

• •

[Stable URL: <http://elar.uniyar.ac.ru/jspui/handle/123456789/2793>]

[:]

. . 2006:
// IVS ANTIQVVM.

. 18, 98-108.



THE SCIENTIFIC & EDUCATIONAL
CENTRE FOR CLASSICAL STUDIES
AT YAROSLAVL DEMIDOV STATE UNIVERSITY
YAROSLAVL, RUSSIA

DAS WISSENSCHAFTLICHEN FORSCHUNGS- UND
STUDIENZENTRUM FÜR DIE GESCHICHTE,
KULTUR UND RECHT DER ANTIKE
DER STAATLICHEN DEMIDOW-UNIVERSITÄT JAROSLAWL
YAROSLAWL, RUSSLAND



RUSSIAN SOCIETY OF CLASSICAL STUDIES



« »
THE RESEARCH AND EDUCATIONAL FOUNDATION
"THE CENTRE FOR ROMAN LAW STUDIES"
YAROSLAVL BRANCH



YAROSLAVL DEMIDOV STATE UNIVERSITY

ОБ ИСТОРИЧЕСКИХ ПРЕДПОСЫЛКАХ
ВОЗНИКНОВЕНИЯ ВЫЗЫВНОГО
ПРОИЗВОДСТВА

До настоящего времени в российской правовой науке вызывное производство рассматривается исключительно как средство охраны прав лиц, утративших ценные бумаги. Глава 34 ГПК РФ так и называется: «Восстановление прав по утраченным ценным бумагам на предъявителя или ордерным ценным бумагам (вызывное производство)». Статья 294 ГПК РФ предполагает признание утраченной ценной бумаги недействительной, иными словами, амортизацию таковой (от латинского слова *moris* – умерщвлять). Таким образом, в ГПК РФ речь идет о производстве амортизационном. В то же время вызывает интерес понятие «вызывное производство». Что побудило законодателя назвать производство по восстановлению прав по утраченным ценным бумагам производством вызывным? Для ответа на этот вопрос необходимо обратиться к истории возникновения и развития норм о вызывном производстве, проследить формирование их содержания.

Представляется, что термин «вызывное производство» ранее имел вполне конкретное содержание, соответствующее своему наименованию.

Важнейшим началом гражданского судопроизводства является принцип диспозитивности – гражданские дела возбуждаются по заявлению лиц, имеющих материально-правовой интерес в деле. Как верно отмечал Е. В. Васьковский, от самого обладателя права должно зависеть разрешение вопроса, обратиться ли к суду за защитой своего права или молча терпеть его нарушение (*volenti non fit injuria*)¹

Не вызывает возражений, что основы принципа диспозитивности заложены в римском праве. Положения о том, что «никто не может быть принужден к предъявлению иска против своей воли» (*nemo invitus agere cogitur*) и «нет судьи без истца» (*nemo iudex sine actore*) выводились из общего правила, предполагающего, что никто не обязан пользоваться своим правом (*nemo jure suo uti cogitur*), были известны римским юристам. В соответствии с этим правилом управомоченный предъявлял иск, руководствуясь только своим усмотрением, и не мог быть заставлен предъявлять его ранее совершенного нарушения права, так как у него к этому не было оснований. Кроме того, в соответствии с римскими взглядами право на иск не было естественным следствием нарушенного права, а возникало только тогда, когда существовал предусмотренный законом иск, призванный защитить именно это нарушенное право².

Однако уже римлянами сознавалось, что каждому необходимо предоставить судебную помощь уже тогда, когда нарушения права еще не последовало, а существует только опасность его нарушения. В таком случае от суда требовалось подтверждение существования или отсутствия конкретного правоотношения, с той целью, чтобы дальнейшие судебные споры об этом были недопустимы и чтобы при возникновении права на иск о присуждении вопрос о существовании обуславливающего его правоотношения был

* Аргунов Всеволод Владимирович кандидат юридических наук, ассистент кафедры гражданского процесса юридического факультета МГУ им. М. В. Ломоносова, Москва.

¹ Васьковский Е. В. Курс гражданского процесса. М., 1913. С. 365.

² Салозубова Е. В. Римский гражданский процесс. М., 2002. С. 83; Васьковский Е. В. Указ. соч. С. 365; Рязановский В. А. Единство процесса. М., 1996. С. 48; Энгельман И. Е. Курс русского гражданского судопроизводства. Юрьев, 1912. С. 19; Wetzell G. W. System des ordentlichen Civilprocesses. 3 Aufl. Leipzig, 1878. S. 97.

предрешенным. Достижению этой цели в римском праве служили прежде всего преюдициальные иски (*praejudiciales actiones*).

Характерной чертой преюдициального иска являлось то, что нарушение права не было условием его предъявления³. В таких исках истец только ставил перед судом известный вопрос, не имея притязаний к какому-либо ответчику. Второй характерной чертой было то, что такие иски содержали в себе исключительно интенцию и в них не было той части, которая именовалась кондемпнацией⁴. Преюдициальный иск имел своим результатом простое провозглашение (*pronuntiatio*), которое заключало в себе разрешение спорного вопроса независимо от обуславливаемых этим притязаний и подтверждало наличие или отсутствие правоотношения или юридического факта, существование которых имело значение для будущего возможного процесса, либо для другой цели⁵.

Общего правила о допустимости таких исков римское право не выработало, и они применялись в некоторых отдельных случаях. Число таких случаев было ограничено. Известно, что преюдициальный иск допускался для установления состояния лиц – является ли лицо свободным, либертом, при решении вопроса о признании отцом ребенка. Из этих исков один только имел своим источником закон – иск, разрешающий вопрос о том, свободное ли данное лицо или нет, все остальные иски получили свое развитие от юрисдикции претора⁶. Исчерпывается ли круг случаев применения преюдициальных исков только вышеуказанными, мог ли быть направлен такой иск на установление не только состояния, но и обязательственных и вещных правоотношений, и вообще, насколько широко было применение преюдициальных исков в римском праве – данный вопрос среди юристов, исследовавших его, разрешается по-разному⁷.

В науке гражданского процесса принято считать преюдициальные иски прообразом исков о признании⁸, в то же время считается, что установительные иски находятся в непосредственной связи не с преюдициальными исками, а с провокационным производством⁹.

Цели установления существования или отсутствия определенного правоотношения помимо преюдициальных исков служило также так называемое провокационное производство. Сущность провокационного производства заключалась в том, чтобы вызвать на предъявление иска то лицо, которое в данный момент не предполагало делать это¹⁰. Под провокацией понимался издаваемый судьей вызов будущего истца к заявлению им иска из принадлежащих ему действительных или предполагаемых прав в определенный срок под угрозой наступления определенного правового ущерба¹¹.

Как видно, в провокационном производстве имело место отступление от вышеуказанного основного принципа римского права о добровольности предъявления иска и осуществления права. Такое отступление глоссаторы увидели в двух дошедших до настоящего времени фрагментах источников римского права, предусматривающих учинение провокации к будущему истцу со стороны предполагаемого ответчика и вызов его в суд для немедленного предъявления иска. На их основании формулировался общий вывод о существовании в Риме провокационного производства и его заимствования в дальнейшем средневековыми западноевропейскими народами.

³ Гордон В. М. Иски о признании. Ярославль, 1906. С. IV.

⁴ Салогубова Е. В. Указ. соч. С. 58.

⁵ Гордон В. М. Указ. соч. С. V.

⁶ Институции Юстиниана. Кн. IV, титул VI, § 13 // Памятники Римского права. Институции Юстиниана. М., 1998. С. 325.

⁷ Подробнее см.: Гордон В. М. Указ. соч. С. VI–VII; Puchta G. F., Wolfgang H. Ueber die gerichtlichen Klagen, besonders in Streitigkeiten der Landeigentümer. Ferber. 1833. S. 42–44.

⁸ Гордон В. М. Указ. соч. С. VII.

⁹ Васильковский Е. В. Указ. соч. С. 607.

¹⁰ Гордон В. М. Указ. соч. С. VIII.

¹¹ Osterloh R. Die summarischen burgerlichen Prozesse nach Koniglich Sachsischem Rechte. Leipzig, 1845. S. 235.

Правильность такого вывода вызвала сомнения у многих исследователей¹² Они считали, что, опираясь на указанные фрагменты, юристы позднейшего времени создали институт, совершенно новый по существу. Так, немецкий профессор Georg Wetzell полагал, что римское право не знало такого явления, как принуждение кого-либо к предъявлению иска, а глоссаторы за недостатком информации, допуская такое принуждение, проводят аналогию с современными им вызовами для предъявления прав. Имеющиеся же фрагменты, лежащие в основе провокационного процесса, не могут быть истолкованы в данном ключе. При этом он указывал, что возникновению провокационного производства способствовали имеющиеся германские обычаи, само провокационное производство создали отдельные итальянские юристы, а детально оно было разработано лишь немецкими учеными¹³ Следует согласиться с Wetzell'em, что отдельные судебные вызовы к предъявлению иска были технически названы провокациями лишь начиная с XVII столетия. В остальном же господствующее мнение было таковым, что провокационное производство составляет наследие римского права. Поэтому не подлежит сомнению, что создание провокационного производства стояло в связи с римским правом, под римским влиянием выработался и сам термин «provocationes».

Связь с римским правом прослеживается в названии отдельных видов таких провокаций, рассмотреть которые и следует подробнее.

Вызов, осуществляющийся в интересах не самих истцов, а в интересах будущих ответчиков, разрешался в римском праве в двух случаях, соответственно имелось два отдельных вида провокационного производства. Свое название они получили по первым словам фрагментов, предусматривающих учинение таких провокаций.

1) *Provocatio ex lege diffamare*. Данный вид провокации предусматривается в одной из конституций императоров Диоклетиана и Максимиана и изложен в Кодексе Юстиниана (книга 7, титул 14, фр. 5)¹⁴

Сущность провокации *ex lege diffamare* заключалась в следующем. Когда кто-либо похвалялся, что имеет притязание к другому лицу и это другое лицо такого права не признает, то оно может просить суд о вызове похваляющегося для предъявления своего права и если последний откажется или не предъявит иска в назначенный судом срок, то он лишается навсегда права на иск, или по технической терминологии, присуждается к вечному молчанию (*sub poena perpetui silentii*).

Право на такой иск возникало посредством похвалы – тот, по отношению к кому другой похвалялся, имел интерес к немедленному подтверждению неосновательности похвалы. В основе ее лежит та мысль, что несправедливо оставлять без судебной защиты того, против которого кем-либо распушен слух, наносящий существенный вред его интересам, его кредиту, подрывающий его положение в обществе. Поэтому то лицо, про которое кто-либо утверждает, что оно состоит ему должным и не платит долг, или что он имеет против этого лица иск о незаконности рождения и т. п., может прибегнуть к помощи суда и этим путем заставить похваляющегося или доказать справедливость своего утверждения, или же замолчать¹⁵

2) *Provocatio ex lege si contendat* упоминается в Дигестах Юстиниана (книга 46, титул 1, фр. 28)¹⁶

¹² См. *Osterloh R.* Op. cit. S. 237; *Wetzell G. W.* Op. cit. S. 103–105; *Гордон В. М.* Указ. соч. С. VIII.

¹³ *Wetzell G. W.* Op. cit. S. 106, 107.

¹⁴ *Diffamare* – *statum ingenuorum seu errore seu malignitate quorundam, periniquum est, praesertim quum affirmes, diu praesidem unum atque alterum interpellatum a te vocitasse diversam partem, ut contradictionem faceret, si defensionibus susi confideret. Unde constat, merito rectorem provinciae commotum allegationibus tuis sententiam dedisse, ne de cetero inquietudinem sustineres. Si igitur adhuc diversa pars perseverat in eadem obstinatione, aditus praeses provinciae ab injuria temperari praecipiet.* (Цит. по: *Гордон В. М.* Иски о признании. Ярославль, 1906. С. IX).

¹⁵ *Гасман А. Г. Налькен А. М.* Положение о преобразовании судебной части и крестьянских присутственных мест. Т. 1. СПб., 1889. С. 48.

¹⁶ *Si contendat fidejussor, ceteros solvendo esse, etiam exceptionem ei dandam, si non et illi solvendo sint.* (Цит. по: *Гордон В. М.* Иски о признании. Ярославль, 1906. С. IX).

Это производство возникало по иску, вызванному основательным опасением провоканта, что он может, с течением известного времени, утратить право возражения против предъявленного иска. В этих случаях ответчик через суд мог принудить истца к предъявлению иска, в противном случае за возражениями сохранялась сила и на будущее время. В цитируемом фрагменте речь идет о поручителе, привлеченном к платежу всего долга. Если поручитель ссылался на платеж других сопоручителей, то он мог пользоваться как возражением о разделении ответственности, так и иском о таком разделении.

Следует признать, что в римском праве понятие «*provocatio*» существовало, но использовалось совершенно в ином значении – как призыв народа к помилованию, который применялся в уголовных процессах и исходил от осужденного¹⁷. Провокация в уголовном процессе наряду с апелляцией в гражданском процессе выступала средством обжалования судебного решения (приговора) и препятствования его исполнению¹⁸. Таким образом, можно говорить о двух значениях термина «провокация», но в дальнейшем исследовании материала под провокацией будет пониматься судебный вызов для предъявления иска.

Предотвратить нарушение права в будущем помимо преюдициальных исков и провокаций можно было также и с помощью публичного вызова для предъявления прав (*Edictalladung, litterae patentes s. edictales, proclama, Edictalcitation*¹⁹) и возникшего в связи с ним производства, получившего в дальнейшем название эдиктного, эдиктального (*Edictalverfahren, Edictalprocess*) или, что более точно отражает его сущность, вызывного (*Aufgebotsverfahren*).

Знало ли римское право судебный публичный вызов возможного неизвестного заинтересованного лица, до сих пор остается спорным. Некоторые немецкие процессуалисты это отрицали, к примеру Schum в своей работе «Амортизация утерянных или утраченных долговых документов»²⁰ справедливо отмечал, что положения римских законов, приводимых в подтверждение наличия такого вызова, говорят только о вызове определенного противника по уже находящемуся в рассмотрении спору, также трудно обнаружить следы предварительного вызова кредиторов наследственной массы. Однако в отличие от мнения Shum'a, другие исследователи признают признаки судебного вызова в суд неизвестного заинтересованного лица, когда при купле-продаже земельного участка все залогодержатели призывались заявить о своих правах под угрозой их прекращения, если только залогодержатели не находились за границей²¹.

Данный вопрос требует более подробного рассмотрения.

Наибольшее подтверждение существования публичного судебного вызова дает нам содержание одной из конституций императоров Диоклетиана и Максимиана, датированной 286 г. н. э. и посвященной прекращению права залога (Кодекс Юстиниана, книга 8, титул 26, фр. 6)²².

Данный фрагмент глоссаторы истолковали в том смысле, что при отчуждении недвижимого имущества (земельного участка), обремененного залогом, для защиты интересов покупателя, необходимо осуществить публичный вызов всех известных и неизвестных залоговых кредиторов. Вызов осуществлялся для заявления ими своих прав на

¹⁷ Загурский Л. Н. Принципы римского гражданского и уголовного процесса. Харьков, 1874. С. 417.

¹⁸ Savigny F. K. System des heutigen römischen Rechts. Bd. 6. Berlin, 1847. S. 486.

¹⁹ Osterloh Rt. Op. cit. S. 275; Haase K. A. Über Edictalladungen und Edictalprocess ausserhalb des Konkurses. Leipzig, 1817. S. 2.

²⁰ Цит. по: Bindschedler. Die amortisierbaren Papiere (Wertpapiere) nach dem Bundesgesetz über das Obligationenrecht. Zurich, 1888. S. 12.

²¹ Bindschedler K. Op. cit. S. 12; Haase K. A. Op. cit. S. 2.

²² Si eo tempore, quo praedum distrahebatur, programmatae admoniti creditores, quum praesentis essent, jus suum executi non sunt, possunt videri obligationem pignoris remisisse. (Цит. по: Dernburg H. Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen Römischen Rechts. Leipzig, 1864. S. 551; Wetzell G. W. Op. cit. S. 101).

отчуждаемую недвижимость и ограничивался сроком, по истечении которого залоговые кредиторы, не заявив своих притязаний, утрачивали право залога.

Противники наличия в данном фрагменте публичного вызова полагают, что речь здесь идет о публичном объявлении продажи заложенного имущества с предложением любому желающему купить таковую. Из словосочетания «*programmata admoniti creditores*», по мнению Wetzell'я, нельзя сделать вывод о наличии публичного вызова залоговых кредиторов. Слово «*programmata*» в данном случае более правильно переводить как «*publica proscriptio*», что означает публичное объявление о продаже вещи²³ Wetzell полагал, что порядок публичного предложения к продаже заложенной вещи был построен аналогично порядку публичной продажи вещи в конкурсном производстве и имел целью предоставить возможность всем желающим кредиторам удовлетворить свои требования из выручки, полученной от такой публичной продажи²⁴

Наиболее верной представляется первая точка зрения. Следует согласиться с Dernburg'ом, что даже если между этими понятиями и существует связь, то такая связь не носит постоянного характера, а поэтому с необходимостью должна быть признана надуманной²⁵

Для подтверждения указанной точки зрения необходимо рассмотреть отдельные положения о регулировании института залога в римском праве, а также несовершенство ипотечной системы как одну из предпосылок возникновения и существования публичного судебного вызова неизвестных залогодержателей.

Из трех форм залога, известных классическому праву, – *fiducia*, *pignus* и *hypotheca* – старейшая форма, *fiducia*, отпала вместе с отпадением *mancipatio* и *in jure cessio*; таким образом, ко времени Юстиниана существуют только две последние. Кроме того, что *pignus* включает в себе передачу владения, а *hypotheca* нет, других различий между этими формами не замечается²⁶

Хотя ипотека представляла определенный прогресс, в то же время по самой сущности своей она составляла весьма неопределенный и неусовершенствованный институт, недостаточное обеспечение прав кредитора. Несовершенство ипотеки происходило прежде всего из того, что закон допускал огромное количество залогов, предметом которых могли быть или некоторые вещи должника или все имущество²⁷

Более того, римское ипотечное право не устанавливало регистрации ипотек в каком-либо государственном органе, вследствие чего ипотечный кредитор не знал, является ли он первым залоговым кредитором или имеется другой, а может быть и еще один, старший по времени и более сильный по праву²⁸.

Давая ссуду под залог имущества, кредитор никогда не мог быть уверен, что на это имущество уже не существует целого ряда ипотек. Даже более того: легко были возможны злоупотребления в том отношении, что при приближении взыскания по ипотеке должник мог установить подложные (задним числом) ипотeki в пользу других лиц; раскрыть такую подложность при соглашении этих лиц с должником было, разумеется, почти невозможно. Чтобы парализовать подобные злоупотребления, император Лев указом 472 г. н. э. постановил, что при стечении нескольких ипотек преимущество должны иметь те из них, которые установлены в письменном документе, совершенном с участием официального нотариуса (*instrumenta publice confecta*) или же скрепленном подписью по крайней мере трех свидетелей (*instrumenta quasi publice confecta*); дата таких документов считается прочной. Но указ Льва только отодвинул неформальные ипотeki на второй план при столкновении; поскольку такого столкновения нет, и они имеют полную силу; принципом остается, что ипотека может быть установлена и *nuda conventione*²⁹

²³ Wetzell G. W. Op. Cit. S. 101.

²⁴ Ibid.

²⁵ Dernburg H. Op. cit. S. 551.

²⁶ Покровский И. А. История римского права. М., 2004. С. 372.

²⁷ Дыдынский Ф. Залог по Римскому праву. Варшава, 1872. С. 23.

²⁸ Римское частное право. Учеб. / Под ред. проф. И. Б. Новицкого, И. С. Перетерского. М., 1948. С. 362.

²⁹ Покровский И. А. Указ. соч. С. 373.

Кроме закладных прав, устанавливаемых договором, в римском праве появляются закладные права, возникающие непосредственно в силу закона – *hypotheca legalis*, и чем далее, тем случаев подобного рода встречается больше. Так, например, обычай закладывать *investa et illata* (имущество; все, «что ввезено и внесено», «ввезенное и введенное») квартирантов с течением времени превратился в законное закладное право домохозяина, само собою подразумевающееся. Так же точно возникли: законное закладное право собственника сельского участка на плоды его (сжатый хлеб и т. д.) по поводу неисправностей арендатора; закладное право опекаемого на имущество опекуна; закладное право фиска по поводу его требований к частным лицам и т. д.³⁰

Наконец, следует отметить развитие так называемых генеральных ипотек – *hypotheca generalis*. Рядом с обыкновенным залогом, устанавливаемым на одну определенную вещь (принцип специальности залога), появляются ипотeki на все вообще имущество лица. Такие генеральные ипотeki принадлежат уже *ipso iure* (в силу закона – *hypotheca legalis*) казне на имущество ее должников, опекаемому на имущество опекуна, жене на имущество мужа по поводу приданого и т. д.³¹

Все это в отсутствие регистрации ипотечных операций по каждой недвижимости сделало римскую ипотечную систему очень запутанной, а последующий залог вещи без предупреждения кредитора был уголовно наказуем – признавался мошенничеством³².

Согласно постановлениям римского права, залог прекращался среди прочего вследствие отречения от права залога (*remissio pignoris*). По общему правилу, для этого необходимо было заключить специальное соглашение между залогопринимателем и должником (*actum remissorium*). Отречение могло последовать формально или подразумеваемым образом (*tacita, praesumpta*). В последнем случае предполагалось, что при наличии обстоятельств, предусмотренных в законе, залогодержатель утрачивает свое право. Такими обстоятельствами являлись: а) возвращение заложенной вещи, или документа, удостоверяющего установление залога и принятие его должником³³; б) принятие кредитором вместо залога другого рода обеспечения, особенно поручителей (*fidejussores, praedes*)³⁴; в) дозволение со стороны залогового кредитора вторично обременить залогом ту же вещь; г) когда кредитор позволил должнику продать заложенный предмет. Относительно второго и третьего обстоятельств среди юристов – исследователей римского права не сложилось единой точки зрения, некоторые считали, что право залога здесь не прекращается³⁵.

Наибольший интерес для нас представляет четвертый случай, когда должник продавал заложенный предмет с позволения залогопринимателя. Такое позволение могло быть, в свою очередь, также действительным или подразумеваемым. И если действительное выражалось в том, что залогоприниматель скреплял своей подписью акт совершенной продажи, то подразумеваемое – в молчании залогопринимателя.

Насколько знание кредитора об отчуждении вещи и его молчание по этому поводу рассматривалось как отказ от залогового права? *Dernburg*, исследуя этот вопрос, приводит две точки зрения. По одной из них, молчание влекло преюдицию для кредитора. Объяснялось это тем, что в собственном интересе кредитора проявить инициативу, заявить возражение и доказать право, в то время как отказ от этого есть пренебрежение своим правом залога и подтверждает его намерение отказаться от такового. По другой

³⁰ Покровский И. А. Указ. соч. С. 374; Пухан И., Поленак-Акимовская М. Римское право. М., 2003. С. 191; Гарсиа Гарридо М. Х. Римское частное право. Казусы, иски, институты. М., 2005. С. 509, 516; Дигесты Юстиниана. Кн. 2, Титул 14, фрагмент 4.

³¹ Покровский И. А. Указ. соч. С. 374; Пухан И., Поленак-Акимовская М. Указ. соч. С. 193; Гарсиа Гарридо М. Х. Указ. соч. С. 516.

³² Римское частное право: Учебник / Под ред. И. Б. Новицкого, И. С. Перетерского. М., 1948. С. 367; Гарсиа Гарридо М. Х. Указ. соч. С. 517.

³³ Дыдынский Ф. Указ. Соч. С. 268.

³⁴ *Gesterding F. C. Die Lehre von Pfandrecht nach Grundsätzen des Römischen Rechts. Greifswald, 1831. S. 335.*

³⁵ Более подробно см.: Ф. Дыдынский Указ. соч. С. 268 и след.; *Dernburg H. Op. cit. S. 547–551.*

точке зрения, отчуждение вещи не отменяет залога, лишь осложняет его и независимо от обстоятельств, молчание не имеет юридического значения. Данная точка зрения нашла наибольшее число последователей³⁶

Итак, по общему правилу продажа заложенной вещи собственником не уничтожала залога³⁷. Поэтому из простого молчания залогопринимателя нельзя еще было заключить, что он соглашается на продажу, так как последняя нисколько не ограничивала его прав и он мог требовать от каждого владельца возвращения заложенной вещи. Лишь в двух случаях молчание приравнивалось к согласию и влекло утрату права залога: а) если продажа совершалась публично (*hasta publica*), с приглашением залогопринимателя доказать основательность своих прав, но он не являлся; б) если фиск продавал заложенную вещь, причем не требовалось особого приглашения кредитора³⁸

Каким образом происходило это публичное приглашение неизвестных залогодержателей, точно не установлено. Не вызывает сомнений лишь то, что такой вызов производился по инициативе продавца и его осуществление следует рассматривать как гражданскую обязанность, так как в интересах всей общественности было открытие пути для защиты приобретателя от опасности подвергнуться в будущем эвикции со стороны неизвестного на момент продажи, но объявившегося позднее ипотекодержателя. Кем и в каком порядке издавался такой вызов, в цитируемом фрагменте также не подчеркивается, теоретически он мог издаваться как судом, так и собственником вещи или одним из залогодержателей. По мнению Dernburg'a, данное обстоятельство не имеет значения, так как в обоих случаях не откликнувшийся на вызов кредитор утрачивал свое право³⁹

Имеются еще несколько фрагментов из источников римского права, на которые ссылаются немецкие юристы (а именно – Дигесты Юстиниана, книга 5, титул 1, фр. 55 и 68; книга 28, титул 8, фр. 5; книга 42, титул 1, фр. 53; книга 48, титул 17, фр. 1; Кодекс Юстиниана, книга 6, титул 30, фр. 22; Новеллы Юстиниана, новелла 112, глава 3)⁴⁰ и которые, по их мнению содержат следы публичного вызова.

В некоторых из них содержатся предписания о вызове известного лица в суд по уже начатому делу. Так, фр. 68 титула 1 книги 5 упоминает распоряжение о прекращении разбирательства дела в случае предъявления иска в отсутствие противника (*edictum peremptorium*) и определяет условия вынесения такого распоряжения⁴¹. Фрагмент 55 того же титула предоставляет новому магистрату (видимо, принявшему дело) вызвать ответчика в случае, если предшествующий магистрат уже вызывал его троекратно⁴². Здесь речь идет о вынесении заочного решения против отсутствующего ответчика. При этом под эдиктами, которые необходимо получить истцу, подразумевались как извещения (приказы) магистрата о вызове известного ответчика к суду, так и эдикты, осуществляющиеся в порядке *evocatio*.

Фрагмент 5 титула 8 книги 28⁴³ и Фрагмент 22 титула 30 книги 6 Кодекса Юстиниана упоминают о преюдициальном вызове по заявлению кредиторов наследства.

Титул 8 книги 28 Дигест говорит о сроке на размышление о принятии наследства или об отказе от него. Срока для принятия наследства цивильное право не устанавливало. Но неопределенность положения могла быть вредна для наследственных кредиторов. В таком случае они могли посредством *interrogatio in iure* потребовать от наследника ответа «*ad heres sib*» – вызывать его в суд для ответа на вопрос, принимает ли он наследство или

³⁶ Dernburg H. Op. cit. S. 550.

³⁷ Дыдынский Ф. Указ. соч. С. 277; Хвостов В. М. Система римского права. М., 1996. С. 335.

³⁸ Gesterding F. C. Op. Cit. S. 336; Дыдынский Ф. Указ. соч. С. 271.

³⁹ Dernburg H. Op. Cit. S. 551.

⁴⁰ Haase K. A. Op. cit. S. 3; Bindschedler K. Die amortisierbaren Papiere (Wertpapiere) nach dem Bundesgesetz uber das Obligationenrecht. Zurich, 1888. S. 12.

⁴¹ Дигесты Юстиниана. Кн. V титул I фрагмент 68 и след. // Памятники римского права. М., 1997. С. 255.

⁴² Дигесты Юстиниана. Т. 2. Кн. 5–9 / Отв. ред. Л. Л. Кофанов. М., 2002. С. 47.

⁴³ Дигесты Юстиниана. Т. 5. Полут. 1. Кн. и 28–32 / Отв. ред. Л. Л. Кофанов. М., 2004. С. 189–191.

нет⁴⁴ После этого, если наследник еще не решил окончательно, он мог просить у претора время на размышление, *spatium deliberandi*, по истечении которого он должен либо принять наследство, либо отказаться от него. Если он не даст ни того ни другого ответа, то первоначально его молчание считалось за отказ от наследства, а в праве Юстиниана за принятие⁴⁵ О публично издаваемом эдикте в титуле не упоминается.

Во фрагменте 53 титула 1 книги 42⁴⁶ Дигест Гермогениан говорит о невозможности подачи апелляции в случае, если лицо не повиновалось и после многих вызовов не являлось к суду. По общему правилу, отсутствующий ответчик при принесении им апелляции не должен был заслушиваться, если он отсутствовал, проявив неповиновение суду⁴⁷ Это правило является закономерным продолжением установленного еще в формулярном процессе ограниченного перечня оснований для обжалования вынесенного судом решения (*in integrum restitutio*). О каких эдиктах идет речь в данном фрагменте, не совсем ясно, вероятно, лишь о *evocatio litteris*, так как вряд ли безвестно отсутствующий ответчик мог быть лишен права апелляции.

Титул 17 книги 48 Дигест посвящен вызову в суд отсутствующего ответчика. По общему правилу, вытекающему из принципа равноправности сторон в процессе, суд обязан предоставить возможность ответчику высказаться по поводу предъявленного иска⁴⁸ В параграфе 1 и 2 данного титула Марциан сообщает: «Если кто-то осуждается к строгому наказанию и если такое присуждение может быть наложено на отсутствующего, то он обязательно должен быть включен в число обвиняемых и вызван в суд для последней явки на разбирательство. Начальник же провинции, в которой проживает отсутствующий, должен распорядиться о том, чтобы эдикт о явке был доведен до сведения вызываемого. Как только об отсутствующем появятся какие-либо сведения, необходимо сообщить об этом и заставить явиться его в суд»⁴⁹ Видимо, здесь речь идет о вызове ответчика с помощью *evocatio litteris* либо об *evocatio edictis*.

Не вызывает сомнений, что публичный судебный вызов если и был, то только в экстраординарном процессе, ранее он возникнуть не мог по следующим причинам. Известно, что первой формой римского процесса был процесс легисакционный, который просуществовал более пяти столетий, то есть с 509 г. до н. э. до 120 г. до н. э., когда был издан закон Эбуция (*lex Aebutia*)⁵⁰ Для начала процесса было необходимо личное присутствие как истца, так и ответчика. При этом существенным вопросом являлось, как заставить ответчика явиться в суд, чтобы своим уклонением он не мог парализовать самую возможность процесса.

Законами XII Таблиц довольно ясно устанавливается процедура вызова к суду (*in jus vocatio*).

Истец сам звал ответчика в суд, произнося, вероятно, особую назначенную для этого формулу. Ответчик должен был независимо от того, где застал его истец (за исключением собственного жилища), немедленно повиноваться торжественному вызову. В случае отказа истец должен опротестовать этот отказ перед свидетелями (*antestamino*) и задерживать ответчика силой (*igitur em capito*); в случае сопротивления или попытки к бегству, ответчик подлежал *manus injectio* (захват личности), то есть делался как бы приговорен-

⁴⁴ Покровский И. А. Указ. соч. С. 519; Хвостов В. М. Указ. соч. С. 471–472.

⁴⁵ Римское частное право... С. 257.

⁴⁶ *Contumax est, qui tribus edictis propositis vel uno pro tribus, quod vulgo peremptorium appellatur. Litteris evocatus praesentiam sui facere contemnet.*

⁴⁷ D. 5. 1. 73. 3: *Sciendum est ex peremptorio absentem condemnatum si appellet non esse audiendum, si modo per contumaciam defuit...*

⁴⁸ D. 48.17. 1 pr.: *Divi Severi et Antonini magni rescriptum est, ne quis absens puniatur: et hoc iure utimur, ne absentes damnentur: neque enim inaudita causa quemquam damnari aequitatis ratio patitur.*

⁴⁹ D. 48. 17. 1. 2: *Praesides autem provinciarum circa requirendos adnotatos hoc debent facere, ut eos quos adnotaverint edictis adesse iubeant, ut possit innotescere eis quod adnotati sunt, sed et litteras ad magistratus, ubi consistunt, mittere, ut per eos possit innotescere requirendos eos esse adnotatos.*

⁵⁰ Салогубова Е. В. Римский гражданский процесс. М., 2002. С. 40; Пухан И., Поленак-Акимовская М. Указ. соч. С. 340.

ным по суду в полное распоряжение истца⁵¹ Как верно отмечено в литературе, система судебных вызовов и письменного производства была еще недостаточно развита, а законодатели с недоверием относились к заочным судебным решениям. Кроме того, взыскание обращалось в древности на личность должника и только в более поздние времена – на его имущество. Поэтому важное значение в римском процессе придавалось личному присутствию ответчика в суде⁵²

После установления в Риме формулярного процесса (149–126 гг. до н. э.) институт вызова ответчика в суд практически не изменился. Как и в легисакционном процессе, так и теперь для начала всякого процесса необходима явка обеих сторон к магистрату. Равным образом, и в эпоху формулярного процесса не существует официального *вызова в суд*: истец сам должен был позаботиться о явке ответчика. Для этой цели сохраняются прежние средства – *in jus vocatio* и *vadimonium* – с тем, однако, различием, что преторский эдикт отменил, на случай отказа ответчика, насильственный привод и *manus injectio*, заменив их штрафом *in duplum*⁵³ Действовавшее ранее правило, что взыскание налагается на личность должника, уже не работало. В случае, если ответчик скрывался, истец с разрешения претора вводился во владение его имуществом (*missio in possessionem*) и впоследствии, при неявке ответчика, мог его продать (*venditio bonorum*)⁵⁴. Позднее вместо *in jus vocatio* вошло в обычай добровольное обещание (*vadimonium*) ответчика явиться в суд в определенный день.

Несмотря на то, что призыв в суд являлся призывом к разбирательству гражданского спора государственной властью, он, однако, совершался без ее участия. Такой порядок сохранялся вплоть до времени Юстиниана⁵⁵

В конце республики и в период империи с появлением экстраординарного (когниционного) процесса происходит коренное изменение в целом ряде основных принципов процесса. Если в ординарном процессе разбирательство по существу *in iudicio* и самый приговор судьи (*iudex*) в идее покоились на соглашениях сторон (*litiscontestatio*), то в экстраординарном весь процесс был построен на начале власти (*imperium*); приговор является теперь не мнением третьей стороны (*sententia*), а властным приказом носителя *imperium* (*decretum*). Этот общий характер нового процесса отражается на всем ходе производства.

Вызов в суд ответчика приобретает официальный характер. Жалоба истца заносится в протокол судебного учреждения (*apud acta*) и затем официально сообщается ответчику; такой способ вызова в суд носит название *litis denuntiatio*⁵⁶ Первоначально, как и в прежних процессах, ответчику предлагалось явиться по доброй воле самим истцом. Если же ответчик не подчинялся требованию истца, то истец имел две возможности для того, чтобы добиться явки: это или издание соответствующего приказа судьей, или, если местонахождение ответчика было истцу неизвестно, он мог быть вызван в суд специальным эдиктом. Последний случай получил название *evocatio*⁵⁷

В случае, если ответчик проживал в другом городе, рассматривающий дело магистрат направлял прошение местным властям с тем, чтобы они вызвали его в суд (*evocatio litteris*). Если ответчик не отзывался, следовала публичная *evocatio edictis*, и вызов в этой форме повторялся трижды. Если эти меры не имели успеха, магистрат издавал *edictum recrementarium*, угрожая провести процесс заочно⁵⁸

Вызов ответчика в суд необходимо было сделать надлежащим образом, в противном случае нельзя было квалифицировать его поведение как оскорбляющее авторитет суда (*contumacia*) и уклонение от явки⁵⁹

⁵¹ Покровский И. А. Указ. соч. С. 61.

⁵² Салозубова Е. В. Указ. соч. С. 43.

⁵³ Покровский И. А. Указ. соч. С. 153.

⁵⁴ D. 2. 4. 19.

⁵⁵ Муромцев С. А. Гражданское право древнего Рима. М., 2003. С. 88.

⁵⁶ Покровский И. А. Указ. соч. С. 222.

⁵⁷ Гарсия Гарридо М. Х. Указ. соч. С. 212.

⁵⁸ Дождев Д. В. Римское частное право. М., 2004. С. 245.

⁵⁹ Гарсия Гарридо М. Х. Указ. соч. С. 212.

Таким образом, в экстраординарном процессе вызов ответчика имел существенное значение для дальнейшего его развития и мог быть осуществлен тремя путями: самим истцом, при неявке на вызов истца – приказом судьи, а при неизвестности места нахождения ответчика – специальным эдиктом судьи. В дальнейшем первый способ вызова ответчика (самим истцом) был запрещен⁶⁰

Известно, что содержание эдиктов могло быть двоякого рода: оно могло касаться или отдельного случая, к примеру, указанный выше вызов лица, местопребывание которого неизвестно, так и предписывать правила, которыми магистрат намеревался руководствоваться в случаях определенного рода⁶¹ Вероятно, именно эдикты первого рода способствовали в дальнейшем названию средневекового публичного судебного вызова для предъявления прав как «*Edictalladung*», «*Edictalcitation*».

Учитывая изложенное относительно общих правил вызова в суд ответчика, единовременность установления правил экстраординарного процесса (окончательный переход от формулярного процесса к экстраординарному провозглашен Конституцией Диоклетиана в 294 г. н. э.)⁶² и правила о вызове неизвестного залогодержателя, наличие в экстраординарном процессе специального эдикта для вызова ответчика, место нахождения которого неизвестно, можно предположить, что и вызов неизвестного залогодержателя для предъявления прав осуществлялся судом с помощью подобного эдикта.

Однако даже если верно обратное утверждение о том, что участие суда в таком вызове не предполагалось, однозначно можно утверждать следующее. Несмотря на многочисленные споры, существующие лишь по недостатку информации, ни у кого не вызывает принципиальных возражений, что с вышеуказанным фрагментом *Constitutio de remissione pignorum* юристы средневековья связывают создание института, который был назван ими «*Edictalcitation*», «*Edictalladung*» и означает публичный судебный вызов неизвестного лица для предъявления прав⁶³

Говорить о вызывном производстве в римском праве как особой процедуре, отличной от производства искового, вряд ли возможно. Известно, что так называемое особое производство (*jurisdictio voluntaria*) сводилось в римском праве к исковому процессу: «ответчик не спорил, а признавал притязания истца, но это доказывало лишь, что спор не составляет необходимого элемента искового производства. Отсутствие спора порождало лишь то последствие, что «дело» завершалось уже в первой стадии – *in iure*; магистрат тут же постановлял решение об удовлетворении притязания»⁶⁴ Поэтому следует заключить, что осуществление публичного вызова являлось неотъемлемой частью искового процесса и входило в обязанности магистрата в рамках заявленного иска.

Вполне возможно, что и в случае с неизвестным залогодержателем после его публичного вызова эдиктом суд в искомом производстве выносил заочное решение и констатировал утрату залогового права.

Вызывное же производство в современном понимании этого слова как процесс, с необходимостью включающий в себя осуществление публичного вызова, но наряду с ним и иные действия судьи, не было известно римскому праву и возникло позднее в связи с детальной разработкой в более позднем каноническом праве теории так называемого суммарного процесса и разделением гражданского судопроизводства на ординарное (обычное) и упрощенное.

⁶⁰ Гарсиа Гарридо М. Х. Указ. соч. С. 218.

⁶¹ Пухта Г. Ф. История римского права. Курс Институций. Т. 1. М., 1863. С. 206; Гарсиа Гарридо М. Х. Указ. соч. С. 68.

⁶² Хвостов В. М. История римского права. М., 1919. С. 425.

⁶³ Bindschedler K. Op. cit. S. 12; Haase K. A. Op. cit. S. 2; Daude P. Das Afgebotsverfahren nach Preussischem Recht. Berlin, 1881. S. 1; Koch C. F. Der Preussische Zivilprozess. Berlin, 1855. S. 903–904.

⁶⁴ Блюменфельд Г. Ф. Заметки по охранительному судопроизводству // Вестник гражданского права. 1913. № 7. С. 47.

PREMESSE STORICHE SULL'ORIGINE DEL
PROCEDIMENTO GIUDIZIARIO CON
PROVOCATIO GENERALE

(RIASSUNTO)

L'articolo è dedicato alla nascita e allo sviluppo delle norme del procedimento giudiziario con provocazione che trova origine, come tanti altri istituti del processo civile, nel diritto romano.

L'autore esamina in modo dettagliato, nell'ambito del diritto romano, la chiamata in giudizio della persona conosciuta per l'esperimento dell'azione (provocazione) e la citazione dichiarata pubblicamente.

La provocazione che non si eseguiva nell'interesse dei querelanti, ma nell'interesse dei futuri citati in giudizio, consisteva nell'intentare la provocazione al futuro querelante da parte del presupposto citato in giudizio. Nel diritto romano la sua chiamata al tribunale, per l'esperimento dell'azione in modo immediato, si ammetteva in due casi. Essi furono denominati con le prime parole contenute nei due frammenti che prevedevano tali provocazioni: *Provocatio ex lege diffamare* (C. I. VII. 14. 5) e *Provocatio ex lege si contendat* (D. 46. 1. 28). Nell'articolo si espone in modo dettagliato la struttura dei due tipi di provocazione.

Nonostante si discuta sulla presenza nel diritto romano di uno speciale procedimento giudiziario per intentare le dette provocazioni, diverso dal procedimento comune, cioè quello giudiziale (Vaskovskoj E. V., Vetzal G.-V., Gordon V. M., Osterloch P.), l'autore ritiene che l'origine del procedimento con provocazione fosse legato al diritto romano e che il termine stesso di "*provocationes*" fosse nato sotto l'influenza romana.

Un legame diretto unisce le provocazioni citate con la cosiddetta provocazione pubblica (generale), cioè una chiamata giudiziaria pubblica di una persona ignota al fine di far valere certi diritti (*Ediktalladung, litterae patentes s. edictales, proclama, dictalcitation*), nonché il procedimento sorto insieme ad essa, che ricevette in seguito, nel diritto medievale, la denominazione "editale" (*Ediktalverfahren, Ediktalprocess*) oppure quello con "chiamata", procedimento provocatorio (*Aufgebotsverfahren*).

Esaminando dettagliatamente il problema della presenza nel diritto romano della chiamata

pubblica in causa della persona ignota interessata per far valere i propri diritti, l'autore suppone l'esistenza di una tale chiamata nel processo straordinario legato alla citazione in giudizio del detentore di pegno ignoto, secondo quanto stabilito dalla *Constitutio de remissione pignorum* (C. I. VIII. 26. 6).

Qualora fosse ignota la residenza del citato in giudizio, in un procedimento straordinario, costui poteva essere chiamato in causa con un editto speciale (*evocatio*). Nell'ipotesi in cui il citato vivesse in un'altra città, il magistrato esaminante la causa inviava la domanda alle autorità locali chiedendo di chiamarlo in causa (*evocatio litteris*). Se il citato non rispondeva, si procedeva all'*evocatio edictis* pubblica, ripetendo per tre volte la chiamata fatta in questo modo. Se le suddette misure non davano risultato, il magistrato emanava l'*edictum peremptorium*, minacciando di condurre il processo in contumacia. L'Autore ritiene che la chiamata del detentore di pegno ignoto, al fine di far valere i propri diritti, veniva eseguita dal magistrato tramite un simile editto, con la differenza, però, che in esso non veniva nominata la persona interessata.

L'autore rileva che risulta difficile considerare il procedimento con chiamata nel diritto romano come una procedura particolare, differente dal procedimento giudiziale, poiché nella maggioranza assoluta dei casi la chiamata pubblica rappresentava una parte integrante del procedimento giudiziale e faceva parte degli obblighi del magistrato entro i limiti dell'azione dichiarata, mentre il cosiddetto procedimento speciale (*jurisdictio voluntaria*) si riduceva, sempre nel diritto romano, al processo giudiziale.

Il procedimento con chiamata nella concezione attuale, cioè inteso come processo che prevede la necessità di eseguire la pubblica chiamata, ed insieme ad essa anche le diverse altre azioni del giudice, non era noto nel diritto romano, sorse solo più tardi in relazione all'elaborazione del processo sommario nel diritto canonico, e alla distinzione del procedimento giudiziario civile in "ordinario" (comune) e "semplificato".