

Малышев Кронид Иванович

**Исторический очерк конкурсного
процесса**

**Москва
«Книга по Требованию»**

УДК 82-3
ББК 84-4
К83

К83 **Кронид Иванович М.**
Исторический очерк конкурсного процесса / Малышев Кронид Иванович – М.: Книга
по Требованию, 2025. – 459 с.

ISBN 978-5-519-95104-3

ISBN 978-5-519-95104-3

© Издание на русском языке, оформление
«YOYO Media», 2025
© Издание на русском языке, оцифровка,
«Книга по Требованию», 2025

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.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

КОНКУРСНЫЙ ПРОЦЕССЪ ПО РИМСКОМУ ПРАВУ ¹⁾.

§ 1. A. Venditio bonorum. Поводы ея. а) Взысканія по судебнымъ рѣшеніямъ и суррогатамъ ихъ. — § 2. б) Укрывательство должниковъ. — § 3. в) Ликвидация выморочныхъ имуществъ. — § 4. Postulatio. Условія missio in bona rei servandae causa и bonorum venditio. — § 5. Производство. а) Missio in bona. — § 6. б) Venditio bonorum. — § 7. Послѣдствія venditio bonorum. — § 8. B. Cessio bonorum. — § 9. C. 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 предусмѣтрѣно было стеченіе нѣсколькихъ взыскателей противъ одного и того же отвѣтчика и, въ случаѣ его неоплатности, кредиторамъ дозволено было разрубать и дѣлить между собою тѣло чловека, 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°. — Kori, System des Concurssprocesses 1807, 2-е изд. 1828. § 3—10. — Zimmern, 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 Concurss-Processes 1836, 4 изд. 1868 г. München, § 2—18. — Fuchs, das Concurssverfahren, Marburg 1863, § 2. — Savigny, Über das altrömische Schuldrecht. Berlin 1834, in 4°. — Huschke, Über das Recht des nexum Leipzig, 1846. — Stieber, de emtione bonorum apud veteres Romanos. 1827 г. Dernburg, 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. Таушница 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 partiri corpus addicti sibi hominis permiserunt.

⁴⁾ Таково чтеніе новыхъ писателей — Пухты, Рудорфа, Гүшке, Байера и др. Дабеловъ читаетъ parteis. 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⁾ fraude esto. По мнѣнію Геллія и другихъ, позднѣйшихъ римскихъ писателей ²⁾, должникъ присужденный несколькими кредиторами могъ быть въ буквальный смыслъ разрубленъ ими на куски для раздѣла и такой именно смыслъ придаетъ 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 Гуске, здѣсь разумѣется равный дѣлежъ имущества, принадлежащаго неоплатному должнику, между кредиторами, безъ соображенія разницы въ ихъ требованіяхъ ⁵⁾. Дабеловъ напротивъ высказываетъ 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 всеѣмъ его имуществомъ дѣлили между собою по соразмѣрности ⁸⁾.

¹⁾ Bynckershoeck: 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, Lb. 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. Гигнеръ защищалъ диссертацию De debitorum obætorum poenis, въ которой развивался два положенія: 1) Romani veteres creditoribus permiserunt, debitorem obæratum vendere, necare, in partes scindere, и 2) Ea permissio æqua et humana fuit. Диссертация эта напечатана въ VII томѣ. Meditationes Лейзера.

⁴⁾ Bynckershoeck, 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. Керна 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. Addictæi. Poinas. Samitol.

⁸⁾ Дабеловъ примыкаетъ здѣсь къ толкованію Бинкерегука, съ нѣкоторыми только измѣненіями. Бинкерегукъ объясняетъ этотъ отрывокъ слѣдующимъ образомъ: Si plures creditores vicerint debitorem communem, præterierintque dies justî, 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 secuerunt, 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 subicere. Далѣе, слово caput онъ объясняетъ какъ соръ, капиталъ, слово poenis принимается за неустойку, secare — продавать съ аукциона.

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 обеспечивается лицомъ самого должника съ его семейю и изъ этого же источника производится взысканіе въ случаѣ неисправности. Діодоръ рассказываетъ ¹⁾, что египтяне, за пемѣнами другаго имущества, закладывали кредиторамъ трупы своихъ умершихъ родственниковъ. Обыкновеннымъ же способомъ обеспечения долговъ у древнихъ народовъ былъ закладъ самого должника съ женою и домочадцами въ кабальное холодство ²⁾. Неисправный плательщикъ становился рабомъ взыскателя ³⁾. Только съ развитіемъ хозяйства появляется масштабъ для оцѣнки опредѣленныхъ примѣненій труда, и должникъ отдается кредитору лишь до заработной платы долга ⁴⁾. Въ старое время цѣнность человѣка считается нераздѣльною, взысканіе нацѣлено 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, болѣею частію изъ плебеевъ ⁷⁾, были люди очень бѣдные. Чтобы добыть себѣ кредитъ, они закладывались съ женою и дѣтьми въ кабалу кредиторамъ (пехни) ⁸⁾ и, въ случаѣ неплатежа, взысканіе обращалось также на лицо ⁹⁾, потому что лицо было почти единственною цѣпностію въ этомъ первобытномъ хозяйствѣ. Изъ

¹⁾ Визм. I, 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⁾ Ihering, Geist, § 43, стр. 456 (2-е изд. стр. 417).

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

⁶⁾ Livii Praefatio: Paupertati honos fuerit; quanto rerum minus, tantus minus cupiditatis erat.

⁷⁾ Liv. VIII, 28: Eo anno plebi Romanae velut aliud initium libertati factum est, quod necti desierant. Cp. VI, 36: Gregatim quotidie de foro adducios duci, et repleti vinetis nobiles domos: et abiectissime patricius habitos 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 обеспечения—fiducia et subsignatio apud legatium—могли служить лишь тѣмъ должникамъ, у которыхъ былъ извѣстный достатокъ. Другіе способы обеспечения носили личный характеръ, именно sponsio ad agram maximam, поручительство, nexum. Kuntze, Inst. т. I, стр. 53. Dernburg, das Pfandrecht, 1860, т. I, § 1—3.

⁹⁾ Liv., VIII, 23: Pecuniae 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 разсказывается у Геллія, что когда кредиторовъ было нѣсколько человекъ, 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, поражавшихъ лицо должника, онъ на самомъ дѣлѣ не примѣнялся въ жизни, потому что его, какъ говоритъ Квинтиліанъ, *mos publicus perudiavit* 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 пріисканія средствъ къ платежу ⁶⁾ и, если онъ пропускалъ этотъ

¹⁾ Gell, XX, 1. Tertiis 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 hauen 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), къ числу которыхъ въ древнее время относились и договоры о личномъ закладѣ должника кредитору — *nexum* (Rudorff въ Instit. von Pu chta, III, § 269).

⁵⁾ Ihering, Geist, § 31 in fine.

⁶⁾ XII tab. (Bruns, Fontes, стр. 6): Aeris 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 ярмочнымъ 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 примѣняться 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 *família resuniāque*, 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 челоуѣка, 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 proscribere vinerique iubeto*, говоритъ *Lex Rubria*, с. XXII (Bruns, Fontes, стр. 56). По мнѣнію Савиньи, *altŕom. Schuldr.* стр. 4 и слѣд., личная экзекуція примѣнялась только при взысканіяхъ по денежнымъ займамъ. Но *lex Rubria* говоритъ о личныхъ взысканіяхъ по всякаго рода дѣламъ (*de omni re*), въ которыхъ ответчикъ присуждается быть уплатить денежную сумму (*pecunia*). Puchta, *Inst.* 1866, т. 2., стр. 203. Cp. B. — *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 avitque exuisse, deinde fortunis aliis.*

⁴⁾ *Liv. III, 58: Bona Claudii Oppiique tribuni publicaverunt; collegae eorum exsilii causa solum verterunt; bona publicata sunt.* Cp. еще *Liv. IV, 15* и *Gai 1, 27: (Qui dedititiorum numero sunt) intra centesimum urbis Romae miliarium morari prohibentur, et si contra fecerint, ipsi bonaque eorum publice venire iubentur.* Продажа съ публичнаго торга называлась въ древности *auctio*, а покупателей *sector'omъ*. Онъ покупалъ имущество за оптовую цѣну. *Cic. pro Roscio* VIII, 45.

фы¹⁾. Такой же способъ примѣнять бытъ еще въ глубокой древности²⁾ къ оцѣнѣ имущества, подлежащаго взысканію по долгамъ. Имущество продавалось оному 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 вмѣстѣ съ тѣмъ еще и для другой цѣли. Безъ сомнѣнія, должникъ освобождался отъ подневольной работы, если вырученная посредствомъ продажи его имущества сумма вполнѣ покрывала его долги⁴⁾. Въ противномъ случаѣ этимъ путемъ окончательно удостовѣрялась неоплатность должника и необходимость личной экзекуціи. Когда кредиторовъ было нѣсколько человекъ, продажа оказывалась еще болѣе полезною: она служила способомъ распредѣленія между ними цѣнности имущества.

§ 2. 6) Угнательство должниковъ. Кромѣ взысканій по судебнымъ рѣшеніямъ и ихъ суррогатамъ, были и другіе случаи, въ которыхъ *bonorum venditio* находила себѣ примѣненіе. Римское право отличалось вообще замѣчательною способностью къ экономіи въ обрядахъ и формахъ⁵⁾. Одной и той же формою оно умѣло пользоваться для самыхъ разнообразныхъ цѣлей. Къ числу такихъ, богатыхъ практической примѣнностью, 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., c. 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, c. 22 (Bruns, Fontes, стр. 56). Еще ранѣе, именно подъ 259 г. (по Рудорфу, In tit. s. Puchta § 269, прим. dd. и французскимъ издателямъ Лувіа—Pessonneaux, Bianchet et Charpentier) или 251 г. (по Гунке) упоминается объ адитѣ консула Сервилія: Ne quis militis, donec in castris esset, bona possideret, aut venderet. Liv. II, 21. Dionys. VI, 20.

³⁾ Gai. III, 70: Bona veneunt... 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 pecuniam lucret*, приведенныя выше изъ Лувія и Сграбона, а равно и обрядъ вывода должника на площадь для привлеченія къ участію въ его судьбѣ родствениковъ и знакомыхъ.

⁵⁾ Ihering, Geist, § 56.

⁶⁾ *Missio in bona* или *in possessionem bonorum reiseruande 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⁾ вступить въ процессуальную борьбу. Если отвѣтчикъ отказывался идти 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 территорія была не велика и граждане жили другъ у друга на глазахъ ⁴⁾. Съ распространеніемъ римскаго владычества онъ долженъ былъ оказаться неудобнымъ. Но 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, членимъ характеромъ органовъ, которымъ поручалось исполненіе этой мѣры. По римскому праву имущество, подлежащее аресту, отдавалось подъ надзоръ самимъ кредиторамъ. Общин 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. Cp. 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 члится Гунке, *jurisprud. ante Justin.* 1861 г., стр. 278. В. Гольвергъ и другіе нѣсколько иначе. *L. 123 D. 51, 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're struit, manum endo-jacito.*

³⁾ *Dernburg, Emlio 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, § 723, прим. 6, и Дерибургъ, стр. 14, полагаютъ, что это правило образовалось только съ теченіемъ времени, когда завоеванія и республиканская жизнь подняли духъ народа. В. Гольвергъ, 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, говорить Б. Гольвегъ, не мыслимо, чтобъ его нельзя было словить гдѣ нибудь 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 жѣры. Заочнаго производства, въ современномъ смыслѣ слова, не было въ древнемъ Римѣ, какъ не было и судебныхъ вызововъ отвѣтника. Только въ послѣдствіи, 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⁾ B. 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, quum 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 применялось 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 cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset. L. 3 § 11 D. 15 1: Sicut stipulatione contrahitur, ita iudicio contrahi. Savigny, System, VI, § 258. Ср. Puchta, Inst., § 173. Keller, § 59 и 60.

шательствомъ не въ свое дѣло (*res familiaris*). — При такомъ порядкѣ вещей могли быть приняты только косвенныя мѣры противъ укрывательства должниковъ. Задача состояла въ томъ, чтобы на мѣсто должника найти противную кредиторамъ сторону, предварительно обезпечить ихъ права и затѣмъ произвести ликвидацію имущества и долговъ, опираясь на состязанія между кредиторами и противною стороною. Для обезпеченія кредиторовъ избрано было обыкновенное средство — наложеніе общаго ареста на имущество должника или, что то же, порученіе его подъ надзоръ кредиторамъ (*missio in possessionem bonorum rei servandæ causa*). Для осуществленія же ихъ правъ оказывалась пригодною *venditio bonorum* ¹⁾. Съ разрѣшенія претора все имущество должника продавалось оптомъ какому нибудь стороннему лицу, которое принимало на себя обязанность удовлетворить кредиторовъ въ условленномъ размѣрѣ. Покупщикъ (*emptor bonorum*) становился, такимъ образомъ, общимъ преемникомъ должника ²⁾, считавшагося какъ бы умершимъ ³⁾, отыскивалъ имущество послѣдняго *ficto se herede* ⁴⁾ и могъ оспорить неправильныя домогательства кредиторовъ, чтобы уплатить только дѣйствительныя долги своего предшественника. Въ лицѣ его созданъ былъ *contradictor* для кредиторовъ и ликвидація дѣлъ должника могла теперь совершаться заочно, потому что найденъ былъ интересъ, уравнивающий одностороннія требованія истцовъ. По мнѣнію нѣкоторыхъ писателей ⁵⁾, въ этомъ результатѣ заключалась даже первоначальная цѣль введенія *emptio bonorum*. Но сами же они признаютъ, что въ значеніи суррогата заочнаго производства она появляется не ранѣе половины VI вѣка аб и. с. ⁶⁾, тогда какъ примѣненіе ея при взысканіяхъ по судебнымъ рѣше-

¹⁾ L. 7 § 1 D. 42, 4 (Ulp.): *Prætor ait: qui fraudationis causa latitabit, si boni viri arbitrato non defendetur, ejus bona possideri vendique jubebo. Cic., pro Quinctio, XIX, 60: Recita edictum: qui fraudationis causa latitabit... qui exsilii causa solum verterit... qui absens judicio defensus non fuerit. Gai, III, 78: Bona veneunt vivorum, velut eorum, qui fraudationis causa latitant, nec absentes defenduntur.*

²⁾ Gai, II, 97 и 98; III, 77. *Instit. Iust.* III, 12.

³⁾ *Inst.* III, 25 § 7: *Nam quum in ejus locum alius succedit, pro mortuo habetur. Cicero, pro Quinct., XV, 49: Cujus bona venierunt... is ex numero vivorum exturbatur. Ibid., § 50: huic acerbissimum vivo videntique funus ducitur.*

⁴⁾ Gai, IV, 35: *Bonorum emptor ficto se herede agit... Species actionis, qua ficto se herede bonorum emptor agit, serviana vocatur.*

⁵⁾ Dernburg, стр. 1—32, Huschke, *Nexum*, стр. 169. B. Hollweg, II, стр. 669. Keller, *Civilpr.*, прим. 1030.

⁶⁾ Dernburg, стр. 25: *не ранее lex Aebutia.*

нiямъ и ихъ суррогатамъ извѣстно было гораздо ранѣе этого времени ¹⁾.

Разсмотрѣнный нами погонъ обезпеченiя и ликвидацiи долговъ чрезъ *bonorum venditio* опредѣленъ былъ въ преторскомъ эдиктѣ слѣдующимъ образомъ: *Qui fraudationis causa latitabit, si boni viri arbitrato non defendetur, ejus bona possideri vendique jubebo* ²⁾. *Latitare* значить здѣсь вообще скрываться въ продолженiе извѣстнаго времени ³⁾ отъ кредиторовъ ⁴⁾ въ мѣстѣ своего постоянного жительства или въ другомъ городѣ ⁵⁾, съ намѣренiемъ уклониться отъ вызова на судъ и платежа долговъ ⁶⁾, когда притомъ должникъ не оставляетъ вмѣсто себя повѣреннаго, и никто изъ его родственниковъ и знакомыхъ не согласится принять на себя его защиту. *Latitatio*, слѣдовательно, отличается отъ простой отлучки должника изъ мѣста жительства (*absentia*) ⁷⁾, безъ намѣренiя уклониться отъ суда. Когда кредиторы докажутъ, что должникъ скрывается отъ нихъ *fraudationis causa*, послѣднiй предполагается неоплатнымъ (иначе зачѣмъ бы онъ скрылся отъ нихъ?) и кредиторы вводятся во временное владѣнiе его имуществомъ, съ правомъ продажи цѣлаго хозяйства его въ теченiе опредѣленныхъ сроковъ ⁸⁾. Въ случаѣ же простаго отсутствiя должника, кредиторы хотя также могли быть введены во временное владѣнiе его имуществомъ, но не всегда получали право продажи ⁹⁾. Арестъ служилъ для нихъ только обезпеченiемъ ихъ правъ, продажа же имущества часто отсрочивалась въ ожиданiи возвращенiя должника, и для управленiя имъ въ это

¹⁾ См. выше, стр. 8, прим. 2. Puchta, *Instit.*, § 179. Rudorff, *Rechtsgeschichte*, т. II, § 90, прим. 23.

²⁾ L. 7 § 1 D. 42, 4.

³⁾ L. 7 § 8 D. h. t. (Ulp.): *Latitare est cum tractu aliquo latere.*

⁴⁾ § 4 и 5 ib. *Latitare est non, ut Cicero definit, turpis occultatio sui; potest enim quis latitare non turpi de causa, veluti qui tyranni crudelitatem timet, aut vim hostium, aut domesticas seditiones. Sed et is, qui fraudationis causa latitat, non tamen propter creditores, etsi hac latitatio creditores fraudet, in ea tamen erit causa, ne hinc possideri bona ejus possint, quia non hoc animo latitat, ut fraudet creditores.*

⁵⁾ § 13 ibid. *Illud sciendum est, posse quem in eadem civitate esse et latitare, et in alia civitate — et non latitare.*

⁶⁾ § 2 ibid. *Non sufficit latitare, sed et necesse est, fraudationis causa id fieri.*

⁷⁾ L. 199 pr. D. 50, 16: *Absentem accipere debemus eum, qui non est eo loco, in quo petitur.*

⁸⁾ L. 7 § 1 h. t. *ejus bona possideri vendique jubebo.*

⁹⁾ L. 21 § 2 D. 4, 6 (Ulp.) *Qui non defenduntur, siquidem latitent, Praetor ex edicto pollicetur, in bona eorum mittere, ut si res exegerit, etiam distrahantur; si vero non latitent, licet non defendantur, in bona tantum mitti.*