; KASER, M. und HACKL, K. Op. cit., p. 79.

XX в. романистите постепенно са изоставили възгледите на Власак³⁶. Първият римски граждански процес определено не е бил *частно правораздаване* във формата на арбитраж, чийто частичен държавен контрол, т.е. контрол на възникващия апарат на *публичното правораздаване*, е дал впоследствие живот на легисакционния процес.

3. ПУБЛИЧНО ПРАВОРАЗДАВАНЕ КАТО ПЪРВООБРАЗ НА РИМСКИЯ ГРАЖДАНСКИ ПРОЦЕС?

Следвайки тази романистична критика на природата на *litis contestatio*, не е трудно да се заключи, че основното твърдение на Йеринг, че произходът на римския граждански процес е напълно различен от този на другите древни народи – твърдение, върху което по-късно е била основана *Schiedsgerichtstheorie* на Власак – също става съмнително. Според Йеринг, както вече видяхме, единствено римляните са преодолели етапа на *самопомощта*, въвеждайки *частно правораздаване* във формата на договорно уреждане на правните спорове (*vertragsmäßige Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten*), за разлика от всички останали древни народи, които са изоставили *самопомощта*, въвеждайки вид първично *публично правораздаване* билò чрез свръхестествените сили на своите богове във формата на ордалии, пророчества, хвърляне на жребий или по друг начин, билò чрез отдаването на власт на определени органи, които да решат спора в общността.

Тезата на Йеринг и основаното върху нея теоретично тълкуване на Власак несъмнено представляват изключително ясен и вдъхновен опит да се обясни произходът и развитието на римския граждански процес. Въпреки това смятам, че тяхното обяснение не е в съответствие с архаичната римска действителност, както ще се опитам накратко да обясня в следващите страници на тази статия.

Първо, трябва да се подчертае, че теорията на Власак за частния арбитраж като най-старата форма на римски граждански процес (*Schiedsgerichtstheorie*) е изцяло основана върху теорията на Йеринг за *самопомощта* (*Selbsthilfetheorie*). Ядрото на тази теория, както е представено

³⁶ Вж. TALAMANCA, M. Op. cit., p. 6 и p. 22 ss.; KASER, M. und HACKL, K. Op. cit., p. 29 ss., 79 ss.

в първата част на основния труд на Йеринг, озаглавен *Der Geist des römischen Recht*,³⁷ се състои в предположението, че *самопомощта* е първата форма за решаване на спорове и че тя е била изместена от частния арбитраж.

Следователно не е трудно да се направи извод, че *Selbsthilfetheorie* на Йеринг е основана върху презумпцията, че в преддържавната епоха е съществувала борба всеки срещу всеки, лишена от всякакви правила. Поради тази причина, според Йеринг, основният източник на правото не е бил нито в божественото откровение, нито във волята на държавата, а единствено във физическата сила на отделните лица³⁸. В архаични времена правото (*ius*) е можело да възникне единствено от сила (*vis*), чрез *самопомощта* като първична форма за защита на субективните права. По това време лицата са имали единствено тези права, които са можели да осъществяват и запазват чрез силата на собственото си тяло (*Faustrecht*). Ето защо единственото съществуващо право е било правото на по-силния (*Recht des Stärkeren*), докато фазата на *самопомощта* била заменена от договорно уреждане на правните спорове. Поради тази причина *частното правораздаване* във формата на арбитраж е било най-старият вид граждански процес.

Тук трябва да бъде споменато, че в по-късните издания на гореспоменатия труд Йеринг подчертава, че неговият възглед за битието на римския граждански процес, основан върху идеята за преминаване от *самопомощ* към договорно уреждане на правните спорове, е представлявала единствено хипотетична възстановка на правната праистория (*eine hypothetische Construction der Urzeit*). Йеринг изрично заявява, че неговите наблюдения не са върху историческия период, в който, като функция на *публичното правораздаване*, юрисдикцията на претора най-вероятно не е произлизила от изразената в договор воля на страните, а по-скоро му е била дадена³⁹. Въпреки това, не намирам такава условност в по-късните поддръжници на теорията за *самопомощта*, започвайки от Власак⁴⁰, който на-

³⁷ Вж. Von JHERING, R. *Geist des römischen Rechts*, p. 108 ss., p. 167 ss.

³⁸ Von JHERING, R. *Op. cit.*, p. 107 ss.

³⁹ Von JHERING, R. *Op. cit.*, p. 169, n. 71.

⁴⁰ Още за възгледите на Власак вж. по-горе т. 2.

пълно е възприел хипотетичната конструкция на Йеринг за архаичната римска действителност.

Тъй като намерението ми е да докажа, че като хипотетични конструкции *Selbsthilfetheorie* и основаната върху нея *Schiedsgerichtstheorie* са крайно неприложими при анализирането на произхода на римския граждански процес, трябва накратко да разгледаме философските основи на тези теории. Преди всичко, конструкцията на Йеринг за нулева точка от историята, когато е имало положение на борба всеки срещу всеки и само по-силният е притежавал права, е очевидно основана на натуралистичните теории от втората половина на XIX в., предимно на Дарвиновата теория за еволюцията. Йеринг прехвърля Дарвиновите принципи за селекцията, т.е. идеята, че само най-приспособимите оцеляват в безмилостната и продължителна борба за живот, в сферата на правото (*Kampf ums Recht*), възприемайки тази теория като една от основните отправни точки на своите философски и правни наблюдения. Неговото правно мислене възприема контурите на социалния дарвинизъм. В тази връзка тезите на Йеринг за произхода на правото и на правния процес, представени в неговия труд *Der Geist des römischen Rechts*, очевидно са в посочената Дарвинова парадигма⁴¹. Въпреки това обаче, пренасяйки изводите на естествената наука върху социалната действителност, Йеринг едновременно с това придава нова форма на някои много по-стари философски разбирания, съдържащи подобни идеи.

Тук имам предвид предимно идеите на английския философ Томас Хобс (1588–1679), според когото основното, т.е. естественото човешко състояние (*status naturalis*) е борбата на всеки срещу всеки (*bellum omnium in omnes*)⁴². Преди възникването на държавата са властвали единствено правото на самосъхранение и егоизмът. Всеки е имал естествено право на всичко, което очевидно е довело до многобройни конфликти. Все пак стра-

⁴¹ За социалния дарвинизъм при Йеринг вж. напр. WIEACKER, F. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung)*. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, p. 450 ss.; WIEACKER, F. *Rudolph von Jhering*. – In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Vol. 86, 1969, p. 9 ss., p. 25 ss.; WIEACKER, F. *Jhering und der "Darwinismus"*. – In: *Paulus, G., Diederichsen, U. und Canaris, C. W.* (Eds.). *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*. München, C. H. Beck, 1973, p. 63 ss.

⁴² Хобс използвал израза *bellum omnium in omnes* за пръв път в труда си *De cive* (1.12) от 1642 г.

хът от смъртта и разрухата постепенно довеждат до прекратяване на тази борба. Хобс е на мнение, че основен закон на природата и всеобщо състояние на ума е всеки да се бори за мир. Обаче това състояние на мир е можело да бъде постигнато единствено чрез създаването на държавна власт. Ето защо самият разум е наложил създаването на държавата, която била основана върху обществен договор, в който всички се отказват от известна част от своите естествени права и ги прехвърлят на суверенната власт⁴³. Дори това кратко препращане към някои от основните идеи на Хобс за произхода на държавата е достатъчно, за да се покаже влиянието, което тези идеи са имали върху размишленията на Йеринг за произхода на римския граждански процес. Изглежда очевидно, че *Selbsthilfetheorie* е една теоретическа вариация на тезата за естественото човешко състояние на борба всеки срещу всеки⁴⁴. Тезата на Йеринг че римляните, за разлика от други народи, са преодолели етапа на *самопомощ* по разумен начин, т.е. чрез договорно уреждане на споровете, очевидно не е нищо повече от допълнение на възприятието за обществения договор към дискусиата за произхода на римския граждански процес. В подкрепа на това твърдение трябва да спомена, че в труда си *Der Geist des römischen Rechts* Йеринг също защитава възгледа, че общественият договор е бил основата за създаването на държавата⁴⁵. Ето защо можем да заключим, че разбирането на Хобс за обществения договор е най-дълбокият философски корен на теорията на Власак за *частното правораздаване* във формата на арбитраж като най-ранен вид римски граждански процес (*Schiedsgerichtstheorie*).

Въз основа на детайлен анализ вече установихме, че посочената теория, според която *самопомощта* е била заменена с *частно правораздаване* във формата на договорно уреждане на споровете, не отговаря на

⁴³ За философските и политическите идеи на Хобс вж. напр. McPHERSON, C. B. Introduction. – In: *Hobbes, T. Leviathan* (Penguin Classics). London, Penguin Books, 1986, p. 9 ss., както и библиографията на p. 65.

⁴⁴ За философските и политическите теории на Хобс като предшественик на Йеринговата *Selbsthilfetheorie* вж. STASZKÓW, M. *Vim dicere im altrömischen Prozeß*. – In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Vol. 80, Romanistische Abteilung, 1963, p. 86 ss. Вж. също KASER, M. *Vom Ursprung des römischen Rechtsgedankens*, p. 27 ss.

⁴⁵ Вж. Von JHERING, R. *Geist des römischen Rechts*, p. 209 ss., p. 216 ss.

историческата действителност⁴⁶. Какво тогава е положението на другите теории, в които е включена теорията за *самопомощта*? Оставяйки настрана най-новите научни изследвания, които съвършено оспорват Дарвиновата парадигма⁴⁷, както и въпроса дали такава парадигма може да бъде приложена към анализ на човешките взаимоотношения⁴⁸, ще стигнем до извода, че е напълно неправдоподобна картината на хипотетична „нулева точка“ от историята, когато са царели пълен хаос и анархия, а дивите индивиди са размахвали тояги, отчаяно борещи се за оцеляване. Просто няма източници и доказателства, които да служат за основа на твърдението, че дори и в праисторията въобще е имало такива първични и „естествени“ условия на липса на всякакво общество, власт или правила, или в които голата физическа сила е била единственото право, а *самопомощта* – единствената защита⁴⁹. Доказателствата, с които разполагаме за народите, живели през Палеолита, благодарение най-вече на откритите рисунки в техните пещери, показват че праисторическият човек е живял в общности, свързани чрез многобройни правила и религиозни забрани. Съвременни етнологични

⁴⁶ Вж. по-горе т. 2.3.

⁴⁷ Вж. напр. LINGS, M. *Ancient Beliefs and Modern Superstitions*. Cambridge, Quinta Essentia, 1991.

⁴⁸ След като анализира (не)приложимостта на Дарвиновата парадигма, разглеждайки най-старите римски закони, ученият в областта на римското и частното право от Гьотинген Окко Behrends правилно подчертава, че „правилата на правото за хората са нещо съвсем различно от стереотипите в животинското поведение, придобити чрез естествения подбор“ – BEHRENDS, O. *La mancipatio nelle XII Tavole*. – In: *IURA*, Vol. 33, 1982, *Rivista internazionale di diritto romano e antico*, p. 73, n. 57.

⁴⁹ Например, дори Eisenhart във връзка с идеята на Хобс за естествените условия категорично заявява, че “*statum illum generis humani quem Hobbesius fingit nunquam fuisse*” (състоянието на човешката раса, което Хобс си представя, никога не е съществувало) и че “*Hobbesi doctrina veterum iurisconsultorum philosophiae plane contraria*” (доктрината на Хобс е напълно противоположна на философията на древните юристи) – EISENHARDT, J. Fr. *Statum Naturalem Hobbesii Ex Corpore Iuris Civilis Profligatum Et Profligandum Praeside Francisco Carolo Conradi Serenissimi Brunovicensium Ac Lunaeburgensium Ducis A Consiliis Aulicis Et Iuris Antecessore Academiae Iuliae Nunc Prorectore Ad D. XXIII. Decembris MDCCXLIV*. In *Iuleo Maiori Publice Ad Disputandum Proponet Joannes Fridericus Eisenhart Spirensis*. Drimborn, 1744. 24 p. – цит. по S t a s z k ó w , M. Op. cit., 1963, p. 87. Същите твърдения са напълно приложими и към теорията на Йеринг за самопомощта. Ето защо напр. Behrends в своя труд от 1982 г. отбелязва, че посочената теория е una costruzione puramente storica – вж. BEHRENDS, O. Op. cit., p. 75. Вж. също BROGGINI, G. *Vindex und Judex. Zum Ursprung des römischen Zivilprozesses*. – In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Vol. 76, 1959, p. 113 ss.; KASER, M. und HACKL, K. Op. cit., p. 28 ss.

открития, отнасящи се до примитивните култури, водят до същите изводи⁵⁰. Тези факти са недвусмислено доказателство, че теорията на Хобс за *status naturalis* и теорията за етапа на *самопомощ* на Йеринг са единствено рационалистични спекулации, лишени от всякаква връзка с праисторическата действителност⁵¹. Във всеки случай тази парадигма, поради нейната историческа недостоверност, е неприложима като методологически модел в опита да се обясни произходът на правото и правния процес, също както например е бил неприложим утопичният марксистки възглед за буржоазен ред, за класово общество на свободни и равни индивиди, чийто упадък води до създаването на държавата като израз на класовото общество и орган за класова експлоатация⁵².

Противопоставяйки се на Йеринг и Власак, а също така на *Selbsthilfetheorie* и *Schiedsgerichtstheorie*, които са основани на предположенията за изключителната прогресивност и рационалност на римляните, които вероятно са били единственият народ, способен да преодолее етапа на *самопомощта* чрез свободно учредяван арбитраж като форма на *частно правораздаване*, съвременните романистични изследвания защитават идеята че първите римляни, както всички останали архаични народи, са искали да уредят споровете в своята общност, обръщайки се към свръхестествените сили на своите богове във формата на различни видове ордалии или пророчества като вид първично *публично правораздаване*⁵³.

⁵⁰ Вж. например MAYER-MALY, Th. Gedanken über das Recht. Vienna ; Cologne ; Salzburg, Böhlau, 1985, p. 9 ss.

⁵¹ Редно е да кажем, както често беше подчертавано, че конструкцията на Хобс за „естествено състояние“ (*status naturalis*) е просто спекулативно отражение на Англия от тази епоха, която е била разкъсвана от гражданска война (1642–1649), анархия и беззаконие. Вж. например HAMPTON, J. *Hobbes and the Social Contract Tradition*. Cambridge, Cambridge University Press, 1986, p. 5. Ако приемем това, можем да стигнем до извода, че *status naturalis* не е първичното състояние на човека, а по-скоро точно обратното, тоест „антиеволюционния възглед“, според който „не е имало варварски условия, които са произлезли от сблъсък на различни култури“, всъщност е правилен; SCHELLING, F. W. J. *Philosophie und Religion*. – In: *Sämtliche Werke*, Vol. I, Band 6, Stuttgart ; Augsburg, J. G. Cotta'scher, 1860, p. 12.

⁵² Вж. KASER, M. und HACKL, K. *Op. cit.*, p. 28 ss.

⁵³ Вж. напр. NOAILLES, P. *Du Droit sacré au Droit civil*, p. 72 ss.; BROGGINI, G. „*Iudex arbiterve*“..., p. 29 ss.; KASER, M. und HACKL, K. *Op. cit.*, p. 29 ss., с препратки към допълнителна литература. Интересно е да отбележим как идеята, че най-ранният римски граждански процес е произлязъл от ордалий (*Gottesurteil*) като форма на божествено публично правораздаване, е била накратко обсъдена от Rudolph von Jhering в неговия незавършен и посмъртно издаден труд – вж. Von JHERING, R. *Die Vorgeschichte der Indoeuropäer*. Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1894, p. 436. За жалост

Накратко, най-убедителната съвременна теория по темата е, че архаичните римляни са уреждали споровете чрез решение на върховния бог (*Iuppiter*), установено въз основа на авгурски ритуали и произнесено от римския цар като орган на *публичното правораздаване*⁵⁴. Тази теория е основана върху анализ на жестовите, вербалните и символните близости на ритуалите между акта на *vindicatio* в легисакционния процес и тържествения акт на *inauguratio* на римските царе⁵⁵ (много вдъхновяваща тема, която заслужава отделно проучване).

4. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Както видяхме, съвременните изследвания на гражданското процесуално право все още следват теорията за *частното правораздаване* във формата на арбитраж като обяснителна парадигма на произхода и развитието на гражданския процес⁵⁶. По мое мнение е време съвременната наука за гражданския процес да изостави този остарял възглед и да вземе предвид съвременните романистични възгледи за произхода и развитието на римския граждански процес, започвайки от твърдението, че религиозните ритуали на *публично правораздаване* са първообразът на процеса.

Jhering не е имал време да развие тази идея по-детайлно или да я заложи в своята теория за произхода и развитието на римския граждански процес. Тази идея може би е щяла да го насърчи за преразглеждане на някои от основаните тези, представени в неговия труд *Der Geist des römischen Rechts*, и най-вече на неговия възглед че римляните, за разлика от други народи, са преодолели самопомощта не чрез свръхестествените сили на своите богове във формата на ордалии, пророчества, хвърляне на жребий, тоест чрез въвеждане на публично правораздаване на религиозна основа, а по-скоро чрез частно правораздаване във формата на договорно уреждане на правните спорове (*vetragmäßige Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten*).

⁵⁴ Първият романист, който представя този възглед като последователна теория с убедителна аргументация, е Gerardo Broggin – вж. BROGGINI, G. “Iudex arbiterve”, p. 24 ss.

⁵⁵ За структурните подобия между ритуала на виндикацията и този на инаугурацията вж. MANTHE, U. *Stilistische Gemeinsamkeiten in den Fachsprachen der Juristen und Auguren der Römischen Republik*. – In: Zimmermann, K. (Ed.). *Der Stilbegriff in den Altertumswissenschaften*. Rostock, Universität Rostock, Institut für Altertumswissenschaften, 1993, p. 69 ss.; KOFANOV, L. *Il ruolo del collegio degli auguri nelle laborazione del diritto romano arcaico*. – In: Piro, I. (Ed.). *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'Antiquité*. Catanzaro, Rubbettino, 1999, p. 382 ss.

⁵⁶ Вж. по-горе т. 2.1.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. BEHRENDTS, O. La mancipatio nelle XII Tavole. – In: *IURA*, Vol. 33, 1982, Rivista internazionale di diritto romano e antico, p. 46–103
2. BISCARDI, A. Esquisse d'une critique de la litis cotestatio. – In: *Revue historique de droit français et étranger*, Vol. 33, 1955, p. 1–19
3. BISCARDI, A. La litis contestatio nella procedura per legis actiones. – In: *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, Vol. III, Naples, Jovene, 1953, p. 461–472
4. BROGGINI, G. “Iudex arbiterve”. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters. Cologne ; Graz, Böhlau, 1957
5. BROGGINI, G. Vindex und Judex. Zum Ursprung des römischen Zivilprozesses. – In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Vol. 76, 1959, p. 113–148
6. EISENHARDT, J. Fr. Statum Naturalem Hobbesii Ex Corpore Iuris Civilis Profligatum Et Profligandum Praeside Francisco Carolo Conradi Serenissimi Brunovicensium Ac Lunaeburgensium Ducis A Consiliis Aulicis Et Iuris Antecessore Academiae Iuliae Nunc Prorectore Ad D. XXIII. Decembris MDCCXLIV. In Iuleo Maiori Publice Ad Disputandum Proponet Joannes Fridericus Eisenhart Spirensis. Drimborn, 1744. 24 p.
7. EISNER, B. and HORVAT, M. Rimsko pravo (Roman Law). Zagreb, Nakladni zavod Hrvatske, 1948
8. HAMPTON, J. Hobbes and the Social Contract Tradition. Cambridge, Cambridge University Press, 1986
9. HONSELL, H., MAYER-MALY, Th. und SELB, W. Römisches Recht. Berlin, Springer, 1987
10. HORVAT, M. Deux phases du procès romain. – In: *Droits de l'Antiquité et sociologie juridique. Mélanges Henri Lévy-Bruhl*. Paris, Sirey, 1959, p. 163–169
11. HORVAT, M. O dvodiobi u najstarijem rimskom civilnom procesu (On the bipartite division in the oldest Roman civil procedure). – In: *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* (Collected Papers of the Faculty of Law in Zagreb), Vol. 8, 1958, p. 137–150
12. HORVAT, M. Savremeni nazori o postanku i značaju dvodiobe rimskog privatnog procesa (Contemporary Opinions on the Existence and Significance of the Bipartite Division of Roman Private Procedure). – In: *Mjesečnik Pravničkog društva* (Law Society Paper), Vol. 64, 1938
13. JUHART, J. Civilno procesno pravo FNRJ (Civil Procedural Law of the FPR Yugoslavia). Ljubljana, Univerzitetna založba, 1961
14. KASER, M. und HACKL, K. Das römische Zivilprozeßrecht. München, C. H. Beck, 1996
15. KASER, M. Vom Ursprung des römischen Rechtsgedankens. – In: *Moschetti, G. (Ed.). Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia der diritto in Verona. 1948. Vol. II. Milan, Giuffrè, 1951, p. 19–36*

16. KASER, M. Zum Ursprung des geteilten römischen Zivilprozessverfahrens. – In: *Wilcken, U. San Nicolò M. & Steinwenter, A.* (Eds.). Festschrift für L. Wenger. Vol. I, München, C. H. Beck, 1944, p. 106–128
17. KELLER, F. Über Litis Contestation und Urteil. Zürich, Gessner, 1827
18. KOFANOV, L. Il ruolo del collegio degli auguri nella elaborazione del diritto romano arcaico. – In: *Piro, I.* (Ed.). Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'Antiquité. Catanzaro, Rubbettino, 1999, p. 380–388
19. LAUTNER, J. Die richterliche Entscheidung und die Streitbeendigung im altbabylonischen Prozeßrecht. Leipzig, Weicher, 1922
20. LINDSAY, W. M. (Ed.). *Sexti Pompei Festi de verborum significatu quae supersunt cum Pauli Epitome.* Lipsiae, Teubneri, 1913
21. LINGS, M. *Ancient Beliefs and Modern Superstitions.* Cambridge, Quinta Essentia, 1991
22. MANTHE, U. Stilistische Gemeinsamkeiten in den Fachsprachen der Juristen und Auguren der Römischen Republik. – In: *Zimmermann, K.* (Ed.). *Der Stilbegriff in den Altertumswissenschaften.* Rostock, Universität Rostock, Institut für Altertumswissenschaften, 1993, p. 69–74
23. MAYER-MALY, Th. *Gedanken über das Recht.* Vienna ; Cologne ; Salzburg, Böhlau, 1985
24. McPHERSON, C. B. Introduction. – In: *Hobbes, T. Leviathan* (Penguin Classics). London, Penguin Books, 1986, p. 9–64
25. NOAILLES, P. *Du Droit sacré au Droit civil. Cours de Droit Romain Approfondi 1941–1942.* Paris, Sirey, 1949
26. SCHELLING, F. W. J. *Philosophie und Religion.* – In: *Sämtliche Werke,* Vol. I, Band 6, Stuttgart ; Augsburg, J. G. Cotta'scher, 1860
27. STASZKÓW, M. *Vim dicere im altrömischen Prozeß.* – In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte,* Vol. 80, Romanistische Abteilung, 1963, p. 83–108
28. STEINWENTER, A. *Die Streitbeendigung durch Urteil, Schiedspruch und Vergleich nach griechischem Rechte.* München, C. H. Beck, 1925
29. TALAMANCA, M. s.v. *Processo civile (diritto romano).* – In: *Enciclopedia del diritto.* Vol. XXXVI. Milan, Giuffrè, 1987, p. 1–79
30. THÜR, G. *Artur Steinwenter als Gräzist.* – In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte,* Romanistische Abteilung, Vol. 115, 1998, p. 426–437
31. TRIVA, S. i Dika, M. *Građansko parnično procesno pravo (Civil Litigation Procedural Law).* Zagreb, Narodne novine, 2004
32. UDE, L. *Civilni pravdni postopek in samoupravni sodni postopek (Civil Litigation Procedure and Self-governmental Procedure).* Ljubljana, Univerzitetna založba, 1980
33. Von JHERING, R. *Die Vorgeschichte der Indoeuropäer.* Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1894

34. Von JHERING, R. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1878
35. WIEACKER, F, Jhering und der "Darwinismus". – In: *Paulus, G., Diederichsen, U. und Canaris, C. W.* (Eds.). Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag. München, C. H. Beck, 1973, p. 63–92
36. WIEACKER, F. Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung). Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967
37. WIEACKER, F. Rudolph von Jhering. – In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Romanistische Abteilung, Vol. 86, 1969, p. 1–36
38. WLASSAK M. Anklage und Streitbefestigung. (angebunden: Abwehr gegen Philipp Lotmar). Vienna, Akademie der Wissenschaften, 1920
39. WLASSAK, M. Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer. Vienna, Akademie der Wissenschaften, 1917
40. WLASSAK, M. Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren. – In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Romanistische Abteilung, Vol. 25, 1904, p. 81–187
41. WLASSAK, M. Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse. Vienna, Akademie der Wissenschaften, 1921
42. WLASSAK, M. Die klasische Prozeßformel. Vienna, Akademie der Wissenschaften, 1924
43. WLASSAK, M. Die Litiskontestation im Formularprozeß. – In: *Leipziger Juristenfakultät* (Ed.). Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für B. Windscheid zum 22. Dezember 1888. Sonderabdruck. Leipzig, Duncker & Humblot, 1889