

К.И. Малышев

**Исторический очерк
конкурсного процесса**

**Москва
«Книга по Требованию»**

УДК 93
ББК 63.3
К11

К11 **К.И. Малышев**
Исторический очерк конкурсного процесса / К.И. Малышев – М.: Книга
по Требованию, 2021. – 460 с.

ISBN 978-5-518-09866-4

Сочинение Кронида Малышева

ISBN 978-5-518-09866-4

© Издание на русском языке, оформление
«YOYO Media», 2021

© Издание на русском языке, оцифровка,
«Книга по Требованию», 2021

Эта книга является репринтом оригинала, который мы создали специально для Вас, используя запатентованные технологии производства репринтных книг и печати по требованию.

Сначала мы отсканировали каждую страницу оригинала этой редкой книги на профессиональном оборудовании. Затем с помощью специально разработанных программ мы произвели очистку изображения от пятен, клякс, перегибов и попытались отбелить и выровнять каждую страницу книги. К сожалению, некоторые страницы нельзя вернуть в изначальное состояние, и если их было трудно читать в оригинале, то даже при цифровой реставрации их невозможно улучшить.

Разумеется, автоматизированная программная обработка репринтных книг – не самое лучшее решение для восстановления текста в его первоизданном виде, однако, наша цель – вернуть читателю точную копию книги, которой может быть несколько веков.

Поэтому мы предупреждаем о возможных погрешностях восстановленного репринтного издания. В издании могут отсутствовать одна или несколько страниц текста, могут встретиться невыводимые пятна и кляксы, надписи на полях или подчеркивания в тексте, нечитаемые фрагменты текста или загибы страниц. Покупать или не покупать подобные издания – решать Вам, мы же делаем все возможное, чтобы редкие и ценные книги, еще недавно утраченные и несправедливо забытые, вновь стали доступными для всех читателей.



Серия Книжный Ренессанс

www.samizday.ru/reprint

ИСТОРИЧЕСКИЙ ОЧЕРКЪ КОНКУРСНАГО ПРОЦЕССА.

Во основѣ современнаго конкурснаго процесса лежатъ понятія образовавшіяся еще въ глубокой древности. Подъ вліяніемъ бытовыхъ условій они подвергались различнымъ измѣненіямъ, въ историческомъ преемствѣ которыхъ можно замѣтить постепенное ихъ развитіе. Прослѣдить этотъ генезисъ понятій, начиная отъ первыхъ ихъ очертацій до современнаго намъ міра было бы въ высшей степени любопытно и поучительно, потому что такое изслѣдованіе пролило бы яркій свѣтъ на окружающее насъ состояніе права, какъ историческій результатъ міровой мысли и опыта.

Во всей своей полнотѣ, эта задача превышаетъ силы одного человѣка и можетъ быть разрѣшена только совокупною дѣятельностію трудовыхъ силъ науки. Наше изслѣдованіе ограничивается изложеніемъ главнѣйшихъ направленій въ исторіи конкурснаго процесса.

Древняя восточная жизнь, какъ и бытъ грековъ, не оставили по себѣ никакихъ слѣдовъ обычая или закона по нашему предмету. Первымъ шагомъ въ исторіи конкурснаго процесса является римское право. Выработанныя въ немъ начала перешли и къ новымъ народамъ Европы, но уже въ средневѣковыхъ республикахъ Италіи потерпѣли глубокое преобразование, имѣвшее цѣлю приспособить ихъ къ потребностямъ торговаго кредита. Отсюда открывается возможность слѣдить за дальнѣйшимъ ихъ развитіемъ, главнымъ образомъ по тремъ направленіямъ: въ законодательствѣ французскомъ, далѣе въ англійскомъ и сѣвероамериканскомъ законодательствахъ и наконецъ въ нѣмецкомъ правѣ. Французское законодательство успѣло до высокой степени развитъ практическую сторону процесса, имѣющаго цѣлю охраненіе торговаго кредита, и въ этомъ отношеніи имѣло сильное вліяніе на новѣйшія реформы его въ другихъ государствахъ. Обычное развитіе англійскаго процесса и въ особенности той фор-

мы его, которая установилась въ Сѣвероамериканскихъ Штатахъ, интересно не только само по себѣ, какъ проявленіе богатаго жизненнаго опыта въ народѣ по преимуществу торговомъ, но и потому, что оно составляетъ во многихъ отношеніяхъ прямую противоположность французскаго законодательства. Нѣмецкое право, съ научной точки зрѣнія, занимаетъ послѣднее мѣсто въ исторіи конкурснаго процесса. Въ обширной литературѣ его историческія формы процесса постепенно разложены были на простыя понятія и образовалась до извѣстной степени стройная, научная система. Новыя законодательства Германіи, составленныя подъ вліяніемъ этихъ понятій, замѣчательны въ тоже время по глубокому анализу практической стороны предмета.

Особое изслѣдованіе необходимо посвятить исторіи и догматикѣ русскаго конкурснаго процесса. Въ нашей литературѣ по этому вопросу замѣчается пробѣлъ. Самые законы о конкурсномъ процессѣ уже пересматриваются правительствомъ, и вѣроятно въ скоромъ времени будутъ существенно измѣнены.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

КОНКУРСНЫЙ ПРОЦЕССЪ ПО РИМСКОМУ ПРАВУ ¹⁾.

§ 1. A. Venditio bonorum. Поводы ея. а) Взысканія по судебнымъ рѣшеніямъ и суррогатамъ ихъ. — § 2. б) Укрѣпительство должниковъ. — § 3. в) Ликвидация выморочныхъ имуществъ. — § 4. Postulatio. Условія missio in bona rei servandæ causa и bonorum venditio. — § 5. Производство. а) Missio in bona. — § 6. б) Venditio bonorum. — § 7. Послѣдствія venditio bonorum. — § 8. В. Cessio bonorum. — § 9. С. Distractio bonorum. — § 10. D. Конкурсное производство по Юстинианову праву. а) Открытіе производства. — § 11. б) Розысканіе и продажа актива. — § 12. в) Пассивъ. — § 13. г) Послѣдствія. Общее заключеніе.

§ 1. A. Venditio bonorum. Поводы ея: а) взысканія по рѣшеніямъ и ихъ суррогатамъ.

По свидѣтельству римскихъ писателей ²⁾, уже въ законѣ децемвировъ предусмотрѣно было стеченіе нѣсколькихъ взыскателей противъ одного и того же отвѣтника и, въ случаѣ его неоплатности, кредиторамъ дозволено было разрубать и дѣлить между собою тѣло чловѣка, имъ присужденнаго ³⁾. У Геллія приводится и самый текстъ закона: Tertiis nundinis partes ⁴⁾ secanto ⁵⁾. Si plus minusve secuerunt,

¹⁾ *Литература.* Dabelow, Erläuterung der Lehre vom Concourse der Gläubiger, 3 тома, 1792—1795. Halle. — 2-е изд. подъ заглавіемъ Ausführliche Entwicklung der Lehre vom Concourse der Gläub. 1801, Halle, in 4^o. — Kori, System des Concursprocesses 1807, 2-е изд. 1828, § 3—10. — Zimmermann, der röm. Civilprocess, 1829, Heidelberg, § 76—83. — Puchta, Inst. II, § 179 и 188. — Keller, Civilpr., § 83—85. — Rudorff Rechtsgesch., II, § 89—93. — Bethmann-Hollweg, der röm. Civilpr., 1864—68. т. II, § 112—115, т. III, § 158—159. — Walter, Geschichte des röm. R. 3 изд. 1860, т. II, § 750—58. — Bayer, Theorie des Concurs-Processes 1836, 4 изд. 1868 г. München, § 2—18. — Fuchs, das Concursverfahren, Marburg 1863, § 2. — Savigny, Über das altrömische Schuldrecht. Berlin 1834, in 4^o. — Huschke, Über das Recht des nexum Leipzig, 1846.—Stieber, de emtio bonorum apud veteres Romanos. 1827 г. Dornburg, Über die emtio bonorum, Heidelberg, 1850. Montluc, La faillite chez les Romains. 1870

²⁾ A. Gellius, Noctes Att. L. XX, 1. — Quintil., inst. orat. III, 6, (въ изд. Таухянца 1829, стр. 154). — Tertull., Apolog. с. 4. — Cassius Dio, въ изд. Тафеля 1831 г., т. I, fragm. 35, стр. 45.

³⁾ Gell. cit. Nam si plures forent, quibus reus esset judicatus, secare, si vellent, atque parti corpus addicti sibi hominis permiserunt.

⁴⁾ Таково чтеніе новыхъ писателей — Пухты, Рудорфа, Гухке, Байера и др. Дабеловъ читаетъ partes. Гертцъ въ новомъ изданіи Геллія, 1851 г. т. 2, читаетъ partis.

⁵⁾ Huschke: secunto. Nexum, прим. 110, стр. 88. Также Rudorff, въ Institut. Пухты, § 179, прим. п.

se ¹⁾ *gaude esto*. По мнѣнію Геллія и другихъ, позднѣйшихъ римскихъ писателей ²⁾, должникъ пренеужденный нѣсколькимъ кредиторами могъ быть въ буквальный смыслъ разрубленъ ими на куски для раздѣла и такой именно смыслъ придесть этому отрывку изъ XII таблицъ большинство новыхъ историковъ ³⁾. Съ другой стороны уже издавна идутъ попытки объяснить его въ пользу имущественнаго раздѣла между взыскателями ⁴⁾, причемъ предполагается, что римскіе писатели сами не понимали этого закона. По толкованію Пущке, здѣсь разумѣется равный дѣлежъ имущества, принадлежащаго неоплатному должнику, между кредиторами, безъ соображенія разницы въ ихъ требованіяхъ ⁵⁾. Дабеловъ напротивъ высказывается въ пользу пропорціональнаго раздѣла ⁶⁾. Должникъ, говоритъ онъ, выдавался кредиторамъ головою въ искупъ долга ⁷⁾; они продавали его, и вырученную такимъ образомъ сумму вмѣстѣ со всѣмъ его имуществомъ дѣлили между собою по соразмѣрности ⁸⁾.

¹⁾ Вункershоеck: sine fraude. Vid. infra.

²⁾ См. выше, стр. 3, прим.

³⁾ Niebuhr, *Röm. Geschichte*, изд. 1853 г. стр. 684. Rudorff въ *Ист. Пухты* § 179. Müller, *l. h. d. Inst.*, 1858 стр. 83. Также Герингъ и др. Во французской литературѣ Тролонъ, *de la contrainte par corps*, 1847 г. стр. 72 и слѣд. Въ 1728 г. Гигьеръ защищалъ диссертацию *De debitorum obægatorum poenis*, въ которой развѣвались два положенія: 1) *Romani veteres creditoribus permisissent, debitorem obægatum vendere, necare, in partes scindere, и* 2) *Ea permissio æqua et humana fuit*. Диссертация эта напечатана въ VII томѣ. *Meditationes* Лейзера.

⁴⁾ Вункershоеck, *Observationes juris Romani*, Ed. II, Francof. 1739, Lib. I, c. 1. Dabelow, стр. 47 и слѣд. Huschke, *Über das Recht des nexum*, стр. 89 и слѣд. Изъ англійскихъ писателей Blackstone, *Comment.*, изд. Керра 1857 г., т. II, стр. 485. Taylor, *Comment. in L. decemviral.* См. также Heineccius, *Antiquit.* III, 30, 4.

⁵⁾ Huschke, *cit.*, стр. 91.

⁶⁾ Dabelow, *cit.*, стр. 62.

⁷⁾ Такъ онъ объясняетъ другой отрывокъ, составленный имъ по Геллію: *De Capited. Addictæ. Poinas. Samitod.*

⁸⁾ Дабеловъ примыкаетъ здѣсь къ толкованію Винкертсгуса, съ нѣкоторыми только измѣненіями. Винкертсгукъ объясняетъ этотъ отрывокъ слѣдующимъ образомъ: *Si plures creditores vicerint debitorem communem, practerierintque dies justi, nec tamen solvat debitor, non uni ex creditoribus aut quibusdam permitti, ut addictum debitorem sibi retineant, vel pro lubitu clam forte et privati privatis vendant, sed ut, quantum fieri potest, publica æstimatione satisfiat omnibus, eum esse vendendum in auctione publica ipsis nundinis: namque ita neminem suo defraudatum iri, nec quemquam alteri imputaturum, justo minoris debitorem venisse. Atque hoc sibi volunt postrema Decemvirorum verba: Si plus minusve securerunt, sine fraude esto, id est: nulli imputatur, non suo pretio venditum esse debitorem, publice enim quum res acta sit, nemini hoc est fraudi, ut contra fraudi et damno esse poterat, si quis debitorem, quum carius vendi potuisset, sibi mallet retinere neque venditioni publicæ subijcere. Далѣе, слово caput онъ объясняетъ какъ зоръ, капиталъ, слово poenas ирринимаетъ за неустойку, cessare — продавать съ аукціона.*

Въ объясненіи первоначальнаго смысла XII таблицъ, какъ намъ кажется, взглядъ римскихъ писателей заслуживаетъ предпочтенія, потому что онъ гармонируетъ съ цѣлою системою долговыхъ взысканій по древнему законодательству. Въ первоначальныхъ обществахъ имущественная почва народнаго хозяйства и права еще слишкомъ мелка, кредитъ обезпечивается лицомъ самого должника съ его семьею и изъ этого же источника производится взысканіе въ случаѣ несправности. Діодоръ рассказываетъ ¹⁾, что египтяне, за немѣнѣемъ другаго имущества, закладывали кредиторамъ трупы своихъ умершихъ родственниковъ. Обыкновеннымъ же способомъ обезпеченія долговъ у древнихъ народовъ былъ закладъ самого должника съ женою и дочкадами въ кабальное холопство ²⁾. Несправный плательщикъ становился рабомъ взыскателя ³⁾. Только съ развитіемъ хозяйства появляется масштабъ для оцѣнки опредѣленныхъ примѣненій труда, и должникъ отдается кредитору лишь до заработной платы ⁴⁾. Въ старое время цѣнность человѣка считается нераздѣльною, взысканіе падаетъ на всю личность, и участь должника есть полное рабство ⁵⁾, будетъ ли онъ оставленъ при домѣ кредитора или проданъ имъ въ другія руки.

Древній Римъ, какъ извѣстно, также не отличался богатствомъ ⁶⁾. Должники, большею частію изъ плебеевъ ⁷⁾, были люди очень бѣдные. Чтобы добыть себѣ кредитъ, они закладывались съ женою и дѣтьми въ кабалу кредиторамъ (пехум) ⁸⁾ и, въ случаѣ неплатежа, взысканіе обращалось также на лицо ⁹⁾, потому что лицо было почти единственною цѣнностью въ этомъ первобытномъ хозяйствѣ. Изъ

¹⁾ Веллс. 1, 93, по изд. Диндорфа 1866 г. т. I, стр. 133.

²⁾ Troplong, cit., стр. 5 и слѣд.

³⁾ Duncker, Geschichte des Alterthums, т. 1 и 2.

⁴⁾ Thering, Geist, § 43, стр. 456 (2-е изд. стр. 417).

⁵⁾ У Евреевъ оно было ограничено уже очень рано. Левит. XXV. 39. И involuntary взысканія у нихъ очень древни. Dabelow, сл. 1.

⁶⁾ Livii Praefatio: Paupertatis honos fuerit; quanto rerum minus, tanto minus cupiditatis erat.

⁷⁾ Liv. VIII, 28: Eo anno plebi Romanae velut aliud initium libertati factum est, quod neci desiderunt. Ср. VI, 36: Gregatim quotidie de foro addic, tot duci, et repleti vincetis nobiles domos: et ubicunque patricius habitet ibi carcerem privatum esse. Нибуръ (изд. 1853 г., стр. 320) думалъ даже, что долговые законы древняго Рима относились исключительно къ плебеямъ.

⁸⁾ Древнія формы имущественнаго обезпеченія—fiducia et subsignatio apud legatum — могли служить лишь тѣмъ должникамъ, у которыхъ былъ извѣстный достатокъ. Другіе способы обезпеченія носили личный характеръ, именно sponsio ad agram maximam, поручительство, pexum. Kuntze, Inst. т. I, стр. 53. Dernburg, das Pfandrecht, 1860, т. I, § 1—3.

⁹⁾ Liv., VIII, 28: Pecunie creditae... corpus obnoxium (до lex Poetelia).

древнаго римскаго быта сохранилось преданіе, что взыскатель продавал должника, и изъ выручки получалъ удовлетвореніе, или же, еслибъ захотѣлъ, могъ убить его какъ раба или какъ животное въ своемъ домашнемъ заведеніи ¹⁾. Объ этомъ-то именно времени и рассказываетъ у Геллія, что когда кредиторовъ было нѣсколько чловѣкъ, они могли разсѣчь должника на куски и подѣлить между собою ²⁾. Эта форма долговой расправы относится очевидно къ первичному періоду общественнаго быта и, если отрывокъ Геллія дѣйствительно принадлежалъ къ сборнику XII таблицъ, то уже для этого времени онъ былъ закономъ устарѣвшимъ. Выражая собою логическій выводъ изъ принципа взысканій, поражающихъ лицо должника, онъ на самомъ дѣлѣ не примѣнялся въ жизни, потому что его, какъ говоритъ Квинтиліанъ, *mos publicus repudiavit* ³⁾.

Уже въ эпоху XII таблицъ, въ дѣйствительномъ юридическомъ быту взысканіе состояло въ томъ, что должникъ, не имѣвшій средствъ къ платежу, выдавался кредитору головою и на дому у него постепенно зарабатывалъ свой долгъ ⁴⁾. Имущество, которымъ онъ владѣлъ въ это время, также обращалось въ пользу взыскателя, хотя цѣлая перспектива долговой расправы была настолько сурова, что въ большинствѣ случаевъ должникъ доводилъ дѣло до взысканія только тогда, когда всѣ, и безъ того незначительныя, средства его хозяйства были уже истощены ⁵⁾. По XII таблицамъ должнику назначался срокъ для принсканія средствъ къ платежу ⁶⁾ и, если онъ пропускаялъ этотъ

¹⁾ Gell, XX, 1. Tertius autem nundinis capitis poenam dabant, aut trans Tiberim peregre venum ibant.

²⁾ Гриммъ, Deutsche Rechtsalterthümer, 2-е изд. 1854, стр. 617, приводитъ подобный законъ изъ древняго норвежскаго права: Wollen ihn (den schuldner) die freunde nicht lösen, so habe der, welcher den schuldner bei sich hat, macht, von ihm zu haufen was er will, oben oder unten.

³⁾ Quintill, cit. Тоже самое говорятъ Геллій, Діонъ Кассій и Тертуліанъ. Cit. — Ср. Ihering, Geist, § 31, 2-е изд. стр. 145.

⁴⁾ Liv. VIII, 28: donec poenam lueret. Varro, De ling. lat. VII, 105: dum solveret. Выдача головою (addictio) происходила по судебному рѣшенію или его суррогатамъ (Lex Rubria c. XXII. Bruns, Fontes juris rom., p. 56: Confessus erit... sponsionem non faciet, non restituet... de ea re in jure nihil responderit, neque de ea re se judicio uti oportebit defendet), въ числу которыхъ въ древнее время относился и договоръ о личномъ заложѣ должника кредитору — *pecum* (Rudorff въ Instit. von Putschta, III, § 269).

⁵⁾ Ihering, Geist, § 31 in fine.

⁶⁾ XII tab. (Bruns, Fontes, стр. 6): Aeri confessi rebusque jure judicatis triginta dies justi sunt. Post deinde manus injectio esto, in jus ducito. Ni judicatum facit, aut quis endoem jure vindicit, secum ducito. Чтобы возбудить въ родственникахъ и друзьяхъ должника сожалѣніе къ его участи и готовность оказать ему пособіе, должника выводили по арморочнымъ днямъ на площадь, объявляли сумму его долга и приглашали желающихъ помочь ему. Gell, XX, 1.

прокъ, не расквитавшись со взыскателемъ, то считался должникомъ неоплатнымъ и взысканіе обращалось затѣмъ на его лицо и на все его имущество ¹⁾.

Понятно, что кредиторъ могъ получить это имущество не иначе, какъ въ счетъ долга. Это правило могло не приниматься развѣ только въ самый первоначальный періодъ общественнаго быта, когда за ничтожностію имущественныхъ средствъ въ хозяйствѣ народа этотъ элементъ могъ совсѣмъ не приниматься въ соображеніе, и должникъ выдавался кредитору съ familia rescipiæ, какъ простою принадлежностію лица, которая слѣдуетъ за его судьбою. Съ развитіемъ хозяйства понятія должны были измѣниться. Долговое право потеряло абсолютный, вещный характеръ ²⁾, и если личный трудъ должника въ пользу кредитора сталъ уже засчитываться въ погашеніе долга, то имущество должника и подавно не могло доставаться кредитору даромъ. Съ этою цѣлію необходима была оцѣнка имущества. Для первоначальнаго экономическаго быта такая задача представляется въ высшей степени трудною, потому что имущественный оборотъ въ немъ неразвитъ и цѣны предметовъ не установлены. Надобно было такъ или иначе продать имущество должника стороннимъ лицамъ и обратить цѣну его въ счетъ долга. Гдѣ было возможно, оно продавалось и въ розницу ³⁾. Но розничная продажа имущества не всегда находила покупателей. Легче было отыскать человѣка, который рѣшился бы приобрести себѣ цѣлое имущество оптомъ. Къ этой мѣрѣ уже издавна обращалось государство, когда нужно было продать конфискованныя имѣнія ⁴⁾, или взыскать уголовные штра-

¹⁾ Имущественныя взысканія въ древнее время являются обыкновенно въ видѣ дополненія къ личной долговой расправѣ: Eosque duci, bona eorum possideri proscriptive vineque jubeto, говоритъ Lex Rubria, с. XXII (Bruns, Fontes, стр. 56). По мѣншію Савинья, altröm. Schuldr. стр. 4 и слѣд., личная экзекуція применялась только при взысканіяхъ по денежнымъ займамъ. Но lex Rubria говоритъ о личныхъ взысканіяхъ по всякаго рода дѣламъ (de omni re), въ которыхъ отвѣтчикъ присуждается быть уплатить денежную сумму (pecunia). Puchta, Inst. 1866, т. 2., стр. 203. Ср. В.—Hollweg, т. 1, § 32 и 53. Huschke, Nexum, стр. 61.

²⁾ Ihering, Geist, § 43.

³⁾ Liv. II, 23: (Aes alienum) cumulatam usuris, primo se agro paterno avitoque exuisse, deinde fortunis aliis.

⁴⁾ Liv. III, 58: Bona Claudii Oppiique tribuni publicavere; collegæ eorum exsilii causa solum verterunt; bona publicata sunt. Ср. еще Liv. IV, 15 и Gai 1, 27: (Qui deditiorum numero sunt) intra centesimum urbis Romæ miliarium morari prohibentur, et si contra fecerint, ipsi bonaque eorum publice venire jubentur. Продажа съ публичнаго торга называлась въ древности auctio, а покупщикъ sector'омъ. Онъ покупалъ имущество за оптовую цѣну. Cic. pro Roscio VII, 45.

фы ¹⁾. Такой же способ применен был еще в глубокой древности ²⁾ къ оценѣ имущества, подлежащаго взысканію по долгамъ. Имущество продавалось оптомъ какому нибудь стороннему лицу, которое соглашалось уплатить за то кредитору условленный процентъ долга. Эта операція называлась *emptio* или *venditio bonorum* ³⁾.

Опредѣляя цѣнность имущества, продажа его служила имѣстѣ съ тѣмъ еще и для другой цѣли. Безъ сомнѣнія, должникъ освобождался отъ подневольной работы, если вырученная посредствомъ продажи его имущества сумма вполне покрывала его долгъ ⁴⁾. Въ противномъ случаѣ этотъ путемъ окончательно удостовѣрялась неоплатность должника и необходимость личной эвекуціи. Когда кредиторовъ было нѣсколько человекъ, продажа оказывалась еще болѣе полезною: она служила способомъ распредѣленія между ними цѣнности имущества.

§ 2. 6) Укрывательство должниковъ. Кромѣ взысканій по судебнымъ рѣшеніямъ и ихъ суррогатамъ, были и другіе случаи, въ которыхъ *bonorum venditio* находила себѣ применіе. Римское право отличалось вообще замѣчательною способностью къ экономіи въ обрядахъ и формахъ ⁵⁾. Одной и той же формою оно умѣло пользоваться для самыхъ разнообразныхъ цѣлей. Къ числу такихъ, богатыхъ практическою применимостью, формъ принадлежитъ и *bonorum venditio*. Въ старое время она замѣняла собою по нѣкоторымъ дѣламъ заочное производство и примыкала къ способамъ обезпеченія правъ посредствомъ наложенія общаго запрещенія и ареста на имущество должника (*missio in bona*) ⁶⁾, слѣдуя за этою предохранительною мѣрою

¹⁾ *Tabula Bantina* (Bruns, *Fontes jur. rom.*, p. 43), *lex Rom. vers II: Si condemnatus erit... bona ejus publice possideantur facito. Lex repetund.*, с. XVII (ib., p. 43).

²⁾ *Liv. VI, 20*, подъ 371 г. а. н. с.: *Homines prope quadringentos produxisse dicitur, quorum bona venire, quas duci addictos (Manlius) prohibuisset. Lex Rubria, с. 22* (Bruns, *Fontes*, стр. 56). Емо ранѣе, именно подъ 259 г. (по Гудорфу, *Instit. v. Puchta* § 269, прим. dd. и французскимъ издателемъ Дивіа—Резанеауа, *Blanchet et Charpentier*) или 261 г. (по Гюшке) упоминается объ эдиктѣ консула Сервія: *Ne quis militis, donec in castris esset, bona possideret, aut venderet. Liv. II, 24. Dionys. VI, 20.*

³⁾ *Gai. III, 7c: Bona veniunt... judicatorum post tempus, quod eis partim lege XII tabularum, partim edicto praetoris ad expediendam pecuniam tribuitur.*

⁴⁾ На это указываютъ выраженія: *dum solveret et donec poenam lueret*, приведенныя выше изъ Дивіа и Страбона, а равно и образъ вывода должника на площадь для приложенія къ участію въ его судьбѣ родственниковъ и знакомыхъ.

⁵⁾ *Ihering, Geist*, § 56.

⁶⁾ *Missio in bona* или *in possessionem bonorum rei servandae causa* соответствуетъ въ нашемъ правѣ именно наложенію общаго запрещенія и ареста, по

въ тѣхъ случаяхъ, когда отъ простаго обезпеченія долговыхъ правъ необходимо было перейти къ дѣйствительному ихъ осуществленію. Такъ наприм. въ этой формѣ совершалась ликвидація имущества и долговъ въ случаѣ укрывательства должниковъ. Древній римскій процессъ открывался со стороны истца частнымъ вызовомъ отвѣтчика къ претору (*in jus vocatio*) и требовалъ личной явки обѣихъ сторонъ къ этому сановнику. Здѣсь они должны были торжественно и самолично ¹⁾ вступитъ въ процессуальную борьбу. Если отвѣтчикъ отказывался итти по вызову, то истцу дозволялось привести его силою при помощи стороннихъ людей. Если бы онъ спрятался или бѣжалъ, его можно было схватить и доставить, куда слѣдуетъ ²⁾. Но такъ или иначе, истецъ долженъ былъ справиться съ отвѣтчикомъ и привести его: иначе процессъ не могъ начаться ³⁾. Этотъ порядокъ установился, очевидно, еще въ то время, когда римская территория была не велика и граждане жили другъ у друга на глазахъ ⁴⁾. Съ распространеніемъ римскаго владычества онъ долженъ былъ оказаться неудобнымъ. По строгости долговыхъ взысканій укрывательство должниковъ было въ Римѣ весьма обыкновеннымъ явленіемъ ⁵⁾. Съ теченіемъ времени должники получили возможность укрываться отъ кредиторовъ даже въ своихъ собственныхъ домахъ, потому что у римлянъ было ⁶⁾ правило, что никто не можетъ быть

отличается отъ него, главнымъ образомъ, частнымъ характеромъ органовъ, которымъ поручалось исполненіе этой мѣры. По римскому праву имущество, подлежащее аресту, отдавалось подъ надзоръ самихъ кредиторовъ. Общинъ арестъ слѣдуетъ отличать отъ спеціальнаго, каковы наприм. *missio in possessionem fundi* въ обезпеченіе иска, L. 7, § 17. D. 42, 4; *missio in possessionem rerum*, *quas pro herede vel pro possessore (adversarius) possidet*, также въ обезпеченіе иска, L. 7 § 18 h. t.; *missio in possessionem rei* при отказѣ отвѣтчика въ обезпеченіи *damni infecti*. Dig. 39, 2. Ср. Stieber, cit., p. 9.

¹⁾ Gai. IV, 82: *Olim, quamdiu scilicet legis actiones in usu essent, alterius nomine agere non liceret, nisi pro populo et libertatis causa* (Такъ читаетъ Гукке, *jurisprud. ante justin.* 1861 г., стр. 278. В. Гольбергъ и другіе нѣсколько иначе). L. 123 D. 50, 17 (Ulp.): *Nemo alieno nomine lege agere potest.*

²⁾ Bruns, *Fontes juris romani*, XII tab. «*Si in jus vocat, ito; ni it, antestamino; igitur em capito. Si calvitur pedem'e struit, manum endo-jacito.*»

³⁾ Dernburg, *Emtio bon.*, стр. 13 и слѣд. В. Hollweg, т. I, стр. 112 и 113.

⁴⁾ Ihering, *Geist*, § 47 д., изд. 1869, II, 2, стр. 643 и слѣд.

⁵⁾ L. 7 § 2 D. 42, 4: *Est frequentissima haec causa possessionis; nam in usu latitantium bona possidentur.*

⁶⁾ Вальтеръ, *Gesch. d. röm. R.*, т. II, § 728, прим. 6, и Дернбургъ, стр. 14, полагаютъ, что это правило образовалось только съ теченіемъ времени, когда завоеванія и республиканская жизнь подняли духъ народа. В. Гольбергъ, I, стр. 103 и друг. считаютъ его исконнымъ обычаемъ римской общины.

позванъ на судъ изъ своего дома ¹⁾, а тѣмъ менѣе выведенъ изъ него силою ²⁾. Законъ въ этомъ случаѣ не давалъ кредиторамъ никакой защиты. Обратитъ взысканіе на имущество должника они не могли до тѣхъ поръ, пока иски ихъ не были рассмотрѣны судомъ, а для этого необходимо было поставить передъ преторомъ отвѣтника. Если онъ укрывался, то истцы, по XII таблицамъ, должны были обожждать, пока онъ явится. Потому что, говоритъ В. Гольвегъ, не мыслимо, чтобъ его нельзя было словить гдѣнибудь въ продолженіи цѣлаго года или двухъ лѣтъ ³⁾. Понятно, что для кредиторовъ эта выжидательная система была неособенно пріятна и положеніе ихъ должно было вызвать какія либо мѣры. Заочнаго производства, въ современномъ смыслѣ слова, не было въ древнемъ Римѣ, какъ не было и судебныхъ вызововъ отвѣтника. Только впоследствии, въ *extraordinaria cognitio* императорскаго періода, появляются эти формы судебной дѣятельности ⁴⁾. Старому римлянину казалось совершенно непонятнымъ, какимъ образомъ можно назначать судъ для постановленія рѣшенія по односторонней просьбѣ истца, когда нѣтъ другой заинтересованной стороны, которая бы представила возраженія противъ его требованій ⁵⁾. Судебное разбирательство предполагало споръ между сторонами и самое подчиненіе спора суду разсматривалось, какъ дѣло взаимнаго соглашенія тяжущихся ⁶⁾. Производство вызововъ по частнымъ дѣламъ государственною властью считалось вмѣ-

¹⁾ L. 18 D. 2, 4 (Cajus): Nullum de domo sua in jus vocari licere, quia domus] tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit, eumque, qui unde in jus vocaret, vim inferre videri.

²⁾ L. 21 h. t. (Paulus): De domo sua nemo extrahi debet.

³⁾ В. Hollweg, I, стр. 112.

⁴⁾ L. 68—73 D. 5, 1: Ad peremptorium edictum hoc ordine venit, ut primo quis petat post absentiam adversarii edictum primum, mox alterum, per intervallum non minus X dierum, et tertium. Quibus propositis, tunc peremptorium impetat. In peremptorio autem comminatur is, qui edictum dedit, etiam absente diversa parte cogniturum se et pronuntiaturum. Et post edictum peremptorium impetratum, quom dies ejus supervenerit, tunc absens citari debet; et sive responderit, sive non responderit, agetur causa et pronuntiabitur, non utique secundum praesentem, sed interdum vel absens, si bonam causam habuit, vincet.

⁵⁾ Только если судъ былъ уже назначенъ по требованію обѣихъ сторонъ и затѣмъ одна изъ нихъ не являлась на состязаніе, въ такомъ случаѣ пришло въ правило XII таблицъ: Post meridiem praesenti stitem addicito. См. Puchta, Instit. § 174.

⁶⁾ Cic. pro Cluentio, c. 43, § 120: Neminem voluerunt majores nostri non modo de existimatione cuiusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse iudicem, nisi qui inter adversarios convenisset. L. 3 § 11 D. 15 1: Sicut stipulatione contrahitur, ita iudicio contrahi. Savigny, System, VI, § 253. Ср. Puchta, Inst., § 173. Keller, § 59 и 60.